

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

Prefácio  
Ministro Luiz Fux

Apresentação  
Alexandre de Moraes  
Nagib Slaibi Filho

EDITORA  
IMPETUS

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

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



Niterói, RJ

2014



© 2014, Editora Impetus Ltda.

## **Editora Impetus Ltda.**

Rua Alexandre Moura, 51 – Gragoatá – Niterói – RJ

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

**Projeto Gráfico:** Editora Impetus Ltda.

**Editoração Eletrônica:** SBNigri Artes e Textos Ltda.

**Capa:** L. Felipe Silva

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

**Impressão e Encadernação:** Editora e Gráfica Vozes Ltda.

---

---

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, 2014.

208 p.; 16 x 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-7626-800-0

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 prefaciar 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 desapaixonada.

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 alçadas 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**

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.*

E logo 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. 29º – 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

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

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

# LISTA DE ABERTURAS E SIGLAS

---

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  
PLS – Projeto de Lei do Senado  
RE – Recurso Extraordinário  
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal  
ROC – Recurso Ordinário Constitucional  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
TJ – Tribunal de Justiça  
TRF – Tribunal Regional Federal  
TRT – Tribunal Regional do Trabalho

---

\* A sigla *ADO* só passou a ser utilizada pelo sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 2008. Antes desse período, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão tramitavam autuadas como Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI.

# SUMÁRIO

---

Nota Prévia .....	1
Introdução .....	27
<b>Capítulo 1 – Marcos Teóricos Essenciais .....</b>	<b>29</b>
1.1. Neoconstitucionalismo, força normativa da Constituição e doutrina da efetividade .....	30
1.2. Diálogos constitucionais.....	39
1.3. Separação e harmonia entre os Poderes .....	45
1.4. Conclusões quanto aos marcos teóricos propostos.....	50
<b>Capítulo 2 – Teoria da Omissão Inconstitucional.....</b>	<b>55</b>
2.1. Pressupostos.....	56
2.1.1. Omissão, explícita ou implícita, diante de um dever constitucional de agir .....	56
2.1.2. Norma constitucional passível de violação por omissão.....	58
2.1.3. Inércia absoluta de medidas tomadas pelo Poder competente .....	59
2.1.4. Decurso de tempo.....	60
2.2. Classificações.....	61
2.2.1. Quanto à extensão da omissão .....	61
2.2.2. Quanto ao Poder e função .....	63
2.3. Controle concentrado da omissão inconstitucional pela via direta: Ação de Inconstitucionalidade por Omissão .....	65
2.4. Controle difuso de inconstitucionalidade por omissão pela via incidental: Mandado de Injunção e outros meios.....	68
2.5. Considerações finais sobre a celeuma da omissão .....	71

<b>Capítulo 3 – Omissão Inconstitucional do Art. 37, X, da Constituição Federal de 1988: Há Possibilidade de Efetivação? .....</b>	<b>79</b>
3.1. Revisão geral anual na Constituição de 1988: EC nº 19/98 .....	79
3.2. Omissão inconstitucional do art. 37, X, da Constituição: pressupostos e o entendimento do STF.....	85
3.3. Decisões que buscaram efetivar o art. 37, X, da Constituição .....	89
3.4. Consequências da omissão .....	94
3.4.1. Violação de direito garantido constitucionalmente e enfraquecimento da força normativa da Constituição.....	94
3.4.2. Custo social da omissão.....	95
3.4.3. Crime de responsabilidade.....	98
3.5. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no STF: possibilidade de avanço diante dos recentes julgados e da PEC 185/2012 .....	100
3.6. Possibilidade de procedência em ação ordinária com pedido de indenização por danos materiais e morais à luz da doutrina portuguesa .....	108
3.7. Possibilidade de procedência em ação ordinária com pedido de obrigação de fazer consistente em reajustar a <i>remuneração básica</i> : índice de reajuste e finanças.....	123
<b>Capítulo 4 – Indexação, Sentenças Aditivas e o Art. 37, X, da Constituição ...</b>	<b>129</b>
<b>Considerações Finais: A Síntese Possível e Necessária .....</b>	<b>143</b>
<b>Anexos Para um Aprimoramento Institucional.....</b>	<b>167</b>
<b>Referências .....</b>	<b>171</b>





“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.*

# NOTA PRÉVIA

---

A presente obra decorre de uma ideia surgida a partir de uma ação ordinária<sup>1</sup>, em que 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-2ª 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, 4ª 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 fls. 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 nº 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. Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, j. 26/02/2008, QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU – Data: 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>

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

<sup>3</sup> “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.

<sup>4</sup> 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, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Deste *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 mandatório – 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.

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 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. vol-01.667-01, p. 00001, RTJ v. 00139-03, p. 00712).

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

6 BRUST, Léo. *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.”

7 BRUST, Léo. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. pp. 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, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5, Primeira Turma, DJ, Data: 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. Relator: 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.

No mesmo sentido, elucida a Min.<sup>a</sup> 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)

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

<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)>.

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 LEÔNICIO 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 inflação e há a demora na implantação de benefícios para os policiais lotados nas fronteiras. Com tudo isso e com a iniciativa legislativa de*

<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>>.

*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 desonera este 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/opiniaio/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 seriam “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 à 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, Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA,

<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.

TRF2, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R. Data: 21/07/2011, p. 194), 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 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 13º 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 conseqüente 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 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. Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, j. 17/11/2009, DJe 081, divulg. 06/05/2010, public 07/05/2010, ement vol. 2.400-05, p. 1.040).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. Art. 201, § 4º, DA CF. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. SÚMULA 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 nº 339 do STF. Precedentes.

II – Recurso protelatório. Aplicação de multa.

III – Agravo regimental improvido.

(AI 713.975 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. 15/09/2009, DJe-191, divulg. 08/10/2009 public. 09/10/2009, ement. vol. 2.377-10, p. 2026)

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> Ministra 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. Ministro Herman Benjamin, 2<sup>a</sup> T, DJe 03/06/2013). Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.056.440/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, 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 vênias 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 a sua demora em atuar no sentido firmado constitucionalmente (Rcl nº 4.724 MC/ES – Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> 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, Desembargador 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, Desembargador 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, Desembargador Federal REIS FRIEDE, TRF2 – 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 esta à Constituição Federal. O correto é justamente o contrário: as políticas governamentais é que devem se adequar à Constituição com objetivo de efetivá-la.

Se isto não ocorre, então estamos diante da 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 demarcação de terras indígenas, prolatando, inclusive, *sentenças aditivas*. Vejamos, por exemplo, o recentíssimo caso de aprovação<sup>17</sup> da proposta de Súmula Vinculante nº 45, em 09 de abril de 2014, 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

<sup>17</sup> Súmula Vinculante nº 33. O verbete refere-se apenas à aposentadoria especial em decorrência de atividades exercidas em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física dos servidores.

está sendo resguardado é um direito previsto na Carta da República de forma expressa. Também cai por terra o argumento que sustenta tratar-se de aumento, vedado pela Súmula nº 339 do STF, eis que a revisão geral anual não é aumento, mas sim direito de todos os servidores públicos.

Destarte, a finalidade<sup>18</sup> dessa obra é demonstrar que o art. 37, X, da Constituição pode ser efetivado pelo Poder Judiciário, seja concedendo a revisão geral anual<sup>19</sup>, ou até mesmo através de indenização<sup>20</sup>, 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.

---

<sup>18</sup> Entendemos, também, que o Congresso Nacional deve criar meios para efetivar o art. 37, X, como proposto no anexo II desta obra onde transcrevemos a PEC 185/2012 já aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

<sup>19</sup> Os primeiros dois autores preferem 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. Ademais, alegam ainda que a questão orçamentária tem soluções como remanejamento de verbas, inclusão como crédito suplementar ou pagamento a partir do ano seguinte, sem, contudo, descartar a possibilidade de indenização como solução secundária.

<sup>20</sup> O terceiro autor, por sua vez, tem preferência pela solução através da indenização, pois entende que é mais fácil de ser defendida juridicamente do que a revisão de fato. Isto se impõe em razão dos precedentes do STF possibilitando a indenização e também em virtude do modelo português que já resolveu a questão, tanto em âmbito legislativo quanto jurisdicional. Entretanto, também não desconsidera a possibilidade de revisão de fato.

# INTRODUÇÃO

---

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, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes. 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 fundamentos da República. 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 a omissão inconstitucional e a 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 marcos 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.

Nos capítulos três e quatro buscaremos, com base na jurisprudência e 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, não só do Poder Judiciário, mas também do Poder Legislativo.

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

# CAPÍTULO 1

## MARCOS TEÓRICOS ESSENCIAIS

---

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 marcos teóricos para o aprimoramento que aqui se busca realizar: i) *neoconstitucionalismo* e sua relação com a força normativa da Constituição à luz da doutrina da efetividade; ii) *diálogos constitucionais*; e iii) separação e harmonia entre os Poderes.

Em primeiro lugar, a ideia de *força normativa da Constituição* é ressaltada pelo professor Gilmar Ferreira Mendes<sup>1</sup>, como ponto central para a compreensão da omissão inconstitucional. A viabilidade normativa para que a Constituição possa produzir efeitos jurídicos é essencial para embasar a argumentação que se busca sustentar. 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>2</sup>, de modo que sua relevância para o aprimoramento institucional do Poder Judiciário é de extrema valia para a obra.

Ainda que se possa discordar dos marcos teóricos propostos, tanto o estudo da ideia de força normativa da Constituição e sua efetividade, quanto as relações, os limites e possibilidades das instituições na

---

<sup>1</sup> “Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.152.

<sup>2</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.



realização dos ditames constitucionais são essenciais para a análise do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão. Destarte, em que pese outros tópicos que poderiam ser esmiuçados, qualquer debate que tenha o escopo de propor um aprimoramento institucional do Poder Judiciário no tocante à omissão inconstitucional, deve, necessariamente, abordar tais questões.

### 1.1. NEOCONSTITUCIONALISMO, 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* e por isso deve ser efetivada. Trata-se, em verdade, de uma superação do ultrapassado paradigma que reconhecia somente a sua posição *formal*.

A importância central dessa modificação se torna clara quando analisamos alguns exemplos do passado. Basta verificar que a 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, art. 153, § 14, o respeito à integridade física e moral dos detentos e presidiários. Não obstante, é público 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>3</sup>

Tal mudança de ineficácia para eficácia ocorreu em virtude do fortalecimento de uma das teorias<sup>4</sup> mais relevantes do Direito Constitucional hodierno que tem ampla aceitação da doutrina brasileira, sobretudo pelos estudos desenvolvidos pelo professor Luis Roberto Barroso. Trata-se do chamado *neoconstitucionalismo*.

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 28.

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. *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.

Em que pese a impossibilidade exata de delimitar os precisos marcos que indentifiquem as mudanças geradas pelo *neoconstitucionalismo*, e tendo em vista ainda as controvérsias existentes, à luz da finalidade da presente obra, adotaremos a sistematização utilizada pelo professor Luis Roberto Barroso.<sup>5</sup> Vale lembrar que não se pretende tecer uma crítica aprofundada sobre o *neoconstitucionalismo* ou sobre a origem da força normativa da Constituição<sup>6</sup>, o que buscamos é demonstrar como a ideia de força normativa tornou-se um marco teórico típico dessa teoria e como isso é fundamental para a jurisdição constitucional brasileira hoje.

Segundo suas ideias, em síntese, no Brasil, o *neoconstitucionalismo* se desenvolveu a partir de três marcos: *histórico, filosófico e teórico*.

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

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,

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional contemporâneo no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249.

<sup>6</sup> Ao analisar o célebre caso *Marbury v. Madison*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1802. Ao expor suas razões, o Presidente da Corte, John Marshal, enunciou três grandes fundamentos que justificariam o controle judicial de constitucionalidade: a supremacia de Constituição; a nulidade de leis que contrariem a Constituição; e que o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição. Ainda que não se atribuisse à Constituição a mesma força normativa que se tem hoje, a decisão foi suficiente para assentar que a Constituição goza de normatividade: *Judicial Review*.

o constitucionalismo passou a ganhar espaço em virtude das atrocidades cometidas sob o manto protetor do positivismo jurídico. A aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia faz surgir o incipiente Estado democrático de direito e, junto com ele, a ideia de supremacia da Constituição. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, criado em 1951, teve forte influência na consolidação de uma nova ótica do Direito Constitucional.

No Brasil, o processo de redemocratização, que garantiu uma transição de um regime autoritário para um Estado democrático de Direito, e a promulgação da Constituição de 1988 foram, definitivamente, o marco histórico do neoconstitucionalismo. 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>7</sup>

Três grandes transformações marcam a ascensão do *neoconstitucionalismo*: i) o reconhecimento da *força normativa da Constituição*;<sup>8</sup> ii) a expansão da jurisdição constitucional; e iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

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. Ademais, as leis positivadas deveriam ser aplicadas de forma mecânica pelos juízes, sem qualquer liberdade de criação,

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 26.

<sup>8</sup> Vale ressaltar que em sua obra *A Força Normativa da Constituição*, Konrad Hesse dialoga com as ideias de Ferdinand Lassalle, de modo que não ignora a relação entre o social e o jurídico na compreensão da força normativa da Constituição, ainda que atribua a essa um peso jurídico maior do que propriamente sociológico. Em suma, a teoria de Hesse contribuiu para a formação de uma nova visão que relacionada os aspectos normativos com a realidade que a Constituição iria regular.

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.

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.

Com efeito, a partir da metade do século XX, a maioria das novas Constituições estabelece mecanismos de fortalecimento e expansão da jurisdição constitucional<sup>9</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>10</sup>

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, se fez 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>11</sup>

<sup>9</sup> 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, p. 05.

<sup>10</sup> 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, p. 06.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 333-334.

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 e cultura, dentre outros direitos sociais. Tais diplomas passaram a exigir prestações positivas do Estado, viabilizadas através de políticas públicas, como direitos à educação, saúde, previdência e moradia, dentre outros.

O caso *Lüth*<sup>12</sup>, julgado pela Corte Constitucional alemã em 1958, é um caso célebre, pois expressa de forma cristalina esse marco teórico da nova 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 calcada na dignidade da pessoa humana serve de norte para todas as ações estatais, seja no âmbito administrativo, legislativo ou judicial.

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

---

<sup>12</sup> 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. Sobre o tema, v. Daniel Sarmento. *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.

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>13</sup>

Como o ordenamento jurídico passa a ser visto à luz da Constituição<sup>14</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 ensejando fortes conflitos institucionais.

Tal fato ainda é fomentado pelo caráter analítico da Carta Magna, pelas inúmeras técnicas de interpretação judicial e pelos conceitos indeterminados, fazendo com que inúmeras questões polêmicas e moralmente complexas sejam levadas ao Judiciário.

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>15</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>16</sup>

<sup>13</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.

<sup>14</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/anno1/FilDir\\_DiDonato/Lezione\\_XI.pdf](http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/anno1/FilDir_DiDonato/Lezione_XI.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2014.

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 28/29.

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 29.

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 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>17</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>18</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>19</sup> Em que pese a clássica sistematização feita, vale mencionar a classificação utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>20</sup>, versando sobre eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Segundo tal classificação, as normas constitucionais se dividem em três categorias: i) normas concessivas de poderes jurídicos; ii) normas concessivas de direitos; iii) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

Destarte, se valendo dessa sistematização e também se valendo 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*

17 BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 29.

18 BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 29.

19 SILVA, José Afonso da *apud* BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 65.

20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio *apud* BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 65.

*de direito* (geram direitos subjetivos para os jurisdicionados); (iii) *programáticas*<sup>21</sup> (atribuem fins a serem alcançados pelo Estado).<sup>22</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>23</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>24</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, trataremos das celeumas específicas que envolvem a efetivação de 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,

---

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 51 e 75.

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 69.

