

# Pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso e acesso pleno à Justiça

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

## SUMÁRIO

*1. Introdução ao tema e seus objetivos. 2. Declaração de inconstitucionalidade por omissão no Brasil e em Portugal – dimensões institucionais. 3. Modalidades de omissões normativas e as técnicas de controle judicial. 4. Auto-aplicabilidade imperativa dos direitos e garantias fundamentais e a pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso. 5. Perplexidade ortodoxa da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal diante do fenômeno novo da inconstitucionalidade por omissão relativa no Brasil. 6. Crítica construtiva à postura jurisprudencial da Corte Suprema no precedente invocado. 7. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no sistema difuso-material de jurisdição constitucional. 8. A nova posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso. 9. Considerações finais.*

### 1. Introdução ao tema e seus objetivos

Sem pretender, nas observações que se seguem, realizar trabalho científico com profundidade sobre o curioso fenômeno da inconstitucionalidade por omissão relativa ou parcial e as técnicas judiciais de controle de tais omissões, emitimos breves considerações sobre a presença desse fenômeno em nosso ordenamento jurídico e a possibilidade dos controles de que dispomos na seara judicial, a nos permitir uma melhor colheita dos frutos produzidos pela *Constituição cidadã*, que apregoa a todos a formação vivencial de um Estado democrático de direito, fulcrado nos valores fundamentais da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem ainda do pluralismo político,

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal, Titular da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e Professor Titular da AEUDF.

conclamando, em nome do povo, que lhe deu alma e dela espera a vida, o atuar conjunto, independente e harmônico dos Poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), na tarefa fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando a pobreza e a marginalização, com a mecânica redutora das desigualdades sociais e regionais (CF, arts. 1º, 2º e 3º).

A omissão normativa de que ora se cuida e que agride estes objetivos, constitucionalmente protegidos, merece ser combatida através de mecanismos de controle que o nosso sistema jurídico nos possibilita, no exercício pleno da jurisdição constitucional, com destaque para o *controle difuso-material de constitucionalidade*, que a doutrina de Marshall nos ensinou e, historicamente, introduziu-se na consciência do juiz brasileiro, com a determinação de que ao aplicar as leis, na solução dos conflitos, o magistrado deve antes verificar se elas se harmonizam com a Constituição, porque, só assim, serão tidas como leis.

## 2. Declaração de inconstitucionalidade por omissão no Brasil e em Portugal – dimensões institucionais

Com inspiração advinda do modelo constitucional português (art. 283), a nossa Constituição Federal, de 5.10.88, em disposição mais generosa, determina que

“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”(CF, art. 103, § 2º).

Enquanto a Constituição portuguesa restringe a legitimidade para requerer verificação da inconstitucionalidade por omissão ao Presidente da República e ao Provedor de Justiça, bem assim aos presidentes das assembleias legislativas regionais, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, perante o Tribunal Constitucional (órgão inexistente no Brasil), limitando-se essa fiscalização apenas às omissões legislativas, em sentido formal, com resultante cientificação ao órgão legislativo competente, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, o instituto

adquiriu força e eficácia sistêmica na pródiga instrumentalidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, revestida de auto-aplicabilidade protetora (CF, art. 5º, §§1º e 2º), com a garantia do amplo e irrestrito acesso à Justiça (CF, art. 5º, incisos XXXIV e XXXV).

Nesse contexto, respeitando as opiniões contrárias da doutrina nacional, entendo que o *controle de constitucionalidade por omissão, aqui, no Brasil, revela-se juridicamente possível pela via concentrada-formal*, mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, com legitimidade para propô-la o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (CF, art. 103, incisos I a IX), ou *pelo sistema difuso-material*, perante qualquer Juízo ou Tribunal, na afirmação das garantias fundamentais retrocitadas, a requerimento da parte interessada, no curso de qualquer processo, sem a exigência de uma declaração formal de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, como ocorre no fenômeno inconstitucional dos atos normativo-comissivos do Poder Público (CF, art. 97).

