

“DA NÃO RECEPÇÃO DA SÚMULA 339/STF APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL-88”

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social

Apesar da Constituição Federal, desde a Carta do Império, determinar a isonomia de tratamento legislativo para os iguais perante a lei, este princípio para os servidores públicos não foi cultuado pela Administração Pública que prefere, em determinados casos, praticar atos discriminatórios, que atentam contra a paridade que deve reinar para os administrados, gerando situação prevista para alguns em detrimento da maioria. Quase sempre estes atos anti-isonômicos deságuam em protestos dos sindicatos representativos dos servidores, que como forma de pressão deflagram a greve como único instrumento capaz de fazer o Estado refletir um pouco mais sobre as inúmeras desigualdades existentes.

O servidor não suportava mais o tratamento discriminatório dispensado pelo Executivo, que sempre procurou “tapar o buraco” próximo, ou seja, beneficiando determinada categoria em detrimento das demais.

Como a insatisfação era geral, a doutrina de forma quase que unânime discordava do tratamento diferenciado conferido aos servidores públicos, merecendo de Celso Antonio Bandeira de Mello¹ e Pimenta Bueno² críticas sobre a falta de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial seguida pelo Executivo.

Todavia o Colendo Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula 339³ que impede que os servidores curem a chaga da injustiça de desequiparação fortuita, por entender que somente lei poderá

¹ “Com efeito, por via do princípio da Igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos calham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos”. (“O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, Rev. dos Tribunais, 1978, p.25)”.

² “A lei deve ser uma e a mesma para todos, qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.. (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, Rio de Janeiro, 1857, p. 424).

³ “Não cabe ao Poder Judiciário que não tem função legislativa aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

corrigi-la, pois qualquer interferência resultaria em usurpação de atribuições do Poder Judiciário sobre o Legislativo.

Este enunciado foi firmado sob o texto da Carta de 1946, e muitas categorias de servidores públicos foram impossibilitadas de se socorrerem do manto protetor do Poder Judiciário.⁴

Ciente da existência de inúmeras injustiças, a nova Constituição Federal não recepcionou a Súmula 339/STF, pois de forma expressa e incisiva garante no §1º do art. 39⁵ a isonomia de vencimentos para cargos iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressaltando as vantagens de caráter individual. O que por si só obriga o legislador a editar diplomas legais que guardem consonância com o respectivo princípio constitucional da isonomia, sob pena de se cometer ato inconstitucional.

A única crítica que é de se registrar é que a redação do §1º do art. 39 da Carta Maior é imperfeita, quando diz que: “A lei assegurará aos servidores da Administração Direta... a isonomia de vencimentos, que segundo Hely Lopes Meirelles⁶ corresponde ao padrão e às vantagens fixadas por lei. Não é admissível que a isonomia só abranja a Administração Pública Direta, que na esfera federal é constituída dos servidores que compõem a estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, já a Administração Pública direta estadual é constituída dos serviços integrados na estrutura administrativa da Governança Estado-Membro e do respectivo Secretariado; a Administração Pública direta municipal é constituída dos serviços integrados na estrutura administrativa da municipalidade e o seu Secretariado; a Administração Pública direta é formada pelo Governo do Distrito Federal e seu Secretariado (José Cretella Júnior, Comentários à Constituição de 1988, 199 p.2393)

Quando a Constituição garante a isonomia para determinada categoria de servidores (Administração direta) deixa a entender que os administrados da Administração indireta seriam preteridos de tal regalia, o que macularia o próprio espírito do Regime Jurídico Único (*caput* do art. 39), que surgiu para exatamente igualar as diversas desigualdades existentes até então.

Assim, coube ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis (Lei 8.112/90) a tarefa de reparar esta omissão injustificada, eis que o § 4º do art. 41⁷ preconiza a isonomia de vencimentos para todos os dos servidores públicos, sem exceção, com a ressalva das vantagens individuais e as relativas à peculiaridade do cargo.

⁴ RE 42.186, de 1-8-60; 40.914, de 17-12-59; 47.340, de 19-9-51; 46.948, de 10-4-62; RMS 9.122, de 7-9-61; 9.611, de 10-6-63, e RE 41.794, de 2-6-61.

⁵ “Art. 39 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão no âmbito de sua competência regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações Públicas. § 1º - A lei assegurará aos servidores da Administração direta isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressaltadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.”