<sup>24</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, pp. 70/72.



mas sim é provocado. Deve o juiz se valer da teoria geral do Direito (art. 4<sup>o</sup> da LINDB), não podendo se eximir de julgar. 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>25</sup>. Além disso, o fenômeno do ativismo judicial<sup>26</sup> progressista, atrelado à concretização de direitos sociais, não é exclusividade do modelo brasileiro também sendo verificado nos Estados Unidos, sobretudo, na Corte *Warren* (1953-1969).<sup>27</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 de obter, nas prestações jurisdicionais, interpretações e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras.<sup>28</sup> 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.

<sup>25</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*, p. 26.

<sup>26</sup> Não se deve aqui atribuir um sentido pejorativo ao termo “ativismo judicial”. BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, pp. 241-247. 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.

<sup>27</sup> 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*, pp. 21 e ss.

<sup>28</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, pp. 76/77.

Corroborando tal entendimento, 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>29</sup>

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 conformadora e controladora da realidade jurídica, política e social, devendo ser efetivada pelo Poder Judiciário.

## 1.2. DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

Os limites e possibilidades legítimas de interferência recíproca entre os Poderes vêm sendo objeto de embates recentes na jurisdição constitucional brasileira, sobretudo em razão da crescente judicialização<sup>30</sup> da política e do chamado ativismo judicial. Neste sentido, situações em que haja controvérsia sobre a solução de omissões inconstitucionais têm ensejado constantes tensões, cooperações e deferências entre o Judiciário e o Legislativo. 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.

A tensão entre os Poderes é fortemente impulsionada pelos chamados ataques institucionais à Suprema Corte.<sup>31</sup>

São exemplos de ataques institucionais à Suprema Corte: a alteração do número de seus membros, a manipulação de suas competências

---

<sup>29</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>30</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, pp. 241-247. 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.

<sup>31</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, pp. 228/249.

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, no poder que o Congresso possui em determinar o orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes, e no processo de nomeação pelo Executivo de juízes do STF. Como bem dito, tais medidas são instrumentos de retaliação ou vingança a determinada postura da Suprema Corte. Nota-se que tais instrumentos não são os mais indicados para solucionar o problema dos conflitos institucionais, tendo em vista que, embora possam a curto prazo lograr seu objetivo final, não são aptos a estimular o diálogo entre as instituições.

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

No governo de Floriano Peixoto (1891 a 1894) houve pelo menos quatro casos relevantes. O primeiro caso 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 pelo fato de Floriano ter 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 publicados em Diário Oficial, comunicando ao STF a sua discordância quanto às 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.

O terceiro caso envolve o deferimento do STF de salvo conduto em favor de estrangeiros envolvidos na Revolta da Armada, a fim de impedir que fossem expulsos do Brasil. Diante de tal decisão, o governo Floriano Peixoto expediu um decreto de expulsão com data retroativa, com o intuito de 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.

No tocante a interferências nas competências do Supremo, a Reforma Constitucional de 1926 extinguiu o *habeas corpus* (privando direitos que não a liberdade de locomoção de um instrumento processual célere e efetivo para sua tutela), e ainda houve a insindicabilidade judicial das questões políticas promovidas pela Constituição de 1937.

Quanto à alteração do número de ministros, à cassação de suas investiduras e a 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. O Ato Institucional nº 02, de 27/10/1965, aumentou o número de ministros de 11 para 16, preenchendo o número de vagas por ministros ligados à UDN, e suspendeu as garantias dos magistrados. Situação mais grave veio com o AI nº 05, de 16 de janeiro de 1969, que trouxe previsões de punições aos ministros que não decidiam de forma compatível com o governo militar, dentre elas a aposentadoria compulsória de três dos ministros do STF: Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.

Por fim, a Carta de 1937 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.

A Constituição de 1988, como visto, apresenta condições favoráveis para expansão do papel político do Poder Judiciário, garantindo sua independência, sobretudo no que tange à interpretação constitucional. Contudo, os mecanismos de *checks and balances* possibilitam inúmeras formas de controle em face do Judiciário.

A Carta de 1988, por exemplo, atribuiu ao Parlamento o poder de aprovar o orçamento dos Tribunais e os salários 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 a tal proposta, podendo aprovar Lei orçamentária anual com valor inferior (art. 165 da CF/1988). No mesmo sentido, o valor dos salários 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).

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça criou o Grupo de Apoio aos Tribunais<sup>32</sup> de Justiça, com a função de auxiliar as presidências dos Tribunais a negociar com o Legislativo e o Executivo estaduais para garantir o adequado funcionamento do Poder Judiciário.

Outra forma de ataque ocorre na nomeação dos juízes da Suprema Corte. 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, conforme visto durante o período de crise institucional entre o governo de Floriano Peixoto e o STF.

A reação legislativa também pode ser considerada como método de ataque. Hodiernamente, podemos elucidar algumas polêmicas propostas de emendas à Constituição que tramitam no Congresso e mostram a atualidade do problema dos conflitos institucionais. A PEC nº 33/2011<sup>33</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>32</sup> Disponível 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.

<sup>33</sup> Para um aprofundamento sobre a matéria, v. MALUF, André. *PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://andremaluf.jusbrasil.com/artigos/111672923/pec-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>.

Também tramitam no Congresso a PEC nº 53/2011<sup>34</sup>, que visa a alterar o art. 93 da Constituição, possibilitando a perda do cargo do magistrado, violando a prerrogativa da vitaliciedade, e a PEC nº 3/2011<sup>35</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.

Podemos ainda citar, corroborando a tese da universalidade do conflito, o caso recente ocorrido na Argentina. O Congresso da Argentina aprovou, no dia 8 de maio de 2013, a Lei nº 26.855, que introduz várias modificações na Lei nº 24.937. A principal delas está na nova redação dada ao art. 2º, ao elevar o número de Conselheiros do Conselho da Magistratura<sup>36</sup> de 13 para 19, mantendo em apenas três o número de representantes do Poder Judiciário da Nação. Na nova redação dada à lei, os juízes, advogados e professores (estes, de um passaram a seis) serão eleitos pelo povo através de sufrágio universal, na mesma eleição em que se eleja o presidente da República (art. 3º). E os candidatos deverão estar filiados a Partidos Políticos de âmbito nacional que tenham candidatos à chefia do Poder Executivo, sujeitando-se às normas do Código Eleitoral.

Em 18 de junho, a Corte Suprema da Argentina declarou a inconstitucionalidade da Reforma Judicial em questão. Em decisão, tomada por maioria de 6 votos contra apenas 1 voto dissidente (elaborado pelo magistrado e professor Eugenio Zaffaroni), a Corte considerou que a eleição mediante sufrágio universal dos membros do Conselho da Magistratura submeteria esse órgão ao poder político dos

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

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

36 Na Argentina o controle do Poder Judiciário é exercido pelo Conselho da Magistratura, órgão previsto no art. 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 art. 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.

partidos e da maioria governamental de forma que violaria a separação dos poderes, com sérias consequências para a imparcialidade e a independência judiciais. De fato, na prática, a reforma pretendida pelo governo obrigaria os magistrados a desenvolver atividades político-partidárias, como campanha eleitoral, o que implica também a busca pelo respectivo financiamento, claramente incompatíveis com a natureza da função judicial.

Destarte, não podemos negar que há uma influência política na atuação do STF, já que o Legislativo e o Executivo detêm instrumentos de retaliação ao Judiciário e de pressão para alteração de entendimentos jurisprudenciais. A garantia de condições adequadas de trabalho e vencimentos dignos e compatíveis com os elevados cargos dos ministros consiste em pressuposto necessário para a independência judicial, essencial ao Estado de Direito.

Não se busca aqui um aprofundamento sobre a teoria dos diálogos constitucionais, todavia, entendemos que ela deve ser mencionada quando tratamos de omissão inconstitucional, posto tratar-se de uma violação constitucional que gera conflitos entre os Poderes. À luz dessa teoria, pensamos que a solução mais eficiente se encontra no alinhamento conjunto das capacidades institucionais de cada Poder.

A teoria dos diálogos<sup>37</sup> busca formas de diálogos institucionais sobre a melhor forma de resolver a questão constitucional controvertida, de modo que cada Poder contribua com sua capacidade institucional específica.

Desta forma, segundo lições do professor Rodrigo Brandão, o sentido futuro da Constituição deve se dar através de um debate junto à sociedade civil e as 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.

Especificamente com relação à questão da omissão inconstitucional, um modelo dialógico no sentido de que o Judiciário pode e deve declarar uma omissão dos Poderes em cumprir o que a Constituição

---

<sup>37</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, pp. 202/211.

patentemente determina, deve ser atrelado à determinação de um prazo para o legislador ou para o administrador suprir a omissão. Parece-nos que tal entendimento se adequa ao que aqui se busca defender à luz do modelo dialógico. Em outras palavras, em uma postura de deferência, o STF deve determinar prazo (como autocontenção) antes de proferir uma decisão. Tal possibilidade será devidamente aprofundada em capítulo posterior.

Podemos ressaltar que o julgamento do MI nº 943<sup>38</sup> demonstra a viabilidade de tal prática à luz dos diálogos constitucionais. No referido julgamento<sup>39</sup>, por unanimidade, o STF declarou a inconstitucionalidade por omissão deferindo o pedido, todavia, suspendeu a decisão para que fossem estabelecidos parâmetros para sua aplicação. Logo, percebendo que perderia a chance de disciplinar o aviso prévio, o Congresso aprovou a Lei nº 12.506/2011, de 11 de outubro, fixando critérios para a matéria.

### 1.3. SEPARAÇÃO E HARMONIA ENTRE OS PODERES

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

Ora, conforme crítica efetuada pelo Min. Marco Aurélio<sup>40</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 balances* são prova disso. Significa dizer, valendo-me da doutrina dos diálogos constitucionais, que as instituições não existem, na quadra

<sup>38</sup> Tratava-se do aviso prévio proporcional por tempo de serviço, previsto no art. 7º, XXI, da Constituição,

<sup>39</sup> STF, plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento em: 22/06/2011, ATA nº 17, de 22/06/2011. DJE nº 146, divulgado em 29/07/2011. "Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), julgando procedente o mandado de injunção, no que foi acompanhado, à unanimidade, pelos demais ministros, o julgamento foi suspenso para posterior explicitação do seu dispositivo final.(...)"

<sup>40</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.



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 podem 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>41</sup>

O preâmbulo da Constituição, embora não tenha força normativa direta, serve de norte para toda a interpretação constitucional: “(...) Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (...)”. A atuação do Judiciário, Executivo e Legislativo deve se pautar na concretização de direitos, especialmente aqueles previstos na Constituição, que, relembre-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>42</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. 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 item 3.6, não poderia suprir essa omissão para efetivar a Constituição? Estamos diante de um comando claro, no art. 37, X. Simplesmente o

41 BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 29.

42 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.

ultrapassado formalismo não mais subsiste no Estado democrático de direito atual, ainda mais com a nossa Constituição de cunho dirigente, extremamente garantista e analítica como a nossa. Não há que se falar em anarquia institucional.

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>43</sup>

Sob essa perspectiva de defesa da Constituição pelo Judiciário, mister trazer trecho 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. (STF – Pleno. ADI-MC 2.010/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 12/04/2002).

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, referente 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.

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

<sup>43</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*, p. 26.

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>44</sup>, que possuem uma carga política muito mais forte do que determinar que o Poder Executivo faça o que é obrigado pela Constituição.

O clássico caso envolvendo a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol<sup>45</sup>, 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.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema ou adentrar com profundidade no estudo de casos, posto que não constitui o objetivo da presente obra, depreende-se de uma simples análise jurisprudencial que, sob o manto da interpretação conforme à Constituição e a 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; STF: ADI 1.923 MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 01/08/2007; STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007. STF: MI 670, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 25/10/2007.

Consoante expõe Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco<sup>46</sup>, o tema guarda nítida relevância com a realidade brasileira ratificando que o STF já utilizou tal espécie de técnica de decisão também em outros casos:

---

<sup>44</sup> Com o passar das décadas e a frequente atuação da *Corte Costituzionale* italiana 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. Uma das técnicas mais relevantes desenvolvidas pelo Direito italiano que repercutiu em países como Portugal, Espanha e Alemanha é a chamada *sentença de efeitos aditivos*. SANCHEZ, Acosta, *apud* ISRAEL, Lucas Nogueira, faz um interessante resumo dos motivos pelos quais as sentenças aditivas ganharam força principalmente na Itália. Aduz que as sentenças aditivas desenvolveram-se largamente, graças ao apoio de grande parte da doutrina, de modo que a *Corte*, reconhecidamente, tem amparo para atuar de forma criativa, reconhecendo sua atuação como legislador positivo no caso de omissão inconstitucional de norma que regulamenta direitos.

<sup>45</sup> Para mais informações, ver: Cláudio P. Souza Netto; Ademir Borges de Sousa Filho. *Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas*.

<sup>46</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.

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 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 nºs 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 determinando que a Constituição seja cumprida, tornando eficaz o direito expresso do art. 37, X.

Entendemos ser relevante citar que em recente obra sobre o tema (*A nova separação de poderes*), Bruce Ackerman<sup>47</sup> defende

47 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.

uma renovada compreensão acerca da vetusta ideia de separação de poderes na perspectiva de refletir sobre um modelo no interior do qual o exercício do poder político sofra controles internos mútuos. Em outras palavras, a engenharia constitucional que preside a concepção de separação de poderes não pode ser pensada como uma máquina com engrenagens fixas e que, com o tempo, acabam por se tornar obsoletas. Ao revés, esse arranjo político está sujeito a revisões periódicas que podem levar a transformações profundas no modo como cada elemento desse sistema se relaciona com os outros e como se estabelecem mecanismos de controle. Ainda que se discorde sobre tal aplicação ao modelo brasileiro, pensamos ser possível fomentar esse debate em razão da nítida ineficácia do modelo estanque de separação dos poderes.

#### 1.4. CONCLUSÕES QUANTO AOS MARCOS TEÓRICOS PROPOSTOS

Ante o exposto, podemos inferir que a consolidação do *neoconstitucionalismo*<sup>48</sup> como teoria constitucional no Brasil foi essencial para que a Constituição fosse vista como uma norma que tem *eficácia normativa* e por isso deve ser efetivada.

À luz dessa nova conjuntura que se estabeleceu através 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>49</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

---

<sup>48</sup> Diante de tal fenômeno, como o ordenamento jurídico passa a ser visto à luz da Constituição, 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 ensejando fortes conflitos institucionais. Somado a isso, a Carta possui nítido caráter dirigente, analítico e programático.

<sup>49</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, pp. 28/29.

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>50</sup>

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 o Poder Judiciário é sempre provocado. Deve o juiz se valer da teoria geral do Direito (art. 4º da LINDB), não podendo se eximir de julgar. Ainda, 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>51</sup>

Não devemos nos olvidar, contudo, da óbvia relação de tensão entre os Poderes. Daí surge a necessidade da análise da teoria dos diálogos constitucionais. Essa tensão é fortemente impulsionada pelos chamados ataques institucionais à Suprema Corte e ao Judiciário.<sup>52</sup> Como dito, tais medidas são instrumentos de retaliação política, não sendo os mais indicados para solucionar o problema dos conflitos institucionais.

Em virtude de tal situação, a teoria dos diálogos constitucionais<sup>53</sup> busca formas de diálogos institucionais sobre a melhor maneira de resolver a questão constitucional controvertida, de modo que cada Poder contribua com sua capacidade institucional.

---

50 BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 29.

51 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*, p. 26.

52 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. pp. 228/249. São exemplos de ataques institucionais: a alteração do número dos 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, no poder que o Congresso possui em determinar o orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes, e no processo de nomeação pelo Executivo de juízes do STF.

53 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. pp. 202/211.

Conforme crítica efetuada pelo Min. Marco Aurélio<sup>54</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 balances* são prova disso. Significa dizer, valendo da doutrina dos diálogos constitucionais, que as instituições não existem, na quadra atual, por si sós, não se bastam, devem agir conjuntamente a serviço dos direitos e garantias fundamentais. 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. Tal concepção em um Estado democrático de Direito não se mostra adequada.