## 3. Modalidades de omissões normativas e as técnicas de controle judicial

Considerando que a *omissão inconstitucional* se caracteriza de *forma absoluta ou total* (silêncio agressor do órgão legiferante por não atuar o devido) e de *modo relativo ou material* (silêncio agressor por não atuar complementamente o devido)<sup>1</sup>, há que se verificar, na sistemática de nossa Constituição, técnicas diferenciadas de combate ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão.

Se na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mediante *processo objetivo*, na Corte Suprema, busca-se, antes de tudo, a defesa da Constituição e, de modo reflexo, a proteção

<sup>1</sup> CANOTILHO apud CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 222.

dos interesses ou direitos subjetivos, na *pronúncia de inconstitucionalidade por omissão relativa pelo sistema difuso-material*, onde a proteção dos direitos da cidadania surge, em primeiro plano, não se afasta como consequência ontológica da *lide subjetiva, coletiva ou difusa*, a defesa da Lei Fundamental.

Penso, neste visor, que a declaração de inconstitucionalidade por omissão absoluta, ou relativa, não se realiza apenas através do processo objetivo da jurisdição constitucional, concentrada, perante o Supremo Tribunal Federal, com a tímida consequência de se dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (CF, art. 103, § 2º), mas admito, ainda que sem respaldo na doutrina e jurisprudência predicantes, que a pronúncia da inconstitucionalidade por omissão também se submete às técnicas da jurisdição ordinária, com eficácia imediata, pelo sistema difuso-material, consagrado na tradição da judicatura brasileira.

#### 4. Auto-aplicabilidade imperativa dos direitos e garantias fundamentais e a pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso

Se a República Federativa do Brasil tem como *o primeiro de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (CF, art. 3º, I) e, para tanto, assegura a todos o pleno acesso à Justiça, na fala de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), impondo-se, no plano dirigente da legislação ordinária, o dever judicial de resolver a lide, criando a norma concreta diante da lacuna por omissão legislativa (LICC, art. 4º e CPC, art. 126) e velando para que a lei, na materialização da sentença, atenda aos fins sociais e superiores da Justiça (LICC, art. 5º), não devo admitir que direitos fundamentais do cidadão, amparados pela garantia constitucional da auto-aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º), tais como o consagrado no princípio substancial da igualdade, uma vez agredido pela omissão normativo-parcial que resulte especificamente na “exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia”, possam restar sem a carga de eficácia que da

gênese constitucional receberam, a merecerem, tão-só, no raio de uma interpretação restritiva, a proteção formal e literalmente tímida e ineficaz da norma do art. 103, § 2º, da Carta Magna.

Não se invoque, aqui, como solução constitucional de eficácia plena, na espécie, a garantia instrumental do mandado de injunção, posto que se presta a assegurar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, definidos em *normas inexequíveis por si mesmas ou dependentes de regulamentação* (CF, art. 5º, LXXI). O direito fundamental à isonomia é auto-aplicável (CF, art. 5º, § 1º) e se protege por cláusula constitucional de eternidade (CF, art. 60, § 4º, IV), podendo ser reconhecido e afirmado, de pronto, pelo administrador público ou pelo Juiz, na instrumentalidade efetiva do devido processo legal.

Nesse enfoque de preservação de garantias fundamentais do cidadão não se alberga o argumento de que haveria, no ponto, contrariedade às técnicas de conservação do regime democrático e do “Estado de Poderes divididos”<sup>2</sup>, mas sim as marcas de afirmação do Estado democrático de direito, com independência e harmonia dos Poderes (CF, arts. 1º e 2º), na realização plena do compromisso constitucional pela cidadania.

#### 5. Perplexidade ortodoxa da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal diante do fenômeno novo da inconstitucionalidade por omissão relativa no Brasil

A questão cresce em relevância e tem desafiado, com perplexidades, a inteligência da doutrina nacional e da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, de que são exemplos os tópicos do julgado seguinte:

“Põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não-deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle da constitucionalidade da lei pelo estalão do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.

Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação

<sup>2</sup> ZIPPELIUS apud CLÈVE, op. cit. p. 226.

de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da constrição discriminatória.