⁶ “Quando o legislador pretende restringir o conceito ao padrão do servidor emprega o vocábulo no singular - - vencimento; quando quer abranger também as vantagens conferidas ao servidor usa o termo no plural - vencimentos”. (“Direito Administrativo Brasileiro”, 15ª edição., RT, p. 392).

⁷ “§4º - É assegurada a isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder, ou entre servidores dos três Poderes, ressaltadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”.

Dessa forma, o aludido § 4º do art. 41 da Lei 8.112/90 é a "materialização, ou cumprimento pela lei, da ordem constitucional expressa no § 1º do art 39 da CF/88" (Ivan Barbosa Rigolin, Comentários ao Regime Único do Servidores Públicos Civis, 1992, Saraiva, p.102).

Portanto, a Súmula 339/STF não é mais aplicável às contendas que envolvam pleitos dos servidores públicos que invoquem a isonomia como fonte de materialização de um direito violado.

Este nosso posicionamento não é solitário, pois como o direito evolui a cada dia, não sendo uma ciência estática, o Eg. Superior Tribunal de Justiça, compassado com §1º do art. 39 da CF, vem assegurando a aplicação da isonomia para os servidores públicos, superando o entrave da Súmula 339/STF:

“Isonomia de vencimentos para cargos ou atribuições iguais ou assemelhadas. Agente de segurança judiciária Quadro Permanente do Conselho da Justiça Federal. 1. Verificada a situação de desigualdade em que se encontram os servidores-impetrantes, tal em relação a ocupantes cargos iguais ou assemelhados de outros tribunais, portanto desigualdade entre iguais, cabe ao Poder Judiciário dirimir a questão, assegurando, em consequência, a isonomia de vencimentos. 2. A Constituição de 1988, no art 39, §1º, dispôs sobre a isonomia, assegurando-a, talvez na forma da lei, e a Lei 8.112 de 1990, se necessário para a eficácia e aplicabilidade da norma constitucional, tornou-a eficaz e aplicável. 3. Segurança concedida, com efeitos patrimoniais a partir do ajuizamento da ação”. (Grifos do autor.)⁸

No seu voto condutor, o eminente e culto Ministro Nilson Naves, de forma magistral, toca exatamente no ponto central da isonomia de vencimentos, afastando por completo a incidência da já superada Súmula 339/STF:

“Verificada, ao meu ver, a situação de desigualdade, cumpre agora saber se é admissível ao Poder Judiciário dar-lhe remédio. Como visto, o sr. Presidente do Conselho, em suas informações, lembrou a necessidade de lei, formal e material, acompanhando, no pormenor, pelo parecer da Subprocuradoria-Geral da República, que trouxe, a favor de seu pensamento, a Súmula 339/STF, com esses dizeres: 'Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.’”

A par do texto do art. 5º (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção...”), a Constituição dispõe, no art. 39, §1º, dessa forma: “A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou local de trabalho”. Discute-se

⁸ MS 997/DF - Reg. 91120685, Rel. Min. Nilson Naves, Corte Especial, DJ de 20-4-92.

sobre a eficácia e aplicabilidade direta, isto é, não auto-aplicável. Tem-se na dependente lei, portanto não auto-aplicável, por exemplo, o RMS-132, deste Tribunal, Sr. Ministro José de Jesus e o RMS-915, também deste Tribunal, Sr. Ministro Hélio Móismann. Tem-na não dependente de lei, portanto auto-aplicável (pelo menos, foi a impressão que me ficou), o MI-581 /400, do Supremo Tribunal Federal, Sr. Ministro Celso de Mello, *in* DJ de 19-4-91.

Se auto ou não auto-aplicável o texto do aludido §1º, o certo é que sobreveio a Lei 8.112, de 11 -12-90, assegurando a isonomia de vencimentos, ao dispor no art. 41, §4º: “É assegurada a isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder, ou entre servidores dos três Poderes, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”.

No mesmo diapasão, segue a ótica autorizada do ex-Presidente do STJ, Min. William Paterson, que em caso similar ao que se expõe, não teve dúvida em afirmar:

“Argumenta-se que o texto legislativo ordinário não pode ser considerado como um regulamento da norma constitucional, nem constitui autorização para se promover a isonomia por meio de ato administrativo, visto como a segunda é mera repetição do primeiro.”