Em recente obra sobre o tema (*A nova separação de poderes*), Bruce Ackerman<sup>55</sup> defende uma renovada compreensão acerca da ultrapassada ideia de separação de poderes na perspectiva de refletir sobre um modelo no interior do qual o exercício do poder político sofra controles internos mútuos. Em outras palavras, a engenharia constitucional que preside a concepção de separação de poderes não pode ser pensada como uma máquina com engrenagens fixas e que, com o tempo, acabam por se tornar obsoletas. Ao revés, esse arranjo político está sujeito a revisões periódicas que podem levar a transformações profundas no modo como cada elemento desse sistema se relaciona com os outros e como se estabelecem mecanismos de controle. Ainda que se discorde sobre tal aplicação ao modelo brasileiro, pensamos que tal concepção deve ser fomentada, ante a óbvia ineficácia do paradigma de rígida separação.

54 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.

55 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.

Verificando a jurisprudência<sup>56</sup> do STF, podemos afirmar que a possibilidade de concessão de revisão geral anual determinando que o art. 37, X, seja cumprido não seria tão revolucionária, tampouco violaria a separação dos Poderes, eis que o STF tem se utilizado de *sentenças aditivas*,<sup>57</sup> que possuem uma carga política muito mais forte do que determinar que o Poder Executivo faça algo que é obrigado pela Constituição.

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 determinando que a Constituição seja cumprida, tornando eficaz o direito expresso no art. 37, X.

Destarte, diante da conjuntura do constitucionalismo brasileiro atual, verifica-se que a Constituição possui respaldo jurídico-histórico-filosófico que garante sua plena eficácia. Logo, com base na doutrina e jurisprudência mencionada, verificamos que ela atua como norma superior devendo ser efetivada pelo Poder Judiciário, sobretudo quando traz determinado direito de forma expressa, como é o caso do art. 37, X.

---

<sup>56</sup> Nessa lógica de separação e conflito entre os Poderes, temos visto que o STF vem ganhando espaço no cenário político nacional exatamente por essa postura de 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, referente à fidelidade partidária e vacância de mandato (Informativo nº 482, STF); demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388); ADPF 54 (aborto de fetos anencéfalos), dentre outros.

<sup>57</sup> Com o passar das décadas e a frequente atuação da *Corte Costituzionale* italiana 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. Uma das técnicas mais relevantes desenvolvidas pelo Direito italiano que repercutiu em países como Portugal, Espanha e Alemanha é a chamada *sentença de efeitos aditivos*. SANCHEZ, Acosta, *apud* ISRAEL, Lucas Nogueira, faz um interessante resumo dos motivos pelos quais as sentenças aditivas ganharam força principalmente na Itália. Aduz que as sentenças aditivas desenvolveram-se largamente, graças ao apoio de grande parte da doutrina, de modo que a *Corte*, reconhecidamente, tem amparo para atuar de forma criativa, reconhecendo sua atuação como legislador positivo no caso de omissão inconstitucional de norma que regulamenta direitos.





## CAPÍTULO 2

# TEORIA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

---

A celeuma da omissão inconstitucional é um tema que vem ensejando amplos debates no Direito Constitucional. Em razão da sua complexidade e dos problemas existentes, o professor Gilmar Mendes<sup>1</sup> realiza vários questionamentos: Quando se caracterizaria uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de complemento dessa lacuna? Qual seria a eficácia da decisão da Corte Constitucional que declara a omissão inconstitucional do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

Somente tais indagações já são suficientes para demonstrar a densidade e algumas particularidades do tema. Em que pese o grande esforço da doutrina e da jurisprudência, podemos perceber que o Direito brasileiro ainda está engatinhando nesse fascinante tema, de modo que inúmeras questões perduram sem respostas satisfatórias.

Diante de tal conjuntura, onde temos um instituto extremamente polêmico com infundáveis questões sem solução aparente, e ainda com conceitos e particularidades que o distingue dos demais institutos, o professor Gilmar Mendes sustenta a necessidade de uma *Teoria da omissão inconstitucional*<sup>2</sup>. Não é o escopo da presente obra traçar parâmetros para elaborar uma verdadeira teoria da omissão inconstitucional. O que se busca insemear é a necessidade de se encarar a inconstitucionalidade

---

<sup>1</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.152.

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.152.

por omissão como uma espécie independente que deve ser vista de outra forma, e não somente uma “outra face” da inconstitucionalidade por ação.<sup>3</sup>

Com o intuito de analisar o instituto da omissão inconstitucional, primeiramente traçaremos alguns pressupostos relevantes para que seja identificada uma omissão inconstitucional. Em seguida, iremos brevemente analisar algumas classificações pertinentes para o objeto da obra. Por fim, vamos ver quais os instrumentos que o Direito Constitucional brasileiro concebeu para enfrentar a celeuma da omissão inconstitucional, seja na via incidental ou direta.

## 2.1. PRESSUPOSTOS

É um consenso na doutrina brasileira que a Constituição é a norma fundamental do ordenamento jurídico, e, assim sendo, contém comandos cogentes, vedando ou impondo determinados comportamentos. É possível, portanto, violar a Constituição praticando atos contrários a ela, seja através de uma *ação* ou uma *omissão*.<sup>4</sup> Neste sentido, buscaremos traçar alguns pressupostos para que se constate a existência de uma inconstitucionalidade por omissão. Para tanto, nos valem, sobretudo, dos parâmetros traçados pelos professores Dirley da Costa Júnior (2009), Jorge Miranda (*apud* Dirley), Luis Roberto Barroso (2012) e Eric Baracho Dore Fernandes (2014).

### 2.1.1. Omissão, explícita ou implícita, diante de um dever constitucional de agir

Analisando a doutrina brasileira, verificamos que o primeiro pressuposto que se mostra relevante é a existência de um *non facere diante de um dever constitucional de agir*. Alexandre de Moraes<sup>5</sup> afirma que a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando há uma

<sup>3</sup> Prova disso é que o STF, até 2008, não distinguia os institutos no que concerne à sua autonomia processual, tanto assim que somente após outubro de 2008 passou a adotar em seu sítio eletrônico a classificação ADO diferente de ADI.

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

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. pp. 654/655.

conduta *positiva* exigida pela Constituição e o Poder Público pratica uma conduta *negativa*, ou seja, se omite diante da exigência presente.

No mesmo sentido, sustenta Gilmar Mendes<sup>6</sup> que a omissão inconstitucional ocorreria quando há uma inobservância de um dever constitucional de legislar, que pode ser explícito ou implícito. E aqui devemos lembrar, como será visto no próximo tópico, que tal como no caso de inconstitucionalidade por ação, também a omissão violadora da Constituição pode ser imputável aos três Poderes, e não somente ao Legislativo.<sup>7</sup>

Luis Roberto Barroso<sup>8</sup>, 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.

Lenio Streck<sup>9</sup> aduz que a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando, estipulada uma conduta na Constituição, para que alguém atue, verifica-se uma inércia/omissão, quando o responsável não realiza a obrigação imposta pela Constituição.

Em suma, quando a Constituição impõe determinado comando, seja de forma explícita ou implícita, e qualquer dos três Poderes se abstém de realizá-lo, praticando uma conduta negativa diante de uma ordem emanada da Constituição, incorre em hipótese de omissão inconstitucional.

6 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.030.

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

8 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 56.

9 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013. p. 891.

### 2.1.2. Norma constitucional passível de violação por omissão

O segundo pressuposto refere-se à *norma constitucional que será violada pela omissão*. A clássica distinção feita por José Afonso da Silva (normas de eficácia plena, contida e limitada), em que pese seu brilhantismo, como adrede mencionado (item 1.1), não é mais capaz de lidar com a complexidade da temática: basta pensar que algumas normas de eficácia plena precisam de normatividade e atuação do Poder Público para serem eficazes (direitos sociais).<sup>10</sup> Contudo, somente para elucidar, segundo aquela classificação, poderíamos dizer que a omissão inconstitucional se refere às normas constitucionais de *eficácia limitada*, já que dependem ora de providências normativas do Poder Legislativo, ora do Poder Executivo.<sup>11</sup>

O professor Luis Roberto Barroso<sup>12</sup> (ver item 1.1) afirma que, em regra, a *omissão* ocorrerá em relação a uma *norma de organização* (por exemplo: art. 90, § 2º, “A lei regulará a organização e funcionamento do Conselho da República”; art. 93, “Lei Complementar de iniciativa do STF disporá sobre o Estatuto da Magistratura”; art. 134, § 1º, “Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União”) ou em relação a uma *norma definidora de direitos* (por exemplo: art. 5º, XXVI, “A pequena propriedade rural, assim definida em lei, não será objeto de penhora”; art. 7º, IX, “São direitos dos trabalhadores, além de outros, participação nos lucros ou resultados, conforme definido em lei”).<sup>13</sup> A inércia do legislador, em qualquer dos dois casos, configurará inconstitucionalidade por omissão. Especificamente quando ao segundo caso, Barroso defende que haveria um direito subjetivo outorgado pelo texto constitucional, investindo o indivíduo no poder jurídico de exigir a criação da norma.

<sup>10</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Bahia: JusPodivm, 2009, p. 379.

<sup>11</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Bahia: JusPodivm, 2009, pp. 378/379.

<sup>12</sup> Classificação adotada no item 1.1. BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. p. 56.

<sup>13</sup> Tratam-se de normas de eficácia limitada na teoria de José Afonso da Silva em relação à classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, ou seja, dependem que o legislador ordinário atue para que o direito previsto na Constituição possa ser efetivamente exercido. Entendemos ainda que também é possível estender tal aplicação às normas de eficácia plena, quando não puderem ser efetivadas. Sobre o tema, ver SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 81 e 82.

A questão de omissão inconstitucional envolvendo normas programáticas<sup>14</sup>, pela sua complexidade e polêmica, não pode ser tratada nesta obra, sob pena de desvirtuar o caminho que traçamos e entrarmos em um debate controverso que ainda não possui soluções satisfatórias.

Por fim, não custa ressaltar que a presença de uma omissão inconstitucional, não deve ser confundida com a possibilidade jurídica de solucionar/enquadrar tal omissão nas disposições do Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Em outras palavras, pode ocorrer a inconstitucionalidade por omissão sem que esteja enquadrada a hipótese de utilização de MI e ADO, como, por exemplo, em uma ação ordinária. Isso não altera a situação de inconstitucionalidade por violação negativa da Constituição.

### **2.1.3. Inércia absoluta de medidas tomadas pelo Poder competente**

Tal pressuposto deve ser analisado levando-se em consideração quais as medidas que o órgão ou Poder competente está tomando, ou tomou, para solucionar a omissão inconstitucional. Ou seja, além dos requisitos anteriormente expostos, faz-se também necessário que não existam medidas concretas para realizar o comando constitucional. Basta citar o exemplo do MI 715<sup>15</sup>, em que o impetrante alegava inércia da União em elaborar normas que garantissem a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII). No seu voto, o Rel. Min. Celso de Mello, demonstrou que haviam no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei em tramitação, fato este que retira a inércia absoluta inerente à omissão inconstitucional.

---

<sup>14</sup> Conforme visto na parte inicial (1.1), embora exista o entendimento da impossibilidade de pleito direto das normas programáticas, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que tais normas conferem ao administrado o direito imediato de obter, nas prestações jurisdicionais, interpretações e decisões orientadas no mesmo sentido e direção preconizados 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.

<sup>15</sup> BRASIL. STF. MI 715. Rel. Min. Celso de Mello. DJ. 25/02/2005.

Óbvio que aqui devemos realizar um juízo crítico com parcimônia e razoabilidade, conforme dito pelo STF na ADI 3.682<sup>16</sup>: no caso de o projeto de lei estar parado ou tramitando durante muito tempo, havendo inclusive danos à sociedade ou a sujeitos determinados em razão desse decurso, parece-nos razoável que o presente requisito estaria configurado, uma vez que, para fins práticos, a medida estaria sendo absolutamente ineficaz. Com esse ponto partimos para o último pressuposto que buscamos elucidar.

#### 2.1.4. Decurso de tempo

O *decurso de tempo razoável* é sem dúvida o mais polêmico e tormentoso dos pressupostos caracterizadores da omissão inconstitucional. É certo que não há qualquer parâmetro, exceto o da razoabilidade, para determinar quanto tempo é razoável ou não para que o Poder ou órgão cumpra o comando constitucional. Não se deve confundir a possibilidade de o Judiciário determinar tempo para o legislador ou Presidente, com o verdadeiro decurso de tempo que aqui se busca analisar.

Vejamos o exemplo do Código de Defesa do Consumidor. O art. 5º, XXXII, da Constituição afirma que o Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do consumidor. Embora a parte das disposições gerais permanentes não determine prazo, o art. 48 do ADCT trouxe o tempo de 120 dias para elaboração de lei. Sendo assim, estaria configurada a inconstitucionalidade por omissão após o fim do prazo de 120 dias.

Recentemente, em ação proposta pelo Conselho Federal da OAB<sup>17</sup>, em decisão liminar<sup>18</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.

---

<sup>16</sup> Uma vez desencadeado o processo legislativo, não haveria que se falar em omissão inconstitucional do legislador. Todavia, conforme dito pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.682, em maio de 2007, a Corte declarou a demora legislativa em editar lei complementar federal estabelecendo o período dentro do qual municípios podem ser criados, incorporados, fundidos e desmembrados.

<sup>17</sup> ADO – 24. Rel. Min. Dias Toffoli.

<sup>18</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.

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) 6.953/2002 (substitutivo do PL 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.

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.

## 2.2. CLASSIFICAÇÕES

Existem vários critérios por meio dos quais podemos classificar uma omissão inconstitucional. Tendo em vista o objetivo da obra, não se mostra necessário fazer uma análise exaustiva das classificações existentes. Portanto, selecionamos dois critérios que nos parecem relevantes para o deslinde: *inconstitucionalidade quanto à extensão da omissão* e *inconstitucionalidade por omissão quanto ao Poder, órgão ou função*.

### 2.2.1. Quanto à extensão da omissão

A inconstitucionalidade por omissão pode ser *total* ou *absoluta* quando a providência exigida constitucionalmente (seja lei, ato ou qualquer outro comando), não for concretizada. Ao revés, reputa-se



como omissão inconstitucional *parcial* a hipótese onde a providência é tomada de forma incompleta, ou seja, atinge somente parte dos titulares do direito ou contempla de forma insuficiente nos termos que a Constituição impôs.<sup>19</sup>

Segundo Luis Roberto Barroso<sup>20</sup>, havendo omissão *absoluta* de providência exigida constitucionalmente, surgem três possibilidades de atuação judicial: i) reconhecer a autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente; ii) apenas 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.

O primeiro caso é mais fácil de ser solucionado, já que não depende de criação de ato normativo. Vejamos o exemplo do art. 8º, § 3º, do ADCT da Constituição de 1988. Trata-se da reparação de natureza econômica para cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, na forma da lei de iniciativa do Congresso Nacional, a 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 tanto, 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).

No tocante à segunda possibilidade, normalmente é adotada quando a norma não é autoaplicável, necessitando para efetivá-la de um comando integrador, sendo amplamente utilizada pelo STF no julgamento de ADO, já que apenas declara a mora do Poder ou órgão e o notifica para tomar providências.

A terceira possibilidade é a chamada posição concretista, por meio da qual o Judiciário supre a omissão para possibilitar o exercício de direitos.

Com relação à omissão *parcial*, a situação se altera, posto que, de fato, a norma ou ato existe, todavia, atende de forma insuficiente o comando constitucional. Ou seja, o legislador não cumpriu de forma

<sup>19</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. pp. 57/58.

<sup>20</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. pp. 57/58.

integral o que a Constituição determina, seja porque a lei excluiu do seu âmbito de incidência determinada categoria que deveria ter sido abrangida (omissão parcial relativa, normalmente ligada à violação de isonomia), seja porque o legislador, ao atuar de modo insuficiente, não cumpriu a obrigação que a Constituição lhe impusera (omissão parcial propriamente dita).<sup>21</sup>

Para solucionar a *omissão parcial relativa*, Luis Roberto Barroso propõe três saídas: i) declaração de inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; ii) declaração de inconstitucionalidade da lei por omissão parcial, com ciência ao órgão julgador para tomar as providências necessárias (corrente não concretista); iii) extensão do benefício à categoria excluída (corrente concretista).