A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cruciante, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir entre os beneficiários.

É a hipótese, no quadro constitucional brasileiro, de lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dê alcance universal à revisão de vencimentos, contrariando o art. 37, inciso X, ou que, para cargos de atribuições iguais ou semelhantes, fixe vencimentos díspares, negando observância à imposição de tratamento igualitário do art. 39, § 1º, da Constituição.

A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva de norma concessiva do benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ser estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga (Canotilho. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1992, p. 333-339; *Direito constitucional*, 1986, p. 831; Gilmar F. Mendes. *Controle de constitucionalidade*, 1990, p. 60. Regina Ferrari. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 1990, p. 156; Carmen Lúcia Rocha. *O princípio constitucional da igualdade*, 1990, p. 42): “a censurabilidade do comportamento do legislador” – mostra Canotilho (op. cit., p. 334), a partir da caracterização material da omissão legislativa – “tanto pode residir no ato positivo – exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais – como no procedimento omissivo – emanação de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadãos, esquecendo outros”.

Se se adota a primeira solução – a declaração de inconstitucionalidade da lei por “não-favorecimento arbitrário” ou “exclusão inconstitucional de vantagem” – que é da nossa tradição (v.g. RE 102, 553, 21.8.86, RTJ 120/725) –, a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniquidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória postulada na ADIN 525: estaria prejudicado o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance.

A solução oposta – a da omissão parcial – seria satisfatória se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário – a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos.

A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa –, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente para que a supra.

De resto, como assinalam estudiosos de inegável autoridade (v.g. Mendes, op. cit. p. 70), o alvitre da inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva da isonomia – se pôde ser construída, a partir da Alemanha, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional – suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática se se cogita de transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na conveniência, no direito brasileiro, entre o método do controle direto e concentrado no Supremo Tribunal e o sistema difuso.

Ponderações que não seria oportuno expender aqui fazem, porém, com que não descarte de plano a aplicabilidade, no Brasil, da tese de inconstitucionalidade por omissão parcial. Ela, entretanto, não admite antecipação cautelar, sequer limitados efeitos de sua declaração no julgamento definitivo; muito menos para extensão do benefício aos excluídos, que nem na decisão final se poderia obter. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 529-4/ Distrito Federal. Rel. Min. Sepúlveda Pertece – STF/Pleno – Unânime – Julgado em 19.6.91. Publicado no DJU de 5.3.93, p. 2896).

A decisão em referência restou ementada, nestas letras:

“EMENTA: Inconstitucionalidade por omissão relativa: alegação contra a Medida Provisória 296/91: plausibilidade: denegação, porém, da liminar.

1. Ação direta contra a Medida Provisória

296/91 que – diversamente de outra, proposta contra o mesmo ato normativo (ADIN 525) – não postula a invalidade dos benefícios concedidos aos servidores federais nela contemplados, mas se funda, ao contrário, na alegada omissão do Presidente da República, na medida em que não os estendeu à totalidade do pessoal civil da União, como imposta pelas normas constitucionais invocadas (CF, arts. 37, X, e 39, § 1º): plausibilidade jurídica da alegação de mérito.

2. Considerações sobre o dilema – na hipótese de ofensa à isonomia pela norma legal que, concedendo vantagens a uns não as estende a outros, em situação idêntica – entre a declaração da inconstitucionalidade positiva da lei discriminatória ou da inconstitucionalidade da omissão relativa.

3. Inadmissibilidade, em princípio, da antecipação cautelar provisória da declaração de inconstitucionalidade por omissão (ADIN, 361, 5/10/90), agravada, na espécie, em que o ato normativo que traduziria a discriminação alegada é uma medida provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional e, portanto, ela mesma, com vigência provisória e resolúvel.”