Com a devida *venia*, entendo que o preceito da Lei 8.112, de 1990, preenche a condição exigida na Constituição Federal. Com efeito, se assim não fosse, ter-se-ia de admitir para cada caso de isonomia uma lei específica, o que parece ilógico, porquanto, em qualquer época, mesmo antes do princípio fundamental, ao legislador era permitido estabelecer igualdades entre categorias, o que vem a ser a isonomia.

O Regime Único assegura, como quer a CF, a isonomia. Isso é o bastante para aplicá-la. Com efeito, se já existe uma situação funcional regulada em lei, nada impede que a autoridade do mesmo Poder providencie a sua efetivação.

Seu ato é declaratório, pois a isonomia decorre da constatação de diferenças que devem ser corrigidas.

A Corte Especial do STJ seguiu os entendimentos narrados anteriormente.⁹

⁹ “PROCESSUAL ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL- MANDADO DE SEGURANÇA- DECADÊNCIA— CARGOS - ATRIBUIÇÕES IGUAIS OU ASSEMELHADAS - PRINCÍPIO DA ISONOMIA- NORMAS CONSTITUCIONAIS I - Resulta do jus honorarium com ânimo na doutrina que, nas prestações de trato sucessivo, o prazo decadencial, para uso de ação de segurança, se conta da lesão do direito do impetrante, na oportunidade da satisfação de cada prestação. II - No nivelamento de cargos com atribuições iguais ou assemelhadas, o novo estatuto funcional prevê critério para o balizamento. Se assim não fosse, ter-se-ia de admitir, para cada caso de isonomia, uma lei específica, o que parece ilógico, porquanto, em qualquer época, mesmo antes do princípio fundamental ao legislador era permitido estabelecer igualdade entre categorias. Inteligência do art. 41, § 4º, da Lei 8.112/90. III - Referentemente ao princípio constitucional

O não cumprimento das leis significaria a ruína do Estado de Direito moderno, e de suas democráticas instituições.

Assim, é totalmente inadmissível que por causa de uma Súmula criada sob a égide da CF de 1946, revogada exatamente por não refletir mais os anseios da sociedade em que vivemos, a categoria dos funcionários públicos seja banida da apreciação pelo Judiciário de princípio constitucional básico, pretendendo-se, pois, a correção de situações díspares que, conseqüentemente, acarretarão benefícios financeiros, como brilhantemente colocado pela Emérita Desembargadora Federal Julieta Lidia Lunz, quando relatora da apelação da Apelação Cível 90.5514-5:

“ADMINISTRATIVO. ENQUADRAMENTO FUNCIONAL PRESSUPOSTO PROCESSUAL VALIDO.

Não se trata de aumentar vencimentos, e sim de equacionar situações funcionais as quais emergirão eventualmente, reflexos financeiros, e que não são objeto da Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal¹⁰.

E o eminente Dr. Joaquim Antônio Castro Aguiar, quando em exercício na 11ª Vara Federal-RJ, dissecou a supracitada Súmula 339/STF da seguinte forma:¹¹

“Ademais, aplicar indiscriminadamente essa Súmula, sem maior reflexão, sem atenção a novos princípios constitucionais implantados após ela, representa, quando menos, nesse passo, deixar o Judiciário de mãos e pés atados, para a correção de afronta ao princípio de igualdade, possibilitando que outros princípios, igualmente constitucionais, permaneçam no vazio, imprestáveis, sem aplicabilidade alguma.

A Constituição não iria criar uma regra princípio, para deixá-la inerte, inoperante, sem qualquer valia, porque isto seria simplesmente inaceitável.

A aplicação, pura e simples, da Súmula 339 contra aqueles que se sintam lesados, a possibilidade até de recurso ao Judiciário, pois ninguém o provará, se disso coisa alguma puder resultar.

da isonomia, a par do texto do art. 39 (todos são iguais perante a lei, sem distinção...), a Constituição dispõe de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Se auto ou não auto-aplicável o texto do aludido § 1º, o certo é que sobreveio a Lei 8.112, de 11-12-90, assegurando a isonomia de vencimentos. IV - Segurança deferida. (MS 1 706-d-DF, Corte Especial STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 13-10-92)”.

¹⁰ TRF - 2ª Região - Apelação Cível 90.02.551453/RJ, DJ de 18-12-90.