A primeira hipótese deve ser rechaçada, já que obviamente aumentará o prejuízo, pois ambas ficarão sem o benefício. A segunda hipótese é comumente utilizada pelo STF quando do julgamento de ADO. Por fim, a terceira hipótese é a mais eficaz e mais polêmica, já que o Judiciário ou estende o alcance da norma, ou cria regulamento para o caso.

### 2.2.2. Quanto ao Poder e função

Tal como no caso de inconstitucionalidade por ação, também a omissão violadora da Constituição pode ser imputável aos três Poderes.

Em que pese a vasta doutrina acerca da inconstitucionalidade do Poder Legislativo, costuma-se ver de forma genérica a inconstitucionalidade do Poder Executivo e nada se comenta sobre o Poder Judiciário. 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, ou deixa de realizar os gastos previstos na lei orçamentária, ou deixa de

21 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. pp. 59/60.

22 Tratam-se de normas de eficácia limitada na teoria de José Afonso da Silva em relação à classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, ou seja, dependem que o legislador ordinário atue para que o direito previsto na Constituição possa ser efetivamente exercido. Sobre o tema, ver SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 81 e 82.

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.

Ao mesmo tempo em que a omissão pode ser imputada ao Poder ou órgão omissor (Legislativo, Executivo e Judiciário), ela também se refere a uma função (legiferante, jurisdicional e administrativa), devendo ficar claro, por exemplo, que não necessariamente será declarada a omissão inconstitucional do Executivo por omissão da função administrativa. Deve existir uma separação. Não podemos atrelar, necessariamente, omissão do Poder legislativo à omissão de função legislativa e o mesmo para os demais.

Assim, afirma Lenio Streck que 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>23</sup>

Ante o objetivo da obra, e com vistas a efetivar a Constituição, diante da doutrina dos diálogos constitucionais e também da efetividade, entendemos que a omissão de função legislativa pode ocorrer em relação ao Executivo. Basta pensar na hipótese em que a iniciativa de lei seja reservada ao Presidente da República que deve enviar o projeto ao Congresso, todavia não o faz, impossibilitando que o Poder Legislativo exerça sua função típica. Quando existir omissão concomitante de mais de um Poder para que o fim constitucional seja atingido, denominamos tal hipótese de *inconstitucionalidade por omissão em razão de dependência*. Neste caso, a omissão de natureza legislativa pode ser imputada tanto ao Legislativo quanto ao Executivo, tendo em vista que a norma depende dos dois Poderes. Vejamos por exemplo o caso do MI 3.222<sup>24</sup>, de relatoria do Min. Celso de Mello, em que 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

23 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013. p. 891.

24 BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 3.222. Rel. Min. Celso de Mello. DJ. 02/06/2011.

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.

Logo, no caso supramencionado, onde a iniciativa de lei é do Presidente da República e ele se abstém de enviar projeto de lei ao Congresso, estamos diante de omissão tanto do Legislativo quanto do Executivo (omissão dos Poderes), e também de uma omissão da função legislativa (omissão da função) que é imputável a ambos, visto que para que o fim constitucional seja atingido, os dois devem atuar.

Tal entendimento deve ser fomentado, já que tem extrema importância para resolução da celeuma presente no dispositivo em comento no caso da ADO, conforme será aprofundado em momento próprio.

Não se busca na presente obra tratar da omissão do Poder Judiciário e de sua função jurisdicional, de modo que iremos nos abster de comentar sobre a temática. Tampouco se mostra necessário tratar da omissão inconstitucional por ato administrativo.

### **2.3. 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>25</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, nos referimos a um modelo. Tal modelo, de origem austríaca, aduz que a guarda da Constituição será exercida por um único órgão.<sup>26</sup>

No Brasil, o controle concentrado pode ser exercido pelo STF, quando o paradigma for a Constituição da República<sup>27</sup>, ou pelos

<sup>25</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. pp. 69/70.

<sup>26</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. p. 182.

<sup>27</sup> É exercido através de ADI, ADO e ADC.

Tribunais de Justiça, na representação de inconstitucionalidade, tendo como paradigma a Constituição do Estado respectivo.

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 da 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>28</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 ocorre no processo civil ordinário. Em outras palavras, a questão constitucional é que deverá ser enfrentada.

Destarte, para o enfrentamento direto da omissão inconstitucional da Constituição Federal, no caso de omissão em abstrato como questão principal, o art. 103, § 2º, trouxe a possibilidade de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão<sup>29</sup> perante o STF pelos legitimados do art. 103. A regulamentação de tal ação cabe à Lei nº 9.868/99.

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

No Direito português, a Constituição de 1976 introduziu o controle de constitucionalidade por omissão em seu art. 283º<sup>30</sup>. Percebe-se

<sup>28</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. p. 180.

<sup>29</sup> 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.”

<sup>30</sup> “Art. 283º. Inconstitucionalidade por omissão 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. Portugal. Constituição de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

que o modelo português serviu como inspiração para o instituto da inconstitucionalidade por omissão no Brasil, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>31</sup> Duas questões devem ser ressaltadas: i) a óbvia inexistência de sanção quando ocorre uma omissão inconstitucional inviabiliza qualquer avanço na jurisdição constitucional portuguesa; ii) em Portugal, diferentemente do Brasil, são muito limitados os casos onde há uma omissão inconstitucional em ADO, de modo que a Corte não tem necessidade de se aprofundar na problemática, gerando um óbvio desinteresse pelo tema.<sup>32</sup>

No Brasil, julgada procedente uma ADO o entendimento do STF se traduz na seguinte linha: i) limita-se a reconhecer, com eficácia *erga omnes*, a mora do Poder competente, e em determinados casos,<sup>33</sup> indica 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.

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

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>34</sup>

Sobre a inconstitucionalidade por omissão no tocante à ADO, Luis Roberto Barroso<sup>35</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

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

32 Portugal. *Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. Portuguese Report for the IVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts*. Disponível em: <<http://www.confcoconsteu.org>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

33 ADI 3.682/MT. Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ. 06/09/2007, entre outros.

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

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

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, como tem se utilizado o STF em alguns casos já mencionados.

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

Conforme mencionado, o controle difuso tem origem nos Estados Unidos (célebre caso *Marbury v. Madison* adrede comentado), e faz parte do nosso ordenamento desde a Constituição de 1891.<sup>36</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>37</sup>

Trata-se de processo de índole *subjéctiva*, onde a questão constitucional será alegada por via *incidental*, ou seja, secundária, *prejudicial*, porém necessária para a resolução do mérito.<sup>38</sup> É também 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.

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.

36 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. p. 113.

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

38 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. p. 72.

Não podendo olvidar que, quando a questão for decidida por tribunal, em respeito à cláusula de reserva de plenário (art. 97)<sup>39</sup>, somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal pleno, ou órgão especial, se existir, poderá ser declarada a inconstitucionalidade.

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, em que 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>40</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>41</sup> Sua regulamentação, contudo, ainda não foi realizada<sup>42</sup>, de modo que se aplica, subsidiariamente, a Lei do Mandado de Segurança.

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; as competências originária e recursal para o mandado de injunção são definidas na CF/88, no art. 102, I, *q* e II, *a*, em favor do STF<sup>43</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

<sup>39</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>40</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. p. 73.

<sup>41</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. pp. 158/178.

<sup>42</sup> O PL nº 6.128/2009 se mostra relevante e será abordado em momento oportuno.

<sup>43</sup> “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.



subjetivas prejudicadas pela omissão<sup>44</sup>, seja pessoa física ou jurídica, seja ainda as entidades de classe, associações ou sindicatos.

No tocante à legitimidade passiva, Luís Roberto Barroso<sup>45</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 tão 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, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03/10/2001, DJ 31/10/2001), o STF, em recentes julgados<sup>46</sup> (clássico exemplo do direito de greve dos servidores públicos), superou tal posicionamento, a nosso sentir corretamente conforme preceitua Luis Roberto Barroso<sup>47</sup>, dando ao Mandado de Injunção a sua verdadeira finalidade: julgar o caso concreto decidindo sobre o direito postulado e suprimindo a lacuna legal.

Em que pese os argumentos contrários<sup>48</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 partes*.

O Min. Gilmar Mendes afirma<sup>49</sup> que a reiterada omissão legislativa inconstitucional, somada a uma reiterada omissão do Poder Judiciário, violaria a força normativa da Constituição. Logo, com tal conduta a Carta

44 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.

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

46 STF – Pleno. MI 670-9/ES, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Redator p/ ac. Min. GILMAR MENDES, DJ 30/10/2008; STF – Pleno. MI 708-0/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 30/10/2008; STF – Pleno. MI 712-8/PA, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 30/10/2008.

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

48 STF – Pleno, MI – QO 107. Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 21/09/1990, pp. 36/40.

49 STF – Pleno, MI 708-0/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 30/10/2008.

se encontraria desprotegida diante da inércia dos poderes constituídos, pondo-se em risco a efetividade não apenas do dispositivo constitucional não regulado, mas da Constituição como um todo. O problema em questão será debatido com maior profundidade em capítulo próprio, já que se abre, com este e outros precedentes, a possibilidade de prolação de *sentenças aditivas*.

O professor Dirley da Cunha Júnior<sup>50</sup> sustenta ainda 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 partes*. 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).

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 partes*.

Por fim, veremos ainda que, segundo o entendimento do STF, três requisitos devem ser atendidos para que a responsabilidade civil do Estado pela omissão seja configurada, podendo o lesado se valer das vias ordinárias: 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.

## 2.5. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A CELEUMA DA OMISSÃO

Conforme sustenta o Min. Gilmar Mendes<sup>51</sup>, é de extrema importância que a doutrina brasileira comece a pensar sobre a necessidade de uma *Teoria da Omissão Inconstitucional*, diante da atual conjuntura em que

<sup>50</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Bahia: JusPodivm, 2009, pp. 306/315.

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.152.

temos uma área extremamente polêmica com infundáveis questões sem solução aparente, e ainda com conceitos e particularidades próprias. O que queremos insemear é a imprescindibilidade de se encarar a inconstitucionalidade por omissão como uma espécie independente, e não somente uma “outra face” da inconstitucionalidade por ação.<sup>52</sup> A doutrina e a jurisprudência devem avançar.

Pelos argumentos apresentados, buscou-se assentar algumas premissas para a identificação de uma omissão inconstitucional. Para tanto, utilizamos os parâmetros traçados pelos professores Dirley da Costa Júnior (2009), Jorge Miranda (*apud* Dirley), Luis Roberto Barroso (2012) e Eric Baracho Dore Fernandes (2014).

Sustentamos que existem quatro pressupostos essenciais para configurar uma inconstitucionalidade por omissão: i) *omissão, explícita ou implícita, diante de um dever constitucional de agir*; ii) *norma constitucional passível de violação por omissão*; iii) *inércia absoluta de medidas tomadas pelo Poder competente*; e iv) *decorso de tempo*.

Analisando a doutrina brasileira<sup>53</sup>, verificamos que o primeiro pressuposto que se mostra relevante é a existência de um *non facere diante de um dever constitucional de agir*. Logo, quando a Constituição impõe determinado comando, seja de forma explícita ou implícita, e qualquer um dos três Poderes se abstém de realizá-lo, praticando uma conduta negativa diante de uma ordem emanada da Constituição, incorre em hipótese de omissão inconstitucional.

O segundo pressuposto refere-se à *norma constitucional que será violada pela omissão*. Ou seja, deve a norma constitucional ser passível de violação por omissão. Portanto, segundo a classificação do professor Luis Roberto Barroso<sup>54</sup>, em regra, a *omissão* ocorrerá em relação a uma *norma de organização* ou *norma definidora de direitos*. Ou segundo a clássica referência de José Afonso da Silva: normas constitucionais de

<sup>52</sup> Prova disso é que o STF, até 2008, não distinguia os institutos no que concerne à sua autonomia processual, tanto assim que somente após outubro de 2008 passou a adotar em seu sítio eletrônico a classificação ADO diferente de ADI.

<sup>53</sup> Conforme visto, em que pese as divergências pontuais, a questão é abordada pelos maiores nomes da doutrina pátria: Gilmar Mendes, Lenio Streck, Luis Roberto Barroso, Alexandre de Moraes etc.

<sup>54</sup> Classificação adotada no item 1.1. Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. p. 56.

*eficácia limitada*, que dependem ora de providências normativas do Poder Legislativo, ora do Poder Executivo.<sup>55</sup>

Com relação à *inércia absoluta*, concluímos que tal pressuposto deve ser analisado levando-se em consideração quais as medidas que o órgão ou Poder competente está tomando, ou tomou, para solucionar a omissão inconstitucional, levando em conta um juízo crítico com parcimônia e razoabilidade, conforme dito pelo STF na ADI 3.682<sup>56</sup>: no caso de o projeto de lei estar parado ou tramitando há muito tempo, havendo inclusive danos à sociedade ou a sujeitos determinados em razão desse decurso, parece-nos razoável que o presente requisito estaria configurado, uma vez que, para fins práticos, a medida estaria sendo absolutamente ineficaz.

Finalmente, o último pressuposto elencado é o *decurso do tempo*. É certo que não há qualquer parâmetro, exceto o da razoabilidade, para determinar quanto tempo é razoável ou não para que o Poder ou órgão cumpra o comando constitucional. Todavia, em determinados casos, a própria Constituição traz esse lapso temporal, como o art. 48 do ADCT, que trouxe o prazo de 120 dias para elaboração de lei protetiva do consumidor.

Em seguida, selecionamos dois critérios de classificação que nos parecem relevantes para o deslinde da obra: *inconstitucionalidade quanto à extensão da omissão* e *inconstitucionalidade por omissão quanto ao Poder e função*.

A inconstitucionalidade por omissão pode ser *total* ou *absoluta* quando a providência exigida constitucionalmente (seja lei, ato ou qualquer outro comando) não for concretizada. Ao revés, reputa-se como omissão inconstitucional *parcial* a hipótese em que a providência é tomada de forma incompleta, ou seja, atinge somente parte dos titulares do direito ou contempla de forma insuficiente nos termos que a Constituição impôs.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. Bahia: JusPodivm, 2009, pp. 379/379..

<sup>56</sup> Uma vez desencadeado o processo legislativo, não haveria que se falar em omissão inconstitucional do legislador. Todavia, conforme dito pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.682, em maio de 2007, a Corte declarou a demora legislativa em editar lei complementar federal estabelecendo o período dentro do qual municípios podem ser criados, incorporados, fundidos e desmembrados.

<sup>57</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit. pp. 57/58.

Quanto ao *Poder e função*, Ao mesmo tempo em que a omissão pode ser imputada ao Poder ou órgão omissor (Legislativo, Executivo e Judiciário), ela também se refere a uma função (legiferante, jurisdicional e administrativa), devendo ficar claro, por exemplo, que não necessariamente será declarada a omissão inconstitucional do Executivo por omissão da função administrativa. Deve existir uma separação. Não podemos atrelar, necessariamente, a omissão do Poder Legislativo à omissão de função legislativa, e o mesmo para os demais.

Assim, afirma Lenio Streck que 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>58</sup>

Tendo em vista o objetivo da presente obra e com vistas a efetivar a Constituição diante da doutrina dos diálogos constitucionais e da doutrina da efetividade, entendemos que a omissão de função legislativa pode ocorrer em relação ao Executivo. Basta pensar na hipótese em que a iniciativa de lei seja reservada ao Presidente da República que deve enviar o projeto ao Congresso, todavia, não o faz, impossibilitando que o Poder Legislativo exerça sua função típica. Quando existir tal hipótese, entendemos que se trata de *inconstitucionalidade por omissão em razão de dependência*. Neste caso, a omissão de natureza legislativa pode ser imputada tanto ao Legislativo quanto ao Executivo, haja vista que a norma depende dos dois Poderes para que o fim constitucional seja atingido. Veja-se, por exemplo, o caso do MI 3.222<sup>59</sup>, de relatoria do Min. Celso de Mello, adrede mencionado, que elucida tal possibilidade.