## 6. Crítica construtiva à postura jurisprudencial da Corte Suprema no precedente invocado

A interpretação literal e restritiva que resulta da decisão supratranscrita à norma do parágrafo 2º do art. 103 da Constituição Federal não encontra (peço vênia) nenhum apoio na boa hermenêutica, que recomenda sempre, em casos que tais, desde as fontes romanas, a busca da alma normativa, pelo método sistêmico e finalístico, neste verbo: *Scire Leges, non hoc est verba earum tenere, sed vim, ac potestatem*.

O Supremo Tribunal Federal, na sua função precípua de guarda da Constituição (CF, art. 102, *caput*) tem o *poder-dever* de interpretar e aplicar as normas constitucionais, em consonância com a *alma do povo*, que clama por *justiça*, em todos os tempos.

Ainda que se admita, em tese, o efeito *erga omnes* das decisões da Suprema Corte no processo objetivo de declaração da inconstitucionalidade por omissão parcial que resulte no reconhecimento de *exclusão*

*inconstitucional de vantagem legítima* ou de *exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia, a simples ciência* ao Poder competente (*livre para continuar omissa e persistente em seu silêncio agressor*) para a adoção das providências necessárias não realiza, por si só, o compromisso constitucional do Judiciário, que é *distribuir justiça célere e eficaz*, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I).

Preocupado com a problemática da *utilidade das decisões* nos quadros da reforma do CPC, observa, com inteira razão, o Professor Cândido Rangel Dinamarco que

“inexiste tutela jurisdicional, enquanto o comando enunciado na sentença permanecer só na sentença e não se fizer sentir de modo eficaz na realidade prática da vida dos litigantes. Agora, tudo depende da tomada de consciência dos juízes e da energia com que venham a exercer esses poderes, a bem da efetividade da tutela jurisdicional e da própria respeitabilidade de sua função e dos seus comandos”<sup>3</sup>.

O direito fundamental à isonomia – impende repetir – reveste-se de auto-aplicabilidade protetora (CF, art. 5º, § 1º), que se impõe com força dirigente e vinculante ao administrador público, assim como ao juiz, na administração da Justiça.

E não se pode olvidar que, na *jurisdição constitucional*, sobretudo, a *justiça das decisões* compõe o *núcleo* da garantia fundamental do *acesso à Justiça*, fazendo com que todo juiz ou tribunal, neste país, realize somente o *processo justo*.

Neste passo, ainda peço vênia para divergir da autoridade do precedente jurisprudencial retrocitado por entender que, na espécie em comento, *inexiste* qualquer óbice que desautorize a *antecipação da tutela específica* (garantia maior que a simples medida cautelar), com o perfil que lhe dera a reforma de nossa legislação processual civil (CPC, art. 461), possibilitando, no plano dessa valiosa instrumentalidade de natureza executivo-*mandamental*, um controle constitucional das omissões normativas bem mais célere e eficaz, a garantir a auto-aplicabilidade imperativa dos direitos fundamentais.

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 14: Nasce um novo processo.

## 7. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade no sistema difuso-material de jurisdição constitucional

Com essa compreensão, tenho decidido reiteradamente, no exercício da Magistratura Federal e em casos recentes, naquelas ações cuja pretensão é no sentido de que o índice de reajuste de 28,86%, concedidos aos militares pelas Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93, há de ser extensivo aos servidores civis em face da norma do art. 37, X, da Constituição Federal, que assegura tratamento igualitário na revisão geral da remuneração do funcionalismo.

Convencido do significado e da importância do fenômeno da *declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade* no processo objetivo de controle concentrado, com base na jurisprudência alemã do *Bundesverfassungsgericht*<sup>4</sup>, não vejo qualquer óbice ao transplante dessa técnica engenhosa para o controle de constitucionalidade pelo sistema difuso-material ou concentrado-abstrato aqui, no Brasil, quando se trata de inconstitucionalidade por omissão parcial, e, por isso, na espécie supracitada, venho decidindo, nestes termos:

A nossa Constituição Federal atrelou toda Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional à observância estrita dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (CF, art. 37, *caput*), para que possamos vivenciar o Estado democrático de direito, em plenitude (CF, art.1º, *caput*).