¹¹ A.O. 91.126635-7. SONIA VASCONCELLOS MENDES E OUTROS X CEFET, publ. DO 27-11-92. Quando em exercício no TRF-2ª Região com muita propriedade e firmeza, este ilustre magistrado pôde consignar seu posicionamento na Ap. Cível 94.02.05523-1/RJ, ficando assim ementado o acórdão: “...III - A Súmula 339 do STF há de ser reestudada, em atenção a novos princípios constitucionais implantados após ela, não havendo razão para prestigiá-la, em detrimento de preceito constitucional que lhe é subsequente. IV- Recurso provido.. (Ap. Cível 94.02.05523-1/RJ, 1ª Turma, TRF - 2ª Região, Relator Juiz Castro Aguiar em substituição ao Des. Federal Chalu Barbosa, DJ de 23-2-95).

Ora, se nem a lei pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV, da Carta Magna), muito menos uma Súmula. Dir-se-ia, com argumento contra, que a Súmula não está excluindo nada da apreciação do Poder Judiciário. Mas, no fundo, é como se estivesse, pois ninguém seria insano bastante para provocar a Justiça, visando a manter o resguardo de princípio constitucional, já sabendo que essa provocação não resultaria em nada, se prevalecer o argumento esposado pela peça de defesa, em casos como o dos presentes autos.

Convenço-me da necessidade de reestudo da Súmula para que se desvende seu exato conteúdo, diante das normas e princípios hoje vigentes. Ouando menos, que não mais lhe seja dada a inteligência até então adotada”.

A doutrina corrobora os pontos defendidos pela nova corrente jurisprudencial, que não admite mais que a lei possa excluir lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV, da CF), quiçá sobre o prisma de extensão de isonomia, sendo certo, que Celso Ribeiro Bastos, no seu “Comentários à Constituição do Brasil”, discorre sobre a injustiça, com os servidores públicos, a aplicação da Súmula 339:

“A lei deve tratar igualmente tanto quando concede benefícios, confere isenções, outorga vantagens, quanto quando impõe sacrifícios, multas, sanções. Neste último caso, os particulares se limitam a atacar o caráter vicioso da norma com o propósito de anulá-la, visto ser esta a única forma de restaurarem o direito subjetivo lesado.

O mesmo não ocorre, contudo, no primeiro caso, quando as leis concedem benefícios. Aqui, a tendência é das categorias não colhidas pela lei pleitearem a extensão destes mesmos benefícios a si mesma.

(...)

Se se tratar contudo da via de defesa em que o lesado compareceu a juízo para reparar a sua situação, aqui, o procedimento mais correto é o de atender à súplica, caso procedente, daquele que foi lesado pela omissão, embora não se desconheça que, ao assim proceder, o Judiciário quase se alça à posição de legislador.

Mas isto cede diante da conveniência maior em ver resolvido o problema da vítima da lesão.

(...)

O que não pode acontecer, contudo, é o que se da no STF, quando se nega o exame de casos de extensão de vantagens a servidores com fundamentos na isonomia. Não se vê por que os servidores não hão de fazer jus ao benefício do princípio isonômico, nem se vê por que as conseqüências da sua situação hão de ser diferentes dos demais casos.” (Grifos do autor)¹²

¹² Obra citada, vol. 2, p.15..

Dallari também se filia a corrente contrária à eficácia da Súmula 339/STF:

“Entendemos que a própria Súmula 339 está equivocada. Ao aplicar ao caso concreto o princípio constitucional da isonomia o Judiciário não estará legislando, mas sim exercendo função tipicamente jurisdicional. Se a Constituição determina que a trabalhos iguais deve corresponder a mesma remuneração, toda vez que isto for demonstrado, caberá ao juiz determinar o puro e simples cumprimento da Constituição..”¹³

E mais à frente arremata:

“Se a remuneração que a lei manda pagar ao servidor, estiver em desacordo com um direito assegurado pela Constituição, deve prevalecer a regra constitucional, e não contrário. Quando o Poder Judiciário determina que se cumpra a Constituição ele não está 'legislando', mas, sim, cumprindo sua função específica.