Estabelecemos também as diferenças entre controle *difuso* e *concentrado*, e a possibilidade de alegação de inconstitucionalidade pela via *direta* ou *incidental*.

Vimos que para o enfrentamento direto da omissão inconstitucional da Constituição Federal, no caso de omissão em abstrato como questão principal, o art. 103, § 2º, trouxe a possibilidade de ajuizamento de

58 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013. p. 891.

59 BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 3.222. Rel. Min. Celso de Mello. J. 02/06/2011.

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão<sup>60</sup> perante o STF pelos legitimados do art. 103. A regulamentação de tal ação cabe à Lei nº 9.868/99.

No Brasil, julgada procedente uma ADO, o entendimento do STF se traduz na seguinte linha: i) limita-se a reconhecer, com eficácia *erga omnes*, a mora do Poder competente, e em determinados casos<sup>61</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.

Podemos tirar algumas conclusões: a ADO tem caráter eminentemente *declaratório*, eis que declara a existência de omissão inconstitucional. Ademais, vê-se a questão *mandamental* no tocante à ciência ao Poder omissor acerca da pronúncia de inconstitucionalidade da omissão para que este adote “as providências necessárias” a que se refere o § 2º do art. 103 da CF/88. 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>62</sup>

Outra possibilidade foi ressaltada. Trata-se do Mandado de Injunção. Os efeitos da decisão de MI são extremamente polêmicos e relevantes. Embora inicialmente adotasse a corrente *não concretista* (MI 587/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03/10/2001, DJ 31/10/2001), o STF, em recentes julgados<sup>63</sup> (clássico exemplo do direito de greve dos servidores públicos), superou tal posicionamento, a nosso sentir corretamente, conforme preceitua Luis Roberto Barroso<sup>64</sup>, dando ao Mandado de Injunção a sua verdadeira finalidade: julgar o caso concreto decidindo sobre o direito postulado e suprindo

60 (...) “§ 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.”

61 ADI 3.682/MT. Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ. 06/09/2007.

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

63 STF – Pleno. MI 670-9/ES, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Redator p/ ac. Min. GILMAR MENDES, DJ 30/10/2008; STF – Pleno. MI 708-0/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 30/10/2008; STF – Pleno. MI 712-8/PA, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 30/10/2008.

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

a lacuna legal. Em que pese às opiniões contrárias<sup>65</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.

O professor Dirley da Cunha Júnior<sup>66</sup> sustenta ainda 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 partes*. 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).

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 partes*.

O Min. Gilmar Mendes afirma<sup>67</sup> que a reiterada omissão legislativa inconstitucional, somada a uma reiterada omissão do Poder Judiciário, violaria a força normativa da Constituição. Logo, com tal conduta a Carta se encontraria desprotegida diante da inércia dos Poderes constituídos, pondo-se em risco a efetividade não apenas do dispositivo constitucional não regulado, mas da Constituição como um todo. O problema em questão será debatido com maior profundidade em capítulo próprio, já que se abre, com este e outros precedentes, a possibilidade de prolação de *sentenças aditivas*. Vale ressaltar de antemão que não é o caso do art. 37, X.

Por fim, corroborando e sintetizando tudo o que foi exposto, o Ministro Celso de Mello, com a tecnicidade e clareza que lhe é peculiar, na relatoria do MI 542-SP<sup>68</sup>, discorre sobre a celeuma da omissão inconstitucional:

<sup>65</sup> Moreira Alves. STF – Pleno, MI – QO 107. Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 21/09/1990, pp. 36/40.

<sup>66</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. Bahia: JusPodivm, 2009. pp. 306/315.

<sup>67</sup> STF – Pleno. MI 708-0/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 30/10/2008.

<sup>68</sup> MI 542-SP. Rel. Min. Celso de Mello, data da decisão 29/08/2001, 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.

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). Entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). 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 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>69</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>70</sup>

---

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013. pp. 39/40.

## CAPÍTULO 3

# OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: HÁ POSSIBILIDADE 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 será destinado 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 Nº 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.<sup>1</sup> Dentre as inúmeras mudanças perpetradas, destacam-se: i) estabilidade dos

---

<sup>1</sup> 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.

servidores públicos; ii) regime de remuneração dos agentes públicos; e iii) gestão gerencial da Administração Pública.

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.

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

3 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. 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 sub-sídio 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, § 4º<sup>6</sup>, da Constituição deve ser interpretado de forma conjunta ao seu § 3º<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*.

Feito esse parêntese, 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.<sup>9</sup> 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.

5 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. 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 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 738.

9 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. pp. 268/274.

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 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 indesejável ineficácia da Constituição:

Até a nova redação do art. 37, X, da Constituição – resultante da EC nº 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

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

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

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

O art. 37, X<sup>12</sup>, veio a ser alterado com redação dada pela EC nº 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 de 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.

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 aos servidores a revisão geral e anual da *remuneração básica*, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

O segundo comando é inovador, pois garante tanto a recomposição salarial em razão das perdas inflacionárias de forma *geral*, como

---

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.

instaura o princípio da *anualidade*, assegurando ainda a *isonomia dos índices* revisionais.<sup>14</sup>

No âmbito federal, para regulamentar a revisão geral e anual em comento, foi criada a Lei nº 10.331, de 2001, que também dispôs sobre a revisão geral anual para o ano de 2002 (“art. 5º 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>15</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>16</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>17</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, anualmente, referente à revisão geral anual com mesmo índice. Todavia, isso não ocorre desde 2003, conforme se verá no próximo ponto.

<sup>14</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 735.

<sup>15</sup> “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.”

<sup>16</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 736.

<sup>17</sup> Art. 169 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

### 3.2. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO: PRESSUPOSTOS 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.

Foi dito, no item 2.1, que são pressupostos para a existência de uma inconstitucionalidade por omissão: i) *omissão, explícita ou implícita, diante de um dever constitucional de agir*; ii) *norma constitucional passível de violação por omissão*; iii) *inércia absoluta de medidas tomadas pelo Poder competente*; e iv) *decorso de tempo*.

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

No tocante à omissão diante de um dever constitucional de agir, 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>18</sup> Alexandre de Moraes<sup>19</sup> afirma que a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando há uma conduta *positiva* exigida pela Constituição e o Poder Público pratica uma conduta *negativa*, ou seja, se omite diante da exigência presente.

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>20</sup> (e ainda, mesmo nesses anos, os percentuais pagos foram insuficientes à 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).

18 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013. p. 891.

19 MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. pp. 654/655.

20 Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>>.



Conforme aprofundado no item 2.2.2, patente a existência de um *non facere diante de um dever constitucional de agir*, a nosso sentir pode ser imputada a omissão concomitantemente ao Poder Executivo e Legislativo, eis que o escopo do art. 37, X, é a produção legislativa.

Quanto à *norma constitucional*, segundo a referida classificação de Luis Roberto Barroso (ver itens 1.1 e 2.1.2 ), em regra, a omissão ocorrerá em relação a uma *norma de organização* ou em relação a uma *norma definidora de direitos*.<sup>21</sup>

Tendo em vista que o comando presente no art. 37, X, se traduz em um *direito*, que necessita de lei anual para ser efetivado, concluímos que a ausência de propositura legislativa impede a plena eficácia constitucional. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho<sup>22</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 *inércia absoluta de medidas tomadas pelo Poder competente*. Este requisito, conforme visto, é de fácil caracterização, estando intimamente ligado ao primeiro: *non facere*. No caso em comento, além de não estar sendo enviada anualmente, não há nem possibilidade de medida paliativa pelo chefe do Executivo, na medida em que o processo legislativo deve ser provocado por ele, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, no MI 715<sup>23</sup>, em que apenas um projeto de lei seria suficiente para demonstrar que *não há inércia*.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Tratam-se de normas de eficácia limitada, na teoria de José Afonso da Silva, em relação à classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, ou seja, dependem que o legislador ordinário atue para que o direito previsto na Constituição possa ser efetivamente exercido. Entendemos ainda que também é possível estender tal aplicação às normas de eficácia plena, quando não puderem ser efetivadas. Sobre o tema, ver SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 81 e 82.

<sup>22</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 737.

<sup>23</sup> BRASIL. STF. MI 715. Rel. Min. Celso de Mello. DJ. 25/02/2005. No seu voto, o Rel. Min. Celso de Mello demonstrou que haviam no Congresso Nacional inúmeros projetos de lei em tramitação, fato este que retira a inércia absoluta inerente à omissão inconstitucional.

<sup>24</sup> Uma vez desencadeado o processo legislativo, não haveria que se falar em omissão inconstitucional do legislador. Todavia, conforme dito pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.682, em maio de 2007, a Corte declarou a demora legislativa em editar lei complementar federal estabelecendo o período dentro do qual municípios podem ser criados, incorporados, fundidos e desmembrados.

No caso do art. 37, X, nenhum projeto foi enviado ao Congresso desde 2003<sup>25</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 *decorso do tempo*. Ora, conforme visto, 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, já mencionada).

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>26</sup> pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo 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:

EMENTA: AÇÃO 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 ação.

<sup>25</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>>.

<sup>26</sup> STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, J. 25/04/2001, DJ. 29/06/2001.

No julgamento da referida ADI por omissão, em 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; 2.490-PE; 2.492-SP; 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).

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/88 o que impede de o “Poder Judiciário deferir pedido de indenização no tocante à revisão geral anual de servidores, por ser atribuição privativa do Poder Executivo” (RE 548.967-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/07, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 8/2/08). No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/07, 2<sup>a</sup> Turma, DJE de 1<sup>o</sup>/2/08; RE 561.361-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20/11-07, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 8/2/08; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6/11/07, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 15/2/08.

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.

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 Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, e divergiu o Min. Luis Roberto Barroso. O julgamento está suspenso por pedido de vista do Min. Teori Zavascki e será aprofundado no item 3.6.

### **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 primeiro lugar, trata-se da 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 constitucional 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, 18 de outubro de 2005, na 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 pòrtica, 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 deve tomar iniciativa de lei para concretizar a revisão geral anual. Veja-se 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, julg. por maioria, em 29/03/06. – Apelação e remessa oficial providas.

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

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 as 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. Reale 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>27</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 correcional, 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>28</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.

<sup>27</sup> BRASIL. 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>28</sup> BRASIL. 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.

### 3.4. CONSEQUÊNCIAS DA OMISSÃO

#### 3.4.1. Violação de direito garantido constitucionalmente e enfraquecimento da força normativa da Constituição

Conforme visto sucintamente no item 3.2, o comando previsto no art. 37, X, da Constituição é um *direito* do servidor público federal. Com a alteração perpetrada pela EC nº 19/98, a obrigatoriedade de revisar anualmente os vencimentos dos servidores da União 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>29</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 (...).

Alexandre de Moraes, ratificando a força normativa da Constituição, sustenta que a nova redação gera uma obrigação constitucional de envio da lei de revisão geral anualmente para recompor o poder aquisitivo do servidor.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 737.

<sup>30</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 339.

No tocante ao enfraquecimento da força normativa da Constituição, 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>31</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 na epígrafe 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 e força normativa da Constituição (ver conclusão item 1.4), não há como conceber a vontade da Constituição mantendo o *status quo*.

### **3.4.2. Custo social da omissão**

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>31</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.

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 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 inciso 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>32</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) acumula 31,1376%. Descontada reposição parcial determinada pelas Leis nº 12.041/2009 e 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>33</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,

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-21/manifesto-magistratura-ministerio-publico-entregue-peluso>>.

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 às 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>34</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 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>35</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.

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

<sup>34</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/49440-sucateamento-da-policia-federal.shtml>>.

<sup>35</sup> Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/40313>>.

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>36</sup>

A situação é tão grave que existem conflitos internos entre agentes e delegados da polícia federal<sup>37</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.

### 3.4.3. Crime de responsabilidade

O art. 85 da Constituição fala que são crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a Constituição. Ademais, a Lei nº 1.079/50, conforme diz o parágrafo único do art. 85 da Constituição, define os crimes de responsabilidade, e em seu art. 12 estabelece que: São crimes contra o cumprimento das decisões judiciais: 1 – impedir, por qualquer meio, o efeito dos atos, mandados ou decisões do Poder Judiciário; 2 – Recusar o cumprimento das decisões do Poder Judiciário no que depender do exercício das funções do Poder Executivo.

Ora, a decisão do STF na ADI 2.061-DF declarou sua mora (vale ressaltar que a última lei anual de revisão geral foi feita em 2003),<sup>38</sup> e não há como discordar que o comando presente no art. 37, X, retrata direito dos servidores que dependem da ação do Executivo. Patente, então, a nosso sentir, o descumprimento da Constituição (art. 85, *caput*: “são crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a Constituição”). Ainda que se entenda que isso não é suficiente para configurar crime de responsabilidade,

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

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

38 Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>>.

vejamos uma posição mais moderada, a partir de uma construção, de acordo com a atual jurisprudência do STF.

Para tipificar o crime de responsabilidade, devemos levar em consideração dois critérios objetivos: i) o decurso do tempo, após declarada a mora pelo Poder Judiciário (conforme prevê o art. 37, X, à luz da anualidade), sem que o Executivo provoque o processo legislativo de revisão geral anual na primeira oportunidade que tiver (de acordo com as datas orçamentárias); ii) omissão inconstitucional existente durante o mandato presidencial vigente.

Assim, não há possibilidade de responsabilização do chefe do Poder Executivo por omissão preexistente à sua posse no cargo. Em outras palavras, evita-se que alguém que acaba de ser eleito responda por omissão do Presidente anterior.

Em resumo, segundo entendimento mais moderado, para configuração do crime de responsabilidade faz-se necessário: i) propositura de uma nova ADO; ii) reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão do art. 37, X, em razão da mora do Executivo; iii) Decisão judicial dando ciência (sem qualquer sanção, art. 103, § 2º) para que tome as medidas necessárias, ou seja, deflagre o processo legislativo do art. 37, X, na primeira oportunidade que tiver (de acordo com as datas orçamentárias); iv) decurso do prazo (de acordo com as datas orçamentárias) sem que inicie o processo; v) omissão inconstitucional existente durante o mandato presidencial vigente.

Entendemos que o descumprimento do art. 85, *caput*, em razão da omissão, já seria suficiente para enquadrar o Presidente em crime de responsabilidade, em razão de atentar contra a Constituição. Todavia, vimos que há uma possibilidade mais moderada, nos termos do art. 103, § 2º, c/c 85, *caput* e VII, ambos da Constituição, e o art. 12, 2, da lei que define os crimes de responsabilidade.

Respeitado todo o processo dito, mostra-se perfeitamente cabível a configuração de crime de responsabilidade, não havendo que se falar em violação da separação dos Poderes. Ao contrário, dá-se cumprimento ao que dispõe a Constituição acerca dos crimes de responsabilidade.

### 3.5. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO STF: POSSIBILIDADE DE AVANÇO DIANTE DOS RECENTES JULGADOS E DA PEC 185/2012

Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com a procedência de uma ADO, o entendimento do STF se traduz na seguinte linha: i) limita-se a reconhecer, com eficácia *erga omnes*, a mora do Poder competente, e em determinados casos<sup>39</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.

Vimos que a ADO tem caráter eminentemente *declaratório*, eis que declara a existência de omissão inconstitucional. Ademais, vê-se a questão *mandamental* no tocante à ciência ao Poder omissor acerca da pronúncia de inconstitucionalidade da omissão para que este adote “as providências necessárias” a que se refere o § 2º do art. 103 da CF/88.

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>40</sup>

Ainda conforme visto, o instituto da ADO, de origem portuguesa, não se adequa de forma eficiente ao nosso sistema em razão da: i) óbvia inexistência de sanção quando ocorre uma omissão inconstitucional; ii) em Portugal, diferentemente do Brasil, são muito limitados os casos onde há uma omissão inconstitucional, de modo que a Corte não tem necessidade de se aprofundar na problemática, gerando um óbvio desinteresse pelo tema.<sup>41</sup>

Diante da situação, Luis Roberto Barroso<sup>42</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

39 ADI 3.682/MT. Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ. 06/09/2007; ADO – 24. Rel. Min. Dias Toffoli, entre outros.