A norma do art. 37, inciso X, de nossa Lei Fundamental é bastante em si, *self executing*, de eficácia plena. Não depende, assim, de regulamentação. O comando ali contido é endereçado, expressamente, ao legislador ordinário, para cumpri-lo ao editar a lei de revisão geral da remuneração dos servidores públicos.

O renomado publicista José Afonso da Silva, em percutiente exegese do dispositivo constitucional em referência, vem de afirmar que “quando a Constituição, no art. 37, X, declara 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*, usou intencionalmente o termo *remuneração* para abranger todos os valores integrantes da retribuição dos civis e militares, a fim de que nenhuma parcela fique fora da identidade de índices.<sup>5</sup>

Essa norma, sem dúvida, tem por objetivo evitar que a revisão geral da remuneração dos servidores públicos tenha data diversa, como tantas vezes ocorria, bem como impede que se aplique aos servidores militares índices diferentes do que for estabelecido para os civis, e vice-versa.

As Leis nº 8.622, de 1.1.93, e nº 8.627, de 19.2.93, ao beneficiarem somente os servidores militares federais com o percentual de 28,86% em suas remunerações, negaram vigência à norma do inciso X do art. 37 da Carta Magna, em comento, por estabelecer uma revisão geral da remuneração dos servidores públicos militares sem contemplarem os servidores civis com os mesmos índices daquela revisão.

A isonomia que resulta do comando constitucional em referência (art. 37, inciso X) afasta a orientação da Súmula nº 339/STF, na espécie, pois não se cuida aqui de *aumento de vencimentos* de servidores públicos sob o fundamento de isonomia pelo Poder Judiciário, que não tem função legislativa, mas de garantir aos iguais a vantagem dos vencimentos licitamente estabelecida em lei, cumprindo-se o direito fundamental à igualdade, portador de eficácia plena.

Tanto assim é que o próprio Supremo Tribunal, por decisão administrativa, determinou a extensão do aludido percentual de 28,86% às remunerações de seus juízes e dos demais servidores do seu quadro de pessoal, no que fora seguido pelos outros tribunais federais do país. De igual forma procedeu o Poder Legislativo Federal e o Ministério Público Federal.

Pretensões desse naipe vingam, assim, sob o impulso dirigente do princípio da igualdade, constitucionalmente

<sup>4</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo : Saraiva,1996. p. 309.

<sup>5</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais. p. 573.

assegurado, sem distinção de qualquer natureza na espécie (CF, arts. 5º, *caput*, e 37, inciso X).

De ver-se, porém, que a *inconstitucionalidade por omissão*, resultante das malsinadas Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93, merece tratamento especial no *sistema difuso*, posto que “a disciplina legiferante, ao favorecer certos indivíduos esquecendo outros, conduz a que, em virtude da eficácia vinculativa do princípio da igualdade para todos os poderes estaduais, a jurisdição e a administração integrem a *lacuna legal*, estendendo a disciplina da lei a todos os *tatbestandes* substancialmente iguais aos regulados, pois a lei só deve ser declarada nula quando as vantagens legais não possam ser estendidas através da aplicação analógica aos “casos” ou “grupos” reconhecidos como preenchendo os mesmos pressupostos daqueles que foram contemplados pela regulamentação legal.”<sup>6</sup>

Nessa linha de pensar do constitucionalista lusitano, manifesta-se o nosso respeitável Professor José Afonso da Silva, na dicção de que “são inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. Contudo, o ato é constitucional, é legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declará-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. Como, então, resolver a inconstitucionalidade da discriminação? Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso. Tal ato é insuscetível de

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra Ed. 1992. p. 389.

declaração genérica de inconstitucionalidade por via de ação direta.

A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupo de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis. O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade. Mas aqui, ao contrário, a solução de desigualdade de tratamento não está em estender a situação jurídica detrimetosa a todos, pois não é constitucionalmente admissível impor constrangimentos por essa via. Aqui a solução está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos o solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a ação direta de inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no art. 103”.<sup>7</sup>

A norma do artigo 169, parágrafo único, incisos I e II, da Constituição Federal não deve ser invocada, como óbice na espécie, posto que se acham vinculados à autorização orçamentária, que serve aos propósitos da Lei nº 8.622/93, com eficácia tributante ao princípio isonômico do pré-falado inciso X do artigo 37 constitucional.