Ousamos ir ainda mais além. Se a Constituição Federal afirma até redundantemente o princípio da isonomia (art. 5º) e se confere ao servidor público da administração direta garantia da paridade (art. 39, §1º) estabelecendo, também, que o parâmetro, o valor máximo, é a remuneração paga pelo Poder Executivo (art. 37, XII), entendemos que quando um funcionário público do Executivo estiver recebendo menos do que outro servidor que exerça a mesma atividade no Legislativo ou no Judiciário, cabe ao prejudicado postular judicialmente a equiparação. Positivamente, a Constituição não pode ser cumprida pela metade, nem cabe ao Judiciário escolher qual regra quer aplicar e qual regra não quer aplicar...” (obra citada).

Sérgio D'Andreia também corrobora o que foi dito:

“É claro que quanto ao primeiro aspecto poderá haver a promoção de medida judicial para obtenção da igualdade no caso de omissão do legislador e do administrador. Não diga que, em tal hipótese, o Judiciário estaria legislando ou administrando, com extrapolação de sua competência: é que a regra do art. 39, §1º, cria direito público subjetivo, com efetividade da exigibilidade. É diferente a postulação, tantas vezes repudiada pelo Judiciário, de igualação entre carreiras; com pontos comuns, mas diferentes, como as de médico e procurador, ambas de nível superior: *in casu*, incide a vedação constante do inciso XIII do art. 37”.

¹³ Adilson Abreu Dallari, “Regime Constitucional dos Servidores Públicos”, 2ª Edição, RT, pág. 65.

Ao contrário, se existe igualdade de atribuições, o Judiciário, mediante sentença condenatória ou mandamental, obriga, a título de ressarcimento por ilicitude, o Executivo a pagar a diferença que a lei ou o ato administrativo não cobriu.”¹⁴

Estamos plenamente convictos de que o Poder Judiciário está autorizado a analisar os pleitos dos servidores públicos, quer sob o prisma da isonomia (§1º do art. 39), quer sob o ângulo da remuneração paga pelo Poder Executivo (art. 37, XII), sem que haja incidência de qualquer fato que impeça a apreciação da lesão por este Poder (Súmula 339) discordando da ótica do Professor Diogo de Figueiredo¹⁵, isto porque nosso país adota o controle concentrado¹⁶ e o controle difuso¹⁷ da constitucionalidade.

A verdade é que o "controle judiciário se dá sempre que a verificação da concordância entre um ato e as regras constitucionais é atribuída a órgão integrado no Poder Judiciário. (Dirceô Torrecillas Ramos, “O Controle de Constitucionalidade”, ed. Angellotti, 1994, p. 21).

Sobre o poder de o Judiciário declarar nulos atos contrários à Constituição, Hamilton afirma:

“Esa declaración judicial no implica preeminência del Poder Judicial sobre El Poder Legislativo, sino la superioridad de la Constitución sobre todos los poderes de gobierno. Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser valido. Los tribunales actúan como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad de mantenerla dentro de los limites que la Constitución establece. Lá interpretación de las leyes es pópria de los velar por el cumplimiento de la Constitución, ley fundamental de la organización Juridico-política. Les corresponde interpretar la Constitución y las leyes, y si se produce un conflicto entre las dos, deben preferir a la Constitución porque tiene fuerza obligatoria y validez superiores. Lo que está en juego no es una cuestión de superioridad entre el Poder Judicial e el Poder Legislativo sino entre la soberania del pueblo y los actos propios de um de los poderes creados por la Constitución, es decir, un conflicto entre norma fundamental y las normas secundarias que le están subordinadas”¹⁸.

Preleciona J. Story que:

“Al interpretar las leyes, los jueces deben establecer si ellos son conforme a la Constitución o no, y si no la son, declarareas sin efecto. Tienen la obligación

¹⁴ “Comentários à Constituição”, Freitas Bastos, p. 187

¹⁵ De qualquer forma, ao Judiciário não compete fazer equiparações e aumentar vencimentos, porque estaria ingressando no campo de discríção política do Legislativo, único autorizado a fazê-lo, o que não impede declare a inconstitucionalidade, principaliter ou incidenter, de qualquer norma acaso violadora do principio.

¹⁶ “O controle concentrado é aquele no qual a competência para julgar ou examinar a constitucionalidade pertence a um único órgão..” (Dirceô Tonrecillas Ramos, “O Controle de Constitucionalidade”, 1994, p.19).

¹⁷ “O controle difuso permite a qualquer juiz apreciar a alegação de inconstitucionalidade. É o sistema adotado pelos Estados Unidos e se ajusta à idéia de Marshall, pela qual o juiz resolve a questão de constitucionalidade como se fosse um mero conflito de leis a qual será aplicada no caso”. (Obra citada).