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

41 Portugal. *Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. Portuguese Report for the IVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts.* Disponível em: <<http://www.confcoconsteu.org>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

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

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 se verá 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.

Simplesmente, 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.

O STF já entendeu em alguns julgados em sede de controle concentrado a possibilidade de cominação de prazo:

STF – Pleno. ADI 3.682/MT. Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ. 06/09/2007: “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 (...).

Recentemente, em ação proposta pelo Conselho Federal da OAB<sup>43</sup>, em decisão liminar<sup>44</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) 6.953/2002 (substitutivo do PL 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

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.

Uma outra possibilidade para tentar resolver a ineficácia da ADO seria o enquadramento do chefe do Poder Executivo em crime de responsabilidade por descumprimento de decisão judicial do STF, conforme sustentamos em ponto anterior, item 3.4.3.

<sup>43</sup> ADO – 24. Rel. Min. Dias Toffoli.

<sup>44</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.

Assim como a própria ADO tem uma forte conotação política, um avanço no entendimento jurisprudencial do STF, no sentido de considerar a omissão do Executivo violadora da Constituição, como crime de responsabilidade, se mostra extremamente forte no cenário institucional. Não há qualquer óbice nessa interpretação, ante a expressa conjugação do art. 85, *caput* e VII, ambos da Constituição, e do art. 12, 2, da lei que define os crimes de responsabilidade, bem como o art. 103, § 2º, da Constituição.

Também, buscando resolver a omissão do art. 37, X, tramita na Câmara dos Deputados a PEC 185/2012<sup>45</sup>, que tem como autor o Deputado Junji Abe – PSD/SP (ver anexo II desta obra).

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 §§ 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 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 se a Constituição resguarda determinado direito e há uma patente omissão do Executivo ou do

<sup>45</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=547008>>.

Legislativo em efetivá-lo, surge a chamada *inconstitucionalidade por inércia dos poderes políticos*.<sup>46</sup>

Destarte, declarada a *inconstitucionalidade por dependência* pelo STF (mantendo-se inerte após ser dada ciência ao Executivo para agir, item 2.2.2), à luz da *doutrina da efetividade constitucional*<sup>47</sup>, e se valendo de um diálogo constitucional<sup>48</sup> junto ao Poder representativo por excelência (Legislativo), entendemos que o Congresso Nacional poderia suprir a omissão do Presidente nos termos estabelecidos pela PEC 185/2012, a fim de evitar que perdures a eterna inconstitucionalidade por omissão do art. 37, X.

Ademais, vimos que o MI 3222<sup>49</sup> já mencionado (item 2.2.2) admite 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 (omissão da função), que é imputável a ambos.

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>50</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>51</sup> em patente mora<sup>52</sup>, sem nenhuma perspectiva de avanço em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013. p. 891.

<sup>47</sup> Ver item 1.1.

<sup>48</sup> Ver item 1.2.

<sup>49</sup> BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 3.222. Rel. Min. Celso de Mello. DJ. 02/06/2011.

<sup>50</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>51</sup> (RE 548.967-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/07, 1ª Turma, DJE de 8/2/08). No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/07, 2ª Turma, DJE de 1º/2/08; RE 561.361-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/07, 1ª Turma, DJE de 8/2/08; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6/11/07, 1ª Turma, DJE de 15/2/08.

<sup>52</sup> Vale ressaltar novamente que a última lei anual de revisão geral foi feita em 2003, conforme visto.

Em artigo<sup>53</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, omissas, 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 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, 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>53</sup> 25 Anos de Interpretação Constitucional – uma história de concretização dos direitos fundamentais.

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>54</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 nº 708/DF, 670/ES e 712/PA).

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. (STF – Pleno. ADI-MC 2.010/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 12/04/2002).

<sup>54</sup> MI 585/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 15/05/2002, DJ 02/08/2002.

Verificando a jurisprudência do STF, podemos afirmar que tal possibilidade não seria tão revolucionária, tampouco violaria a separação dos Poderes, eis que o STF tem se utilizado de *sentenças aditivas*<sup>55</sup>, que possuem uma carga política muito mais forte do que o envio da questão para que o Congresso legisle. O clássico caso envolvendo a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol<sup>56</sup>, 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 (item 1.3).

Ora, se o STF já atuou prolatando *sentença aditivas* não há que se falar em violação do art. 2º quando se determina que o Congresso legisle (ou seja, que exerça sua função típica), se valendo da *doutrina da efetividade das normas constitucionais* e dos diálogos constitucionais, já que a mora não é do Congresso, mas sim do Executivo.

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, deve o STF dar prazo para que ele deflagre o processo legislativo. Quedando-se inerte, entendemos que o Congresso Nacional poderia suprir essa omissão. 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, possa intentar ação ordinária pleiteando indenização, nos termos da jurisprudência atual do Supremo, conforme será fundamentado no próximo item.

---

<sup>55</sup> Com o passar das décadas e a frequente atuação da *Corte Costituzionale* italiana 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. Uma das técnicas mais relevantes desenvolvidas pelo Direito italiano que repercutiu em países como Portugal, Espanha e Alemanha é a chamada *sentença de efeitos aditivos*. SANCHEZ, Acosta, *apud* ISRAEL, Lucas Nogueira, faz um interessante resumo dos motivos pelos quais as sentenças aditivas ganharam força principalmente na Itália. Aduz que as sentenças aditivas desenvolveram-se largamente, graças ao apoio de grande parte da doutrina, de modo que a *Corte*, reconhecidamente, tem amparo para atuar de forma criativa, reconhecendo sua atuação como legislador positivo no caso de omissão inconstitucional de norma que regulamenta direitos.

<sup>56</sup> Para mais informações, ver: Cláudio P. Souza Netto; Ademir Borges de Sousa Filho. *Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas*.

Somente com uma mudança na jurisprudência do Judiciário, especialmente do STF, seja em sede de ADO ou processo *subjetivo*, será possível efetivar o comando presente no art. 37, X, da Constituição, caso contrário, permaneceremos dependendo da discricionariedade do chefe do Poder Executivo sem nenhuma forma de superar essa omissão inconstitucional eterna.

### **3.6. POSSIBILIDADE DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS À LUZ DA DOCTRINA PORTUGUESA**

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 (ver conclusão no item 1.4) vamos nos abster de fazer maiores comentários.

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 de acordo com a 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>57</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 órgão ou o poder omisso saísse da inércia, o que, conforme visto, não ocorreu, gerando uma inconstitucionalidade eterna e impossibilitando reparação civil por danos causados.

<sup>57</sup> Veja-se, por exemplo, o MI 283-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 20/03/91. DJ. 14/11/91

Sedimentando a jurisprudência do STF e sugerindo uma reflexão sobre o tema, o Min. Gilmar Mendes<sup>58</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 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, 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) 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. Acompanhou seu voto a Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, e divergiu o Min. Luis Roberto Barroso. O julgamento está suspenso por pedido de vista do Min. Teori Zavascki.

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”.

<sup>58</sup> RE 424584/MG, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 17/11/2009. (RE – 424.584).



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 se 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> Cármen 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), em que 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 o caso 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 e, 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 pese os argumentos do ministro podemos realizar alguns questionamentos.

O Min. 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 do chefe do Poder Executivo de atuar ou não, de acordo com a macroeconomia.

É patente na doutrina o entendimento de que o art. 37, X, constitui verdadeiro direito dos servidores públicos. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho<sup>59</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 (...).

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; 2.490-PE; 2.492-SP; 2.525-DF); (RE 548.967-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/07, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 8/2/08). No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/07, 2<sup>a</sup> Turma, DJE de 1<sup>o</sup>/2/08; RE 561.361-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/07, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 8/2/08; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6/11/07, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 15/2/08.

O Ministro Barroso afirma ainda que, de acordo com a situação econômica, o Chefe do Poder Executivo poderia deixar de realizar a revisão em determinado ano, para realizar em outro ano compensando a omissão.

É público e 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 promulgada nos moldes do art. 37, X<sup>60</sup> (e ainda, mesmo nesses anos, os percentuais pagos foram insuficientes à 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

<sup>59</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 737.

<sup>60</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>>.

Câmara dos Deputados,<sup>61</sup> conforme pleito assinado eletronicamente pelos Srs. Guido Mantega e Antonio Palocci Filho.

Quanto ao argumento do Min. Barroso que teme pela indexação irrestrita, na mesma sessão, o Min. 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 Min. 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 *royaltes*, Fundo de Participação dos Estados, isenção do IPI etc.

O Min. 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 Min. 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 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 Min. 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

<sup>61</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.

do Estado que gera dano para os servidores, e conseqüentemente o direito de indenizar?

Cumpra, por fim, mencionar o voto do próprio Min. Luis Roberto Barroso<sup>62</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. (ADI-4.357), 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.

O Min. Barroso, 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 outras obrigações constitucionais, poderia deixar de aumentá-la, no entanto, vedar-se-ia a realização de publicidade institucional.

Ora, indagamos 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?

<sup>62</sup> Informativo 739 do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

As soluções propostas são extremamente válidas, todavia, seria uma incoerência aceitar sua viabilidade no caso dos precatórios e negar sua aplicação à revisão geral dos servidores.

Em sede estadual, como visto, 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. Reale 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>63</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 correcional, 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.

<sup>63</sup> BRASIL. 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.



Em outro julgado, consignou o TJ-SP<sup>64</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.

Seguindo tal posicionamento, 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.

No inciso X do art. 37 o legislador fez uso do verbo “assegurar”, deixando claro o direito ao reajuste anual, que não é nem um aumento de vencimentos, mas uma reposição da corrosão inflacionária. Aliás, no mesmo artigo no texto constitucional está assegurada a irredutibilidade de vencimentos (art. 37, inciso XV).

Ora, devemos nos 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?

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.

64 BRASIL. 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.

Em Portugal segundo o entendimento de inúmeros juristas<sup>65</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>66</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.

Ante o exposto, e diante do art. 22º da Constituição de Portugal,<sup>67</sup> tal raciocínio é completamente aplicável à jurisdição constitucional brasileira, eis que o art. 37, § 6º<sup>68</sup>, da Constituição, que trata da responsabilidade civil do Estado, não faz qualquer restrição sobre atos omissivos.

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

---

65 “Art. 22. (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 ações 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.” CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 423. 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. 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, p. 159.

66 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. 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, p. 159.

67 “Art. 22.º 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 ações 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.”

68 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.”

resultantes de omissão de providências legislativas necessárias para o exercício de direitos constitucionais. Vejamos:

---

Art. 15 [...]

3 – O Estado e as regiões autônomas 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:

---

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. 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>69</sup>, veja-se por exemplo a existência do Mandado de Injunção,

---

<sup>69</sup> O professor Dirlley da Cunha Júnior, como visto, 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 partes*. 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).

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.

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. 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, o dano moral 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>70</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

<sup>70</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 147.

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>71</sup>

Assim, ante o exposto, e segundo a doutrina de Sérgio Cavalieri<sup>72</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.ª Min.ª Cármen 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 comentário (item 3.4.2)

Em que pede 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.

Por fim, conforme propomos no anexo I desta obra, faz-se necessária uma mudança na Constituição para que a celeuma da omissão inconstitucional seja resolvida de uma vez por todas.

71 ELIAS, Helena. *O Dano Moral na Jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 132/133

72 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 88/106.

Para tanto, sugerimos o acréscimo do § 6º-A e incisos, I, II e III, discorrendo sobre a responsabilidade civil por danos decorrentes da omissão no exercício da função político-legislativa, após declarada a omissão pelo STF, independentemente da concessão de prazo, todavia, analogamente ao art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarada a inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderia o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, conceder prazo para que as providências necessárias sejam tomadas, sem prejuízo da indenização após o decurso do tempo.

### **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 relaciona com os pontos já ultrapassados referentes à separação dos poderes, eficácia normativa da Constituição e *doutrina da efetividade das normas constitucionais* (ver item 1.4).

Ainda há, contudo, duas questões que devem ser dirimidas para concretizar a efetivação do art. 37, X: tratam-se da questão financeira e da escolha do índice a ser utilizado.

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.

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>73</sup>.

<sup>73</sup> 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.

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>74</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>75</sup>

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 financeiro, para que o art. 37, X, venha a ser efetivado. De antemão, adiantamos que no capítulo 4 será abordada a questão da indexação e outras questões financeiras 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 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%.

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;

74 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)>.

75 Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro0711.nsf/23e0bb57e4891f1e83256d6b006954ef/1f9459d4da1d53ff832572dd0073992d?OpenDocument>>.

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.

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.

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.

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.

A LDO para 2014, em consonância com o comando constitucional, com a Lei de Responsabilidade Fiscal e a lei que define os parâmetros para a revisão geral, autoriza a revisão geral das remunerações em seu art. 82<sup>76</sup>, e permite em seu art. 80<sup>77</sup> a realização de despesas com pessoal relativas a aumento da remuneração, vantagens e benefícios até o montante dito no anexo da Lei Orçamentária de 2014 (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.

---

76 “Art. 82 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 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.”

77 “Art. 80. Para fins de 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 2014, cujos valores deverão constar da programação orçamentária e ser compatíveis com os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal.”



Contudo, dispõe a Lei Orçamentária Anual, 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.”

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 § 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.

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 inciso 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 inciso I do art. 16, e nem é necessário demonstrar a origem dos recursos para seu custeio (conforme também dito na justificação da última lei de revisão geral anual feita em 2003)<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=135234&iliname=PL+1083/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=135234&iliname=PL+1083/2003)>.

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.

Vale ainda ressaltar o caso julgado recentemente envolvendo a Varig, que terá despesa estimada em 3 bilhões.<sup>79</sup>

Por maioria, o STF negou provimento ao Recurso Extraordinário 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 de equilíbrio econômico e financeiro.

Não custa lembrar, por fim, o voto já mencionado do Min. Luis Roberto Barroso<sup>80</sup> no julgamento da questão de ordem suscitada na ADI 4.357 /DF e ADI 4.425 /DF, Rel. Min. Luiz Fux, 19/3/2014. (ADI-4.357), 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

<sup>79</sup> Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,stf-condena-uniao-a-indenizar-varig-por-congelamento-de-passagens,179487,0.htm>>.

<sup>80</sup> Informativo 739 do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2014>.

de aumentá-la, no entanto, vedar-se-ia a realização de publicidade institucional.

Ora, indagamos novamente, em analogia ao raciocínio 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? O raciocínio é o mesmo tanto para a indenização, quanto para a revisão de fato.

As soluções propostas são extremamente válidas, todavia, seria uma incoerência aceitar sua viabilidade no caso dos precatórios e negar sua aplicação à revisão geral dos servidores.

Destarte, torna-se perfeitamente viável a efetivação do art. 37, X, da Constituição pelo Poder Judiciário.

## 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, constou 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, encontra-se 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 sanção de omissões legislativas, das quais faremos um breve e conciso inventário.

No MI 712, da Relatoria do Min. Eros Grau sobre o direito de greve, destacou-se a necessidade de dar efetividade ao art. 37, VII da CF/88 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 o texto normativo que faltava para tornar viável o direito de greve dos servidores, removendo o obstáculo da omissão legislativa.

Sobre norma de decisão, veja-se Eros Grau. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 2ª ed, São Paulo: Malheiros, pp. 92-93, e Elival da Silva Ramos. *Ativismo Judicial*, São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 105-106.

Prosegue 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 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 Min. 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 Min. 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 escorço, 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 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/88 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 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.

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 às 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) não obstante isso, este dever genérico não é anual;
- c) este dever genérico que não é anual, não implica em nenhum aumento;

- d) não há nenhuma obrigatoriedade de que eventual aumento corresponda à inflação do período;
- e) revisão não é modificação;
- f) 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) a revisão geral seria uma indexação permanente;
- h) 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, seguida dos argumentos contrapostos:

- a) a mera interpretação literal ou gramatical já poderia dar conta da intelecção de 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 um 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 Min. 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 Min. 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 da 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 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 com 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 prove nova revisão dos subsídios. Tal solução já foi sufragada pelo STF e pode ser aplicada com proveito na revisão de subsídios.