O egrégio Tribunal Federal da 1ª Região, comungando desse nosso entendimento, vem confirmando as sentenças de nossa lavra, nesta matéria, através de suas colendas Primeira e Segunda Turmas, conforme revelam as ementas dos seguintes julgados:

a) “Constitucional e administrativo. Reajuste de 28,86% concedido aos militares. Leis nº 8.622 e nº 8.627/93: Inconstitucionalidade por omissão. Possibilidade de discussão pela via ordinária. Constituição Federal, art. 103, §§ 2º e 5º, inciso LV. Revisão geral de vencimentos. Impossibilidade de ser privilegiada determinada categoria (art. 37, X, da Carta de 1988).

I – Se a ação de inconstitucionalidade tem sua legitimidade ativa restrita aos titulares dos cargos e entidades taxativamente elencados nos incisos I e IX do art. 103 da Constituição Federal, o entendimento de que o servidor

<sup>7</sup> SILVA, op. cit., p. 202-203.

lesado não poderia discutir a questão por outra via levaria, em caso de omissão daqueles, à injusta supressão do direito de recorrer ao Poder Judiciário, que é assegurado aos cidadãos, nos termos do art. 5º, LV, da mesma Carta da República. Cabimento, assim, do uso de ação própria para o reclamo da prestação jurisdicional perante a Justiça Federal.

II – Constitui orientação majoritária nesta Corte que o índice de reajuste de 28,86% concedido aos militares pelas Leis nº 8.622 e 8.627/93 é extensivo aos servidores civis em face do disposto no art. 37, inciso X, da Constituição, que assegura igualdade na revisão geral do funcionalismo.

III – Ressalva do ponto de vista do relator.

IV – Apelação e remessa oficial improvidas.”

(AC nº 94.01.24863-0 – DF. Rel. Juiz Aldir Passarinho Júnior – 1ª Turma/TRF/1ª Região – Unânime – Julgado em 30.5.95).

b) “Servidor público – remuneração geral de vencimentos e soldos pelas Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93 – reajuste de 28,86% concedido somente aos servidores militares – inconstitucionalidade por omissão – sentença que dispõe normativamente sobre a matéria, estendendo o reajuste aos servidores civis, para tornar efetivo o cumprimento do preceito constitucional sobre isonomia salarial até que a omissão seja suprida pelo legislador – legitimidade – Constituição Federal, art. 37, X.

I – Vedando o art. 37, X, da Constituição Federal, discriminação remunerativa entre servidores públicos, quando concedida revisão geral de vencimentos, lúdima a sentença que, reconhecendo omissão legislativa em relação aos servidores civis, disponha normativamente sobre a matéria, estendendo-lhes reajustes concedidos somente aos servidores militares, para tornar efetivo o cumprimento do preceito constitucional isonômico até que a omissão seja cumprida pelo legislador.

II – Apelação e remessa oficial denegadas.

III – Sentença confirmada.”

(AC nº 94.01.10227-9 – DF. Rel. Juiz Catão Alves – 1ª Turma/TRF/1ª Região – Julgado em 19.10.94).

c) “Administrativo. Servidores públicos. Aumento das Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93. Extensão a servidores civis do Poder Executivo. Súmula 339/STF.

I – Afastada a aplicação da Súmula pelo

próprio excelso pretório em decisão administrativa.

II – Estendido o aumento aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário.

III – Desvirtuada a finalidade da lei com a extensão aos servidores dos demais poderes, deve o benefício também ser outorgado aos servidores civis do Poder Executivo e de suas autarquias.”

(AMS nº 94.0129466-6 – Rel. P/ Acórdão Juiz Jirair Aram Megueriam – 2ª Turma/TRF/1ª Região – Maioria – Julgado em 26.9.95).