¹⁸ In “El Federalista”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1957, pp 331/2

de custodiar el imperio de la Constitución, ley suprema y fundamental de la República”¹⁹.

Para Dalmacio Vélez Sarsfield (“Diario de Sesiones de la Camara de Senadores del Estado de Buenos Aires”), “La Constitución, por conseguinte, domina sobre todos los poderes; es superior a todas las leyes que puedan dar los cuerpos legislativos y a ella deben los jueces ajustar sus decisiones sin aplicar jamás una ley inconstitucional. Los jueces son los guardianes de la Constitución y los derechos y garantías individuales..”

Finalmente, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁰, “O controle judiciário tem por si a naturalidade. De fato, a verificação de constitucionalidade não é senão um caso particular de verificação de legalidade, ou seja, da verificação da concordância de um ato qualquer, como de um regulamento, à lei, tarefa que rotineiramente é desempenhada pelo Judiciário...”

Assim, quando uma lei peca pela falta de constitucionalidade, cabe ao Judiciário, como guardião da legalidade, anulá-la, ou adaptá-la à realidade virtual do Texto Maior.

Dessa forma, quando uma categoria de servidores públicos for alijada de determinada vantagem, cabe ao Judiciário possibilitar que se cure a chaga da injustiça apontada, estendendo a vantagem para os que foram injustamente preteridos, pois a isonomia possibilita que o poder judicante supra a omissão inconstitucional, sem que haja invasão no Legislativo.

Como o nosso sistema de controle da constitucionalidade é difuso, conforme dito alhures, esta declaração poderá ser efetuada por qualquer juiz *incidentur tantum* ou pelo STF com efeito *erga omnes*.

Com muita propriedade, o Min. Ilmar Galvão, na ADIN 465" DF, afirmou que “No art. 39, §1º, está consagrada a isonomia geral, que compreende a isonomia propriamente dita (entre cargos ou poderes diversos), os quais consubstanciam princípio por efeito do qual deverão ser contemplados, com a mesma remuneração, os cargos de atribuição iguais e os cargos assemelhados”²¹.

Em consequência, qualquer lesão ao direito subjetivo do servidor público o Judiciário está autorizado a analisar e, se for o caso, agasalhar a súplica, sem que isto ocorra em afronta ao enunciado da Súmula STF 339, eis que não se cuida de legislar, de inovar o ordenamento legal, mas de dar vigência e eficácia à Lei Maior, tendo os servidores civis, não atingidos pelo tratamento isonômico, direito à revisão, bem como pretensão de ação para exigir sua efetivação

¹⁹ “Comentários”, livro III, “Poder Judicial de los Estados Unidos”, Buenos Aires, 1963, p. 2

²⁰ “Curso de Direito Civil Constitucional”, 17ª edição, p. 38.

²¹ Ementário 1.768-1, DJ de 25-11-94.

Não seria o caso de invalidar a lei, mas de proceder a aplicação da regra constitucional em vigor, que segundo as sábias palavras de Linhares Quintana, a Magna Carta se apresenta “como a lei das leis - segundo a acertada expressão de Alberdi - em torno da qual - no dizer de Echeverría - gravitam, como os astros em torno do sol, todas as parciais que compõem o mundo da democracia”²².

As Súmulas do STF existem há mais de 20 anos e algumas delas, como a 339, refletem posicionamentos recepcionados apenas por Constituições anteriores, portanto, tais Súmulas não encontram respaldo na atual conjuntura constitucional, pois o mundo jurídico evolui a cada dia, trazendo consigo o reflexo de uma ciência que não é estática.

A Constituição Federal é sempre revisada ou alterada quando suas normas já não refletem mais os reais anseios da nação, derogando as disposições que contrariam a nova ordem imposta.

Por igual, a jurisprudência também acompanha, a passos longos, a evolução da sociedade.

Assim sendo, qualquer ato que atente contra a não apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de direito subjetivo material se choca com o inc. XXXV do art. 5º da CF, que traz no seu bojo a preocupação de radiar sobre a sociedade uma garantia mínima da revisão judiciária de qualquer ato ou até mesmo ameaça de prejuízo aos indivíduos.