Por outrolado, pode-se cogitar da ausência de previsão orçamentária a teor do art.169 da CR/88, 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 CR/88 – que em seu § 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, 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 concedia os reajustes, 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 CR/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.

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 SÍNTESE POSSÍVEL E NECESSÁRIA

---

A Constituição da República completou 25 anos no ano que passou. Todavia, conforme alertado pelo professor Lenio Streck<sup>1</sup>, em que pese os grandes avanços que tivemos em sede de efetivação de direitos, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes. 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 fundamentos da República.

Conforme sustenta o Min. Gilmar Mendes<sup>2</sup>, é de extrema importância que a doutrina brasileira comece a pensar sobre a necessidade de uma *Teoria da Omissão Inconstitucional*, diante da atual conjuntura onde temos uma área extremamente polêmica com infundáveis questões sem solução aparente, e ainda com conceitos e particularidades próprias. O que queremos insemear é a imprescindibilidade de se encarar a inconstitucionalidade por omissão como uma espécie independente, e não somente uma “outra face” da inconstitucionalidade por ação.<sup>3</sup> A doutrina e a jurisprudência devem avançar.

---

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

2 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.152.

3 Prova disso é que o STF, até 2008, não distinguia os institutos no que concerne à sua autonomia processual, tanto assim que somente após outubro de 2008 passou a adotar em seu sítio eletrônico a classificação ADO diferente de ADI.

No capítulo 1 verificamos que a consolidação do *neoconstitucionalismo*<sup>4</sup> como teoria constitucional no Brasil foi essencial para que a Constituição fosse vista como uma norma que tem *eficácia normativa* e por isso deve ser efetivada.

À luz dessa nova conjuntura que se estabeleceu através 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>5</sup>

A intenção da *doutrina da efetividade* é assegurar, na prática, que nas hipóteses em que a Constituição tenha previsto 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>6</sup>

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 o Poder Judiciário é sempre provocado. Deve o juiz se valer da teoria geral do Direito (art. 4º da LINDB), não podendo se eximir de julgar. Ainda, 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>7</sup>

Não devemos nos olvidar, contudo, da óbvia relação de tensão entre os Poderes quando o Judiciário busca tal efetividade. Dai surge a necessidade da análise da teoria dos diálogos constitucionais.

4 Diante de tal fenômeno, como o ordenamento jurídico passa a ser visto à luz da Constituição, 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 ensejando fortes conflitos institucionais. Somado a isso, a Carta possui nítido caráter dirigente, analítico e programático.

5 BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 28/29.

6 BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 29.

7 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*, p. 26.

Essa tensão é fortemente impulsionada pelos chamados ataques institucionais à Suprema Corte e ao Judiciário.<sup>8</sup> Como dito, tais medidas são instrumentos de retaliação política, não sendo os mais indicados para solucionar o problema dos conflitos institucionais.

Em virtude de tal situação, a teoria dos diálogos constitucionais<sup>9</sup> busca formas de diálogos institucionais sobre a melhor maneira de resolver a questão constitucional controvertida, de modo que cada Poder contribua com sua capacidade institucional.

Conforme crítica efetuada pelo Min. Marco Aurélio<sup>10</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 balances* são prova disso, à medida que se assentam como pressuposto primordial para o desenvolvimento e manutenção de um Estado Democrático de Direito, ao nortear a relação de independência e controle recíproco entre os três Poderes.

Significa dizer, nos valendo da doutrina dos diálogos constitucionais, que as instituições não existem, na quadra atual, por si sós, não se bastam, devem agir conjuntamente a serviço dos direitos e garantias fundamentais. 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. Tal concepção em um Estado democrático de Direito não se mostra adequada.

<sup>8</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, pp. 228/249. São exemplos de ataques institucionais: a alteração do número dos 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, no poder que o Congresso possui em determinar o orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes, e no processo de nomeação pelo Executivo de juízes do STF.

<sup>9</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, pp. 202/211.

<sup>10</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.

Em recente obra sobre o tema (*A nova separação de poderes*), Bruce Ackerman<sup>11</sup> defende uma renovada compreensão acerca da ultrapassada ideia de separação de poderes na perspectiva de refletir sobre um modelo no interior do qual o exercício do poder político sofra controles internos mútuos. Em outras palavras, a engenharia constitucional que preside a concepção de separação de poderes não pode ser pensada como uma máquina com engrenagens fixas e que, com o tempo, acabam por se tornar obsoletas. Ao revés, esse arranjo político está sujeito a revisões periódicas que podem levar a transformações profundas no modo como cada elemento desse sistema se relaciona com os outros e como se estabelecem mecanismos de controle. Ainda que se discorde sobre tal aplicação ao modelo brasileiro, pensamos que tal concepção deve ser fomentada, ante a óbvia ineficácia do paradigma de rígida separação.

Diante de tal conjuntura, verificando a jurisprudência do STF<sup>12</sup> podemos afirmar que a possibilidade de concessão de revisão geral anual determinando que o art. 37, X, seja cumprido não seria tão revolucionária. Tampouco violaria a separação dos Poderes, eis que o STF tem se utilizado de *sentenças aditivas*<sup>13</sup> que possuem uma carga política muito mais forte do que determinar que o Poder Executivo faça algo que é obrigado pela Constituição.

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

---

11 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.

12 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 482, STF); demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (*Pet 3.388*); ADPF 54 (aborto de fetos anencéfalos), dentre outros.

13 Com o passar das décadas e a frequente atuação da *Corte Costituzionale* italiana 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. Uma das técnicas mais relevantes desenvolvidas pelo Direito italiano que repercutiu em países como Portugal, Espanha e Alemanha, é a chamada *sentença de efeitos aditivos*. SANCHEZ, Acosta, *apud* ISRAEL, Lucas Nogueira, faz um interessante resumo dos motivos pelos quais as sentenças aditivas ganharam força principalmente na Itália. Aduz que as sentenças aditivas desenvolveram-se largamente, graças ao apoio de grande parte da doutrina, de modo que a *Corte*, reconhecidamente, tem amparo para atuar de forma criativa, reconhecendo sua atuação como legislador positivo no caso de omissão inconstitucional de norma que regulamenta direitos.

a revisão geral anual. O Judiciário está somente determinando que a Constituição seja cumprida, tornando eficaz o direito expresso no art. 37, X.

Destarte, diante da conjuntura do constitucionalismo brasileiro atual, verifica-se que a Constituição possui respaldo jurídico-histórico-filosófico que garante sua plena eficácia, de modo que ela atua como norma superior devendo ser efetivada pelo Poder Judiciário, sobretudo quando traz determinado direito de forma expressa, como é o caso do art. 37, X.

No capítulo 2 abordamos a questão da omissão inconstitucional. Em breve síntese, buscou-se assentar algumas premissas para a identificação de uma omissão inconstitucional. Para tanto, utilizamos os parâmetros traçados pelos professores Dirley da Costa Júnior (2009), Jorge Miranda (*apud* Dirley), Luis Roberto Barroso (2012) e Eric Baracho Dore Fernandes (2014).

Sustentamos que existem quatro pressupostos essenciais para configurar uma inconstitucionalidade por omissão: i) *omissão, explícita ou implícita, diante de um dever constitucional de agir*; ii) *norma constitucional passível de violação por omissão*; iii) *inércia absoluta de medidas tomadas pelo Poder competente*; e iv) *decorso de tempo*.

Em seguida, selecionamos dois critérios de classificação que nos parecem relevantes para o deslinde da obra: *inconstitucionalidade quanto à extensão da omissão* e *inconstitucionalidade por omissão quanto ao Poder e função*.

Estabelecemos também as diferenças entre controle *difuso* e *concentrado*, e a possibilidade de alegação de inconstitucionalidade pela via *direta* ou *incidental*.

Por fim, corroborando e sintetizando tudo o que foi exposto, trouxemos julgado onde o Ministro Celso de Mello, com a tecnicidade e clareza que lhe são peculiares, na relatoria do MI 542-SP<sup>14</sup>, discorre sobre a celeuma da omissão inconstitucional:

<sup>14</sup> MI 542-SP. Rel. Min. Celso de Mello, data da decisão 29/08/2001, Dj: 28/06/2002.

Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstando-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). Entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). 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 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.*

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, pelo

Poder Judiciário. 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 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>15</sup>, sua atual posição,<sup>16</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. Nesse sentido, torna-se necessário contar com uma escolha discricionária do Chefe do Executivo enquanto a Constituição é solapada.

Propomos então algumas mudanças para efetivar o art. 37, X, seja através de ADO ou de processo *subjetivo*, e ainda ousamos sugerir algumas propostas de alteração no texto constitucional com base no modelo português.

Primeiramente, parece-nos relevante que o STF determine prazo para atuação do Executivo, conforme a própria Constituição estabelece: 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.

<sup>15</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.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/07, 1ª Turma, DJE de 8/2/08; RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/07, 2ª Turma, DJE de 19/2/08; RE 561.361-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/07, 1ª Turma, DJE de 8-2-08; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6/11/07, 1ª Turma, DJE de 15-2-08.

<sup>16</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. 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 Min.ª Cármen Lúcia, e divergiu o Min. Luis Roberto Barroso. O julgamento está suspenso por pedido de vista do Min. Teori Zavascki.



O STF já entendeu em alguns julgados em sede de controle concentrado a possibilidade de cominação de prazo<sup>17</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.

Recentemente, em ação proposta pelo Conselho Federal da OAB<sup>18</sup>, em decisão liminar<sup>19</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 cominação de prazo tem extrema relevância institucional. Vejamos o MI nº 943.<sup>20</sup> No referido julgamento<sup>21</sup>, por unanimidade, o STF declarou a inconstitucionalidade por omissão deferindo o pedido, todavia, suspendeu a decisão para que fossem estabelecidos parâmetros para sua aplicação. Logo, percebendo que perderia a chance de disciplinar o aviso prévio, o Congresso aprovou a Lei nº 12.506/2011, de 11 de outubro, fixando critérios para a matéria.

Uma outra possibilidade para tentar resolver a ineficácia da ADO seria o enquadramento do chefe do Poder Executivo em crime de responsabilidade por descumprimento de decisão judicial do STF, conforme sustentamos em ponto anterior, item 3.4.3.

Assim como a própria ADO tem uma forte conotação política, um avanço no entendimento jurisprudencial do STF, no sentido de considerar a omissão do Executivo violadora da Constituição como crime de responsabilidade, mostra-se extremamente forte no cenário institucional. Não há qualquer óbice nessa interpretação, ante a expressa conjugação do art. 85, *caput*, e VII, ambos da Constituição, e do art. 12, 2, da lei que define os crimes de responsabilidade, bem como o art. 103, § 2º da Constituição.

<sup>17</sup> STF – Pleno. ADI 3.682/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ. 06/09/2007

<sup>18</sup> ADO – 24. Rel. Min. Dias Toffoli.

<sup>19</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>20</sup> Tratava-se do *aviso prévio proporcional por tempo de serviço*, previsto no art. 7º, XXI, da Constituição,

<sup>21</sup> STF, plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22/06/2011, Ata nº 17, de 22/06/2011. DJE nº 146, divulgado em 29/07/2011. “Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), julgando procedente o mandado de injunção, no que foi acompanhado, à unanimidade, pelos demais ministros, o julgamento foi suspenso para posterior explicitação do seu dispositivo final.(...)”

Também buscando resolver a omissão do art. 37, X, tramita na Câmara dos Deputados a PEC 185/2012<sup>22</sup>, que tem como autor o Deputado Junji Abe – PSD/SP (ver anexo II desta obra). 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.

Segundo a justificação da PEC, para evitar a omissão inconstitucional, 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.

Tal solução merece ser fomentada. Isto posto, declarada a *inconstitucionalidade por dependência* pelo STF (mantendo-se inerte após ser dada ciência ao Executivo para agir, item 2.2.2), à luz da *doutrina da efetividade constitucional*<sup>23</sup>, e se valendo de um diálogo constitucional<sup>24</sup> junto ao Poder representativo por excelência (Legislativo), entendemos que o Congresso Nacional poderia suprir a omissão do Presidente nos termos estabelecidos pela PEC 185/2012, a fim de evitar que perdure a eterna inconstitucionalidade por omissão do art. 37, X.

Ademais, vimos que o MI 3.222<sup>25</sup> já mencionado (item 2.2.2) admite 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 (omissão da função) que é imputável a ambos.

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>26</sup>

22 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=547008>>.

23 Ver item 1.1.

24 Ver item 1.2.

25 BRASIL. STF. Mandado de Injunção nº 3.222. Rel. Min. Celso de Mello. DJ. 02/06/2011.

26 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.

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>27</sup> em patente mora<sup>28</sup>, sem nenhuma perspectiva de avanço em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Esse tipo de avanço é possível de ser efetuado à luz dos recentes julgados<sup>29</sup> do STF para dar eficácia à Constituição. Outrossim, como vimos, tal possibilidade não implicaria em um rearranjo institucional revolucionário, tampouco violaria a separação dos Poderes, eis que o STF tem se utilizado de *sentenças aditivas*<sup>30</sup>, que possuem uma carga política muito mais forte do que o envio da questão para que o Congresso legisle.

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.

Vistas as questões pertinentes à ADO, passemos a analisar a possibilidade de efetivação do art. 37, X, através da concessão de indenização ou da revisão geral diretamente.

---

27 (RE 548.967-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/07, 1ª Turma, DJE de 8/2/08). No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/07, 2ª Turma, DJE de 1º/2/08; RE 561.361-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/07, 1ª Turma, DJE de 8/2/08; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6/11/07, 1ª Turma, DJE de 15/2/08.

28 Vale ressaltar novamente que a última lei anual de revisão geral foi feita em 2003, conforme visto.

29 ADI 4.277 e ADPF 132 (reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo); MS 26.602/DF, MS 26.603/DF, MS 26604/DF, referente à fidelidade partidária e vacância de mandato (Informativo 482, STF); demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (*Pet 3388*); ADPF 54 (aborto de fetos anencéfalos), dentre outros.

30 Com o passar das décadas e a frequente atuação da *Corte Costituzionale* italiana 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. Uma das técnicas mais relevantes desenvolvidas pelo direito italiano que repercutiu em países como Portugal, Espanha e Alemanha é a chamada *sentença de efeitos aditivos*. Acosta Sanchez *apud* ISRAEL, Lucas Nogueira faz um interessante resumo dos motivos pelos quais as sentenças aditivas ganharam força principalmente na Itália. Aduz que as sentenças aditivas desenvolveram-se largamente, graças ao apoio de grande parte da doutrina, de modo que a *Corte*, reconhecidamente, tem amparo para atuar de forma criativa, reconhecendo sua atuação como legislador positivo no caso de omissão inconstitucional de norma que regulamenta direitos.

Em relação à questão dos danos materiais, tramita no STF o Recurso Extraordinário (RE) 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. Acompanhou seu voto a Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, e divergiu o Min. Luis Roberto Barroso na sessão do dia 03/04/2014. O julgamento está suspenso por pedido de vista do Min. Teori Zavascki.

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”.

Abordando a questão referente à necessidade de equilíbrio entre a remuneração e os serviços prestados, o ministro ratificou que o funcionalismo público é deixado de lado, destacando, por exemplo, a inexistência que perdura até hoje de lei regulamentando o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Fez também a necessária distinção entre aumento e reajuste, desconstruindo os argumentos que sustentam a impossibilidade em razão da Súmula nº 339 do STF. Afirmou que o caso não trata de fixação ou aumento de remuneração, mas sim do reajuste voltado a afastar os efeitos da inflação, objetivando-se a necessária manutenção do poder aquisitivo da remuneração dos servidores. Por fim, ressalta o entendimento do STF que veda a concessão de aumento e possibilita a correção monetária.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do relator integralmente.

Abrindo divergência, o Min. Luis Roberto Barroso sustentou, em síntese, que o art. 37, X, não constitui direito do servidor, mas sim faculdade do chefe do Poder Executivo, que, de acordo com a situação econômica, poderia deixar de realizar a revisão em determinado ano, para realizar em ano posterior, compensando a omissão. Por fim, afirmou que tem receio quanto à indexação irrestrita, diante dos históricos planos econômicos.