## 8. A nova posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso

Confirmando a tese aqui sustentada de que o nosso ordenamento jurídico-constitucional hospeda a possibilidade do controle difuso-material de constitucionalidade, no fenômeno da omissão normativo-parcial, com segurança e eficácia plenas e imediatas na atividade jurisdicional diuturna dos juizes e tribunais do país, ao lado do controle concentrado, tímido e ineficaz da norma do parágrafo 2º do art. 103 da nossa Lei Fundamental, especialmente quando essa inconstitucionalidade se caracteriza pela omissão agressiva da cláusula do *não-favorecimento arbitrário* ou da *exclusão inconstitucional de vantagem lícita* ou da *exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia* a merecer, no ponto, declaração judicial da referida inconstitucionalidade, sem pronúncia de nulidade da norma agressora, vem, agora, o Supremo Tribunal Federal, com o necessário senso de justiça, *reconhecendo*, pela *vias administrativa e jurisdicional-difusa, a auto-aplicabilidade imperativa, com eficácia imediata*, da norma constitucional asseguradora da revisão geral da remuneração de civis e militares, na mesma data, sem distinção de índice (CF, art. 37, X), como preordena o princípio da isonomia, no julgamento (ainda não concluído) do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22.307-7/DF, destacando-se do voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, o tópico seguinte:

“Dentre as garantias constitucionais figura, relativamente aos servidores, a de que a revisão geral da remuneração, sem distinção de índices entre servidores



públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data” (inciso X do artigo 37 da Constituição Federal).

Considerada a abrangência das Leis nº 8.622, de 19 de janeiro de 1993, e nº 8.627, de 19 de fevereiro de 1993, o Legislativo, o Judiciário Federal e o Ministério Público observaram, relativamente aos respectivos servidores, o índice de 28,86%. Teve-se como auto-aplicável, na espécie, a norma insculpida no referido inciso X, no que inegavelmente o é ao contemplar o fator temporal (data-base) e a obrigatoriedade da revisão geral em tal oportunidade. Quanto ao primeiro enfoque, decorre do fato de a Carta conter referência à mesma data, contemplando implicitamente o fator ano. Relativamente ao segundo, a doutrina, a jurisprudência e até mesmo o vernáculo indicam como revisão o ato pelo qual formaliza-se a reposição do poder aquisitivo dos vencimentos, por sinal expressamente referido na Carta de 1988 – inciso IV, do artigo 7º – patente assim a homenagem não ao valor nominal, mas sim real do que satisfeito como contraprestação do serviço prestado.

Eis as premissas que levaram este Tribunal, na 8ª Sessão Administrativa, realizada em 29 de abril de 1993, a assentar o direito à revisão de vencimentos com base naquele percentual:

“Examinado o processo nº 19.426-3 e considerando:

a) a inviabilidade de cogitar-se de aumento da remuneração dos servidores públicos sem que seja repost o poder aquisitivo dos vencimentos;

b) a abrangência das Leis nº 8.622, de 19 de janeiro de 1993, e nº 8.627, de 19 de fevereiro de 1993, que beneficiaram a todos os servidores militares;

c) a auto-aplicabilidade e, portanto, imperatividade, com eficácia imediata, da norma constitucional asseguradora da revisão geral da remuneração de civis e militares na mesma data, sem distinção de índice – inciso X do artigo 37 –, respeitado inclusive o princípio da isonomia;

d) o fato de o soldo mais lato haver sido reajustado em 28,86%, além do reajuste previsto no artigo 1º da Lei nº 8.622/93;

e) a uniformidade de tratamento que deve haver quando em jogo a revisão remuneratória, a implicar reposição, ainda que parcial, do poder aquisitivo dos vencimentos;

f) a circunstância de os servidores da Câmara dos Deputados terem sido contemplados com o percentual de 28,86% – Ato da Mesa nº 60, de 20 de janeiro de 1993; finalmente, a premissa segundo a qual ocorreu real revisão remuneratória, RESOLVEU, por maioria de votos, determinar a observância do acréscimo percentual de 28,86%, a partir de 1º de janeiro de 1993, às remunerações dos respectivos servidores (inclusive aposentados e pensionistas). Os Ministros Ilmar Galvão, Néri da Silveira, Moreira Alves e Sydney Sanches (presidente) votaram pela remessa de Projeto de Lei ao Congresso Nacional, para o reajuste pretendido (...) (folhas 47 e 48).