Não seria admissível, *data venia*, que o Enunciado da Súmula 339/STF tivesse o condão de brevar a força vinculante da atual CF, pois os servidores públicos não estão à mercê de leis injustas e anti-isonômicas, “saltando aos olhos” que qualquer ato legislativo terá que respeitar a gravitação das normas constitucionais.

Não seria admissível que em pleno século XX, com a vigência da Carta Cidadã, os servidores fossem pinçados da sociedade em que vivem, pare serem excluídos de qualquer revisão judiciária que importe no cumprimento da isonomia constitucional, norma assente no §1º do art. 39.

Dessa forma, como o Supremo Tribunal Federal é composto por Ministros dotados de capacidade intelectual acima da média dos brasileiros, cabe a missão de acompanhar a modernidade dos tempos de hoje, e evoluir no posicionamento firmado pelo tribunal há muitos anos passados, revisando o entendimento externado na Súmula 339.

Cabe esta tarefa, segundo o art. 99 do Regimento Interno do STF, à iniciativa de qualquer um dos 11 Ministros que compõem a maior Corte do país, e que no curso da nossa história se tem firmado como verdadeiro tribunal independente, fiel guardião da Constituição

²² In “Tratado de la Ciencia Del Derecho Constitucional”, p 244

É preciso que se observe, por outro lado, que Súmula não é lei, não havendo norma que torne obrigatória sua aplicação por qualquer juiz de primeira instância ou corte superior.

O sempre brilhante Min. Carlos Velloso, um do que podem evoluir sobre a falta de vigor da Súmula 339 em face de novo Texto Maior, já teve a oportunidade de consignar no seu voto na ADIN 594 que a súmula não é imutável, podendo até mesmo ser revista:

“E no caso, repito, não há norma que torne obrigatória a súmula, senão normas infraconstitucionais que simplesmente expressam a sua predominância que decorre do fato de constituir ela mero resumo de uma Jurisprudência predominante... A predominância da súmula, que decorre da predominância da jurisprudência de que constitui ela resumo, não a torna imutável, lembra J.C. Barbosa Moreira, porque a disposição regimental prevê a revisão dos seus enunciados por iniciativa de qualquer Ministro”²³.

Continuando na sua magnífica trilha, o culto Min. Carlos Velloso se pauta na opinião do não menos ilustre Barbosa Moreira, para quem “O Supremo Tribunal Federal várias vezes tem abandonado teses jurídicas incluídas na súmula “(...) Por outro lado as proposições constantes da súmula não têm obrigatoriedade assimilável à da lei, não vinculam os outros tribunais do país, nem os juízes de primeiro grau”²⁴.

Vale a pena lembrar a lição do saudoso Min. Victor Nunes Leal, que já combatia a existência de uma Jurisprudência “rígida”, capaz de sobrepor a evolução da criação legislativa e também da própria vida, que não para, mudam os inúmeros conceitos jurídicos, necessitando, assim, de um acompanhamento renovado do Judiciário:

“Firmar a jurisprudência de 'modo rígido' não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a 'mudança, que é freqüentemente necessária', e a 'anarquia' jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o 'meio-termo', para que o Supremo Tribunal possa cumprir seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência”²⁵.

E novamente, o Min. Velloso, atento à evolução dos princípios basilares do direito, adverte que os “Ministros podem, tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto no Supremo, propor a revisão da súmula e, em pesquisa que efetuei, observei que há casos em que teses da súmula foram simplesmente abandonadas em julgamento”.

²³ In RDA 196, Abri/Junho-1994, Renovar, p. 210

²⁴ José Carlos Barbosa Moreira, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, 1974, vol. V, p. 34.

²⁵ Conferência proferida em Belo Horizonte, em 12-8-64, citada pelo Ministro Prado Kelly, por ocasião do julgamento do MC 42.958-SP, em 21-3-66, RTJ 37/159.

Não é admissível que a súmula *sub oculis* tenha efeito vinculante de se sobrepor à norma de hierarquização superior, pois como já dito alhures súmula não é lei, pelo contrário, deve ser sempre atualizada pela constante criação legislativa.

A estagnação sempre é criticada, qualquer ciência que não esteja aberta à evolução de seus conceitos é retrógrada não refletindo os reais anseios dos que procuram buscar apoio em seus ensinamentos.