Em que pese às alegações do excelentíssimo Ministro, seus argumentos devem ser contrapostos:

- a) a mera interpretação literal ou gramatical já poderia dar conta da inteligência de 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 Min. 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, à 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 a garantia fundamental constitucional;
- f) aqui o Min. 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 da 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.

Contestando os argumentos do Ministro Barroso durante a sessão, o Min. 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, como as tarifas de energia elétrica tem revisão geral anual, então indagou: “essa questão que retroalimenta a ideia inflacionária seria somente contra o servidor e não contra o capital?”

O Min. 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 Min. 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 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 Min. 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?”

Vale ainda lembrar que é público e 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 promulgada nos moldes do art. 37, X.<sup>31</sup>

Também não pode ser aceito o argumento que afirma inexistir direito no art. 37, X. O próprio STF assim já o reconheceu,<sup>32</sup> afirmando, inclusive, que não se trata de faculdade do Executivo, mas sim de obrigação determinada pela Constituição.

Vale, por fim, mencionar o voto do próprio Min. Luis Roberto Barroso<sup>33</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. (ADI-4.357), 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.

<sup>31</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>>.

<sup>32</sup> ADI 2.481-RS; ADI 2.486-RJ; 2.490-PE; 2.492-SP; 2.525-DF; RE 548.967-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/07, 1ª Turma, DJE de 8/2/08. No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/07, 2ª Turma, DJE de 19/2/08; RE 561.361-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20-11-07, 1ª Turma, DJE de 8/2/08; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6/11/07, 1ª Turma, DJE de 15/2/08.

<sup>33</sup> Informativo 739 do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

Na última hipótese proposta<sup>34</sup>, se houvesse a demonstração de que a entidade federativa não conseguiria majorar a vinculação sem comprometer outras obrigações constitucionais, poderia deixar de aumentá-la. Vedar-se-ia, no entanto, a realização de publicidade institucional.

Ora, indagamos em analogia ao já mencionado raciocínio feito 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 são extremamente válidas. Todavia, seria uma incoerência aceitar sua viabilidade no caso dos precatórios e negar sua aplicação à revisão geral dos servidores.

Acerca de tal pensamento consequencialista sustentado pelo Min. Barroso, Lenio Streck<sup>35</sup> afirma:

Julgamentos por política, no fundo, representam aquilo que hoje vem sendo chamado de consequencialismo: nele o Judiciário não leva os direitos a sério no sentido de *seriouslyright* como fala Dworkin; ao contrário, por vezes nega direitos a pretexto de que a sua efetiva concretização traria maior prejuízo econômico, ou não contribuiria para o bem-estar geral etc.

Seguindo aquele posicionamento sustentado pelo Min. Marco Aurélio e pela Ministra Cármen Lúcia que foram favoráveis, 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.

---

<sup>34</sup> O Min. Barroso, 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.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *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.



No inciso X do art. 37, o Constituinte fez uso do verbo “assegurar”, deixando claro o direito ao reajuste anual, que não é nem um aumento de vencimentos, mas uma reposição da corrosão inflacionária. Aliás, no mesmo artigo no texto constitucional está assegurada a irredutibilidade de vencimentos (art. 37, inciso XV).

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 chamado a indenizar.

Em Portugal, o entendimento defendido por inúmeros juristas<sup>36</sup>, é o de que 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 Legislativa.

Canotilho e Vital Moreira afirmam<sup>37</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.

A Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro, de Portugal, discorre sobre 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 (art. 15

<sup>36</sup> “Art. 22.º (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 ações 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.” CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 423. 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. 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, p. 159

<sup>37</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. 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, p. 159

mencionado item 3.6). Contudo, tal obrigação de indenizar somente pode ser conferida pelo juiz de primeiro grau após manifestação do Tribunal Constitucional sobre essa omissão.

Podemos concluir que foi adotada uma corrente subsidiária, no sentido de que primeiro é necessária a manifestação do Tribunal Constitucional, entendimento este contrário da corrente autônoma que permite a declaração de inconstitucionalidade no próprio caso concreto de reparação civil. 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.

Finalizada a questão da indenização por danos materiais, vejamos a questão do pedido de indenização por danos morais. 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> Cármen 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.<sup>38</sup> Basta ver as consequências sociais da omissão em comento (item 3.4.2).

Mesmo que se discorde de tal posicionamento, a questão inerente aos danos materiais se mantém, de modo que é devido independentemente da ocorrência do dano moral no caso concreto.

Finalmente, quanto à possibilidade de concessão da revisão geral anual diretamente pelo Judiciário, duas questões devem ser esclarecidas para concretizar o art. 37, X: i) escolha do índice a ser utilizado no caso de pedido de revisão geral em ação ordinária; ii) a questão financeira referentes aos orçamentos.

---

<sup>38</sup> Sabemos que estes passam por árduas provas de concurso, estudam durante anos para ingressar no funcionalismo público buscando estabilidade e compensação financeira. 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.

Diante dos estudos feitos,<sup>39</sup> entendemos que o Índice de Preço do Consumidor Amplo (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.

Na questão financeira abordamos os caminhos necessários para garantir a eficácia do art. 37, X.

No tocante ao orçamento, a LDO para 2014<sup>40</sup>, em consonância com o comando constitucional, com a Lei de Responsabilidade Fiscal e a lei que define os parâmetros para a revisão geral, autoriza a revisão geral das remunerações em seu art. 82<sup>41</sup>, e permite em seu art. 80<sup>42</sup> a realização de despesas com pessoal relativas a aumento da remuneração, vantagens e benefícios até o montante dito no anexo da Lei Orçamentária de 2014 (Anexo V).

Dispõe ainda a Lei Orçamentária Anual para 2014, 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

---

<sup>39</sup> Este deve ser utilizado 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 e também por outros inúmeros motivos. Tal índice foi utilizado diversas vezes para a finalidade que aqui se busca. 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 fundamentação. 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, 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>40</sup> Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=8&ler=s798>>.

<sup>41</sup> “Art. 82 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 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>42</sup> “Art. 80. Para fins de 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 2014, cujos valores deverão constar da programação orçamentária e ser compatíveis com os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal.”

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.

---

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 e à mera escolha discricionária 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, obedecendo necessariamente à ordem prevista no § 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.

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 inciso 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 inciso I do art. 16, e nem é necessário demonstrar a origem dos recursos para seu custeio (conforme também dito na justificação da última lei de revisão geral anual feita em 2003)<sup>43</sup>.

Logo, há possibilidade de inclusão na despesa atual como crédito suplementar, bem como remanejamento de verbas. 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.

---

<sup>43</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=135234&filenome=PL+1083/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=135234&filenome=PL+1083/2003)>.

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.

Vale lembrar, 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 já 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 CR/88, 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 CR/88 – que em seu § 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 – a Lei de Diretrizes Orçamentárias

de 2014, Lei nº 12.919/2013, em seus arts. 48 e 53<sup>44</sup>, traz as regras necessárias.

Como se vê, talvez, nem seja, de fato, 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 concedia os reajustes, ou determinar o remanejamento de verbas<sup>45</sup>.

Do esforço 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.

---

44 “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.”

45 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 visitação 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.

Sintetizando, o inciso X do art. 37 da CR/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.

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 Resp<sup>46</sup> julgado pelo STJ, Rel. Min. 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 (...).

Vale ainda lembrar o caso julgado recentemente pelo STF envolvendo a Varig que terá despesa estimada em 3 bilhões para a União Federal.<sup>47</sup>

Isto posto, ante os argumentos mencionados quanto à efetivação do art. 37, X, e os marcos teóricos expostos, não há óbice para 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

<sup>46</sup> STJ, Resp 1.185.474 / SC, 2ª Turma, Rel. Min. Huberto Martins, Dj: 29/04/2010.

<sup>47</sup> Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,stf-condena-uniao-a-indenizar-varig-por-congelamento-de-passagens,179487,0.htm>>.

STF possibilitando a indenização e também em virtude do modelo português<sup>48</sup> que já resolveu a questão, tanto em âmbito legislativo quanto jurisdicional.

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 dependendo da discricionariedade do chefe do Poder Executivo sem nenhuma forma de superar essa omissão inconstitucional eterna que viola direito expresso dos servidores públicos.

---

<sup>48</sup> Ressaltamos a capacidade do Direito português em 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 com para uma corrente mais moderada; ii) a Lei nº 67/2007 pode ser utilizada pelo nosso Congresso *de lege ferenda* (anexo I); e iii) deve ser promulgada a PEC 185/2012 (anexo II). Não há dúvidas de que a solução encontrada pelo direito português poderia também ser implantada em nosso ordenamento. Primeiro porque enfrentamos o problema da total ineficácia da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de modo que propiciar o direito de reparação após a declaração da mora inconstitucional, seria um grande passo, embora não ideal, na efetivação da Constituição. Conforme propomos no anexo I desta obra, entendemos que se faz necessária uma mudança na Constituição para que a celeuma da omissão inconstitucional seja resolvida de uma vez por todas. Para tanto, (com base no Direito português) sugerimos o acréscimo do § 6º-A e incisos, I, II e III, discorrendo sobre a responsabilidade civil por danos decorrentes da omissão no exercício da função político-legislativa, após declarada a omissão pelo STF, independentemente da concessão de prazo. Todavia, analogamente ao art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarada a inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderia o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, conceder prazo para que as providências necessárias sejam tomadas, sem prejuízo da indenização após o decurso do tempo.





# ANEXOS PARA UM APRIMORAMENTO INSTITUCIONAL

---

## Anexo I

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 e III, ao art. 37 da Constituição Federal discorrendo sobre a Responsabilidade civil por danos decorrentes da omissão no exercício da função político-legislativa

### PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO \_\_\_\_, DE 2014

Acrescenta § 6º-A, incisos, I, II e III, ao art. 37 da Constituição Federal discorrendo sobre a Responsabilidade civil por danos decorrentes da omissão no exercício da função político-legislativa

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 pelos danos patrimoniais e morais resultantes da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais que preveem direitos constitucionalmente protegidos dos cidadãos.

I - 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 Supremo Tribunal Federal.

II - Declarada a inconstitucionalidade a que se refere o inciso I, 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 para que as providências necessárias sejam tomadas, sem prejuízo da indenização após o decurso do prazo.

III - 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.

---

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

## Anexo II

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.

§ 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.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=547008>>.



## REFERÊNCIAS

---

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *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.

\_\_\_\_\_. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e alternativas dos diálogos constitucionais*. Tese de doutorado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

BRUST, Leo. A Interpretação Conforme a Constituição e as Sentenças Manipulativas. *Rev. direito GV* [on-line]. 2009, v. 5, n<sup>o</sup> 2, pp. 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.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 10<sup>a</sup> 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*. 3<sup>a</sup> Eed. Bahia: JusPodivm, 2009.

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.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Omissões Inconstitucionais e seus Instrumentos de Controle: contribuições para o aprimoramento institucional*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, 2014.

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

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. *PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, nº 3.668, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24953>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. *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, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 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. 2. 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*. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *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;

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%20(3).pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2013.

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.

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. *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.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira. Jurisdição Constitucional e Democracia. In: André Fellet; Marcelo Novelino. (Org.). *Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão da Última Palavra*” e alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial. 1ª ed. Salvador: JusPodium, v. 1, 2013.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Emenda e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/a-emendaeo-supremo-por-virgilio-afonso-da-silva>>. Acesso em: 27 jun. 2013.

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.

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.

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.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: 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.

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.

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.

## 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 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**

Afortunados são aqueles que amam e são amados. Que cultivam o bem e descobrem o prazer de ajudar o próximo sem esperar nada em troca. Que em meio às intempéries da vida conseguem arrancar sorrisos nos momentos mais inesperados. Em minha breve trajetória, tive o privilégio de conviver com pessoas incríveis...

Gostaria de agradecer a meus avós, Ademar e Maria, pelo carinho e afeto que sempre me foi dado. À minha madrinha, Adriana, e meu padrinho, Augusto, por ser um exemplo de chefe de família e motivo de admiração. A todos os meus tios e tias, primos e primas, em especial à Mary e Guto, pelo companheirismo e pelo cuidado comigo e minha preciosa mãe. Igualmente, em especial, a meu primo Raphael, pela sua amizade que me acompanha desde a infância. Aos meus amados irmãos, Gabriel e Lucas; espero estar sendo um bom exemplo para vocês.

A meus queridos amigos, Fellipe, Ricardo, Livia, Leandro, Ricardo Augusto, Ramon, Neton, Roberto, Christian, Guigs, Périco, Salviano, Vitor, Marina, Maria Eugênia, Hugão, Renan, Hugo, Karina, Rodrigo, Marcos, Igor, Thiago, Akemi, Pedro, Gabi, Taline, Davi, Gutto, Paulo, Tavares, Florian, Carol, Karla, Vitoca, Ingrid, Pelle, Luquinhas, Vermelho, Soraya, Kadmo, Kasp, PG, Henrique e outros. Obrigado pelo apoio de sempre, por compartilharem minhas alegrias, pelas risadas e histórias para contar! Vocês todos foram/são essenciais em minha vida.

Aos queridos amigos pernambucanos Davi, Tiago, Ravi, Rudá e Ademir. Somos prova de que a distância não modifica grandes amizades. Também à Daniela Manzano e Claudia Marras, que mesmo longe, me ajudaram em momentos essenciais. *Gracias e grazie mille!*

A meus companheiros de faculdade, de debates e de boas histórias, Húudson Fonseca, Luis Guilherme Lacerda, Danilo Taveira, Matheus Meott, Bruno Ávila, João Zeghir, Renato Barcellos, Igor Galvão, Adriano Gomes, Saulo Rosa, Raoni Barcellos, Diogo Valente e Thiago Marvila... Meus sinceros votos de agradecimento pelo apoio e por celebrarem comigo cada pequena conquista. Em especial, ao caro amigo Renan Sampaio, pela sua solicitude e amizade em momentos cruciais. Registro aqui, também, minha homenagem ao caríssimo amigo Daniell Lessa, sem o qual nada disso seria possível. Agradeço da mesma forma aos meus amigos e vizinhos Fellipe e Gabriel, e a João e Guilherme. Obrigado pelas risadas em momentos de dificuldade e ansiedade.

A todas as notáveis pessoas que tive o prazer de conhecer na UFF, Gustavo, Robalo, Letícia, Isadora, Gisanne, Clarice, Paula, Julia Thiebaut, Raphael Alves, Tatiane, Mariana Tostes, Pedro Bargiona, Maitê, Guilherme Candeloro, June, Gil, Ademar Borges, Thiago Bastos e tantos outros. Aos meus ótimos alunos de monitoria que me ajudaram imensamente no meu aprimoramento acadêmico, especialmente, Mariana Amarante, Sylvia, Julia, Breno, Gisele, Larissa, Nicole e Matheus.

Pelos grandes laços feitos, não teria como deixar de mencionar as incríveis pessoas que conheci e tive o privilégio de trabalhar na 2ª Vara Federal de Niterói, Renata, Patrícia, Ana Paula, Bianca, Romeu, Bethina, Katy, Michel, Vânia, Noemi, Mônica e todos os demais: agradeço por tudo. Também aos maravilhosos amigos e colegas de trabalho da 4ª Vara Federal de Niterói, Jacqueline, Luciana, Tatiana, Cláudia, Julia... Obrigado pela confiança no meu trabalho e pelos conselhos. Todos vocês fazem da Justiça Federal um modelo a ser seguido.

Sabemos que para alcançar os objetivos que desejamos precisamos que alguém nos mostre o caminho... Portanto, agradeço imensamente aos queridos professores, Helena Elias, Thiago Rodrigues, Jonatas Viana, Marco Antonio, Eric Baracho, Siddharta Legale, Emerson Moura e Evandro Menezes. Obrigado não só pelas lições, mas também pelos conselhos, pelo incentivo e pela amizade. Vocês foram/são essenciais para essa obra e para minha trajetória acadêmica.

Finalmente, deixo meu agradecimento ao notável professor e magistrado Dr. 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>.