Constata-se, portanto, que, na espécie, entendeu-se como apropriada a conjugação das Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93 e da Carta Política da República, no que assegura a revisão geral. Caminhou-se – é certo, por maioria de votos, formando a corrente majoritária os Ministros Otávio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, eu mesmo e Francisco Rezek – para a conclusão de ser dispensável, na hipótese, lei específica, considerados cada um dos Poderes, mesmo porque, em se tratando de revisão geral, não seria pertinente tal legislação, sob pena de colocar-se em risco a almejada isonomia. O próprio Superior Tribunal de Justiça também assim decidiu (folha 49).

Senhor Presidente, sob pena de caminhar-se para verdadeiro paradoxo, fulminando-se princípio tão caro às sociedades que se dizem democráticas, como é o da isonomia, não vejo como adotar óptica diversa em relação ao pessoal civil do Executivo Federal, já que o militar foi contemplado. As premissas assentadas por esta Corte quando da deliberação administrativa continuam de pé e mostram-se adequadas no caso vertente. Houve revisão geral de

vencimentos, deixando-se de fora os servidores civis. Apanhada esta deficiência e em face da auto-aplicabilidade do preceito constitucional, Legislativo, Judiciário e Ministério Público determinaram a inclusão do reajuste nas folhas de pagamento, tendo como data-base janeiro de 1993. Nisso, deram fidedigna observância ao preceito constitucional que prevê a revisão a ser feita na mesma data sem distinção entre civis e militares. Assim, ato omissivo exsurge contrário à ordem jurídico-constitucional em vigor, valendo notar que de duas uma: ou Judiciário, Legislativo e Ministério Público agiram em homenagem à Carta da República, e então procede a irresignação dos recorrentes, ou a vulneraram. Excluo esta última conclusão pelas razões acima lançadas.”

## 9. Considerações finais

De ver-se, por oportuno, que já administrativamente o Supremo Tribunal Federal, por expressiva maioria de seus membros, reconheceu a *auto-aplicabilidade imperativa, com eficácia imediata da norma constitucional asseguradora da revisão geral da remuneração de civis e militares* (CF, art. 37, X), respeitando-se, assim, a *imperatividade do princípio da isonomia* no corpo da aludida norma, que se apresenta, neste perfil, *protegida por cláusula de eternidade e imune*, em consequência, a *qualquer tentativa aniquiladora do jogo político do poder revisor* (CF, art. 60, § 4º, IV).

Nesta tarefa de realizar uma jurisdição constitucional efetiva e plenamente eficaz é que se encontra a *grande novidade*, antevista por Cappelletti, em sua excelente monografia sobre *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*,

“ou seja, na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel estaticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva e dinâmica e permanente *concretização*, através da obra de um intérprete qualificado – o juiz, ou nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional. Aqui, verdadeiramente o gênio dos homens atingiu o seu vértice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre suprema utopia da humanidade, concretiza-se através do trabalho atuante do juiz. E também a mil vezes derrotada aspiração jusnaturalista encontra, assim, a sua própria dimensão real, o seu rosto humano; jusnaturalismo e positivismo reconciliam-se, fundem-se nesta certamente imperfeita, mas genial invenção do homem e do Direito”<sup>8</sup>.

Espera-se – como já ocorre no julgado em referência – que a Suprema Corte, no *uso da toga*, como *guardiã maior da alma do povo*, revelada na Constituição, mantenha-se coerente, por *dever de ofício*, na afirmação concreta dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Concluimos, assim, com a oportuna advertência de *Konrad Hesse*, na fala de que

“a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre : Fabris, 1984. p. 12.

<sup>9</sup> HESSE apud CLÈVE, op. cit. p. 282.