É útil valer-se da importante conceituação de Kelsen sobre a diferença conceitual e terminológica entre norma jurídica - ato emanado de autoridade investida de competência - e a regra jurídica em sentido descritivo - formulado pela tarefa do Direito que:

“é descrever o Direito de uma comunidade, i.e. o material produzido pela autoridade Jurídica no procedimento legislativo, na forma de enunciados no sentido de que tais e tais condições forem satisfeitas, então deve-se proceder a tal e tal sanção. Esses enunciados, por meio dos quais a ciência jurídica descreve o Direito, não devem ser confundidos com as normas criadas pelas autoridades legislativas. É preferível não chamar de normas esses enunciados, mas regras Jurídicas, As normas jurídicas decretadas pelas autoridades legislativas não prescritivas, as regras de Direito formuladas pela ciência jurídica não descritivas.”²⁶

Assim, após essa conceituação, parece claro que súmulas não possuem o conteúdo material de veicular normas jurídicas de criação judicial, ou seja, elas são frutos interpretação prevalecente de uma determinada lei. A partir do momento em que a nova Lei Maior cria preceito que se choca com o enunciado de uma súmula que teve como fato gerador o Texto já inexistente, sua eficácia para a nova ordem Jurídica é zero, em virtude de derrogação pelo Poder Legislativo.

Um exemplo bem claro e robusto a respeito do que dissemos foi quando o Supremo Tribunal declarou a perda da vigência da força vinculante dos prejudgados do TST a partir do advento da Constituição de 1946, precisamente para não admitir o controle abstrato, pelo veículo da representação da constitucionalidade de um determinado prejudgado.²⁷

Recentemente o próprio TST revogou os seus Enunciados 316,²⁸ que concedia o reajuste salarial decorrente da incidência do IPC de junho de 1987 (Plano Bresser), criado pelo Decreto-Lei

²⁶ In “Teoria Geral do Direito e do Estado”, Tradução M. Fontes - UNB, 1990, p. 49

²⁷ Vale a pena registrar parte da conclusão do voto condutor do eminente Min. Rel Xavier de Albuquerque na RTJ 82/47: “O que reconheço () é que já não tem vigência o preceito art 902, §1º, da CLT, revogado que foi pela Constituição de 1946 E como não mais vige o preceito legal, carece o prejudgado trabalhista, qualquer que seja, de força vinculativa ou normatividade, não estando obrigados a respeitá-los os demais órgãos da Justiça do Trabalho.”

²⁸ O Enunciado 316 dizia: “É devido o reajuste salarial decorrente da incidência do IPC de junho de 1987 correspondente a 26,06% (vinte e seis vírgula seis por cento) porque este direito já se havia incorporado ao patrimônio jurídico dos trabalhadores quando do advento do Decreto-lei 2.335/87”.

2.335/87, e o 317²⁹, mas conhecido como o que recompôs a defasagem salarial do Plano Verão (26,05%), por não refletirem sintonia com alguns julgados do STF.

Dessa forma, a Súmula 339/STF teve a sua sepultação com a promulgação da Nova Carta (5-10-88), não refletindo mais os sadios predicamentos da nova ordem constitucional.

Como compete ao STF a missão de ser o guardião da Constituição, não existe razão plausível para se criar um “divisor de águas” quando se trata de matéria isonômica do servidor público, pois tal ato afronta a nova CF, que buscou nos seus princípios democráticos ser a chave da solução de todos os problemas existentes no país. Por esta razão apelidada de “Carta Cidadã” exatamente por ter-se aproximado dos indivíduos, buscando exercitar a plenitude da democracia das relações privadas e públicas.

Não é mais admissível que exista barreira para o Judiciário fiscalizar o cumprimento das normas que tragam em si o direcionamento para o cumprimento da isonomia dos servidores públicos, que são detentores da norma inserta no §1º do art.39 da CF.

Esperamos que os cultos e ilustres Ministros do STF reflitam sobre a necessidade de uma revisão da Súmula 339/STF.

*Salus populi supreme lex esta.*³⁰

²⁹ O Enunciado 317 estipulava: “A correção salarial da URP de fevereiro de 1989, de 26,05% (vinte e seis vírgula cinco por cento), já constituía direito adquirido do trabalhador, quando do advento da Medida Provisória 32/89, convertida na Lei 7.730/89, sendo devido o reajuste respectivo”.

³⁰ “A salvação do povo é a lei suprema.” (Cicero Legibus, liv. III, cap. 9)