

---

# A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

---

 **Editora Fórum**

ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 45	p. 1-258	jul./set. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

## A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
**ROMEUFELIPE  
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: www.editoraforum.com.br  
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisão: Lourdes Nascimento  
Luiz Fernando de Andrada Pacheco  
Patrícia Falcão  
Bibliotecários: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região  
Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região  
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342      CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral	Secretário Editorial Executivo
Romeu Felipe Bacellar Filho	Daniel Wunder Hachem
Diretor Editorial	Conselho Diretivo
Paulo Roberto Ferreira Motta	Adriana da Costa Ricardo Schier
Editora Acadêmica Responsável	Edgar Chiuratto Guimarães
Ana Cláudia Finger	Célio Heitor Guimarães

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luis Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Odilon Borges Junior (UFES)
Eros Roberto Grau (USP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)	Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	Sérgio Ferraz (PUC-Rio)
Juarez Freitas (UFRGS)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

#### Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)	Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG)	Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil)	Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR)	Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUCPR)	Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG)	Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba)	Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP)	Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá)

# O fim da Súmula nº 339 do STF: pela devida aplicação do princípio da isonomia

---

Fernando Borges Mânica

Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Positivo e da Universidade Tuiuti do Paraná. Advogado.

Fernando Menegat

Pós-Graduado em Direito Administrativo. Graduado em Direito pela UFPR. Advogado.

**Resumo:** O presente artigo analisa a aplicação da Súmula nº 339, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 1963, levando em consideração o neoconstitucionalismo e a postura ativa do Judiciário decorrente compreensão do princípio tripartição de poderes. Ver-se-á que, na atual conjuntura constitucional, não se sustenta a impossibilidade de aplicação da isonomia no caso concreto, sob o argumento da invasão do Poder Judiciário na esfera de competência do Legislativo. Ao contrário do que aduz a súmula em referência, o Poder Judiciário não apenas pode, mas deve corrigir distorções de fato inconstitucionais, mesmo que tal ação tenha como consequência o aumento de vencimentos de servidores públicos.

**Palavras-chave:** Súmula nº 339 STF. Princípio da isonomia. Servidores públicos.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 A Súmula nº 339 e a Constituição de 1946 – 3 O Direito Constitucional em evolução (parte 1): neoconstitucionalismo e isonomia – 4 O Direito Constitucional em evolução (parte 2): o princípio da separação de poderes – 5 A Súmula nº 339 e a Constituição de 1988 – 6 O Supremo Tribunal Federal e a Súmula nº 339 – 7 Conclusões – Referências

## 1 Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem restringido, há longos anos, sua atribuição constitucional de guardião máximo da Constituição diante de leis que afrontam gravemente a ordem jurídica em um de seus pilares estruturantes: a igualdade. O fundamento para tal limitação da esfera de atuação de todo o Poder Judiciário encontra-se na Súmula nº 339, que assim estabelece:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

Tal enunciado tomou corpo no ordenamento constitucional pátrio após uma série de julgamentos realizados pelo STF no início da década de sessenta,<sup>1</sup> sob a égide da Constituição de 1946.

De lá para cá, a realidade socioinstitucional, o contexto científico-hermenêutico e o quadro normativo-constitucional brasileiros foram brutalmente alterados. Não obstante, a Súmula nº 339, datada de 1963, ainda tem sido utilizada como argumento para afastar a atuação do Poder Judiciário, permitindo que o Poder Público desrespeite o princípio constitucional da isonomia na definição de vencimentos dos servidores públicos.<sup>2</sup>

## 2 A Súmula nº 339 e a Constituição de 1946

Com o fim da ditadura getulista, em 1945, reuniu-se a Assembleia Nacional Constituinte, a qual pugnava pelo progresso e pela redemocratização nacional, visando à substituição da Carta outorgada em 1937, marcada pela proeminência quase que absoluta do Poder Executivo e pela conseqüente renegação do Poder Legislativo. Tal contexto teve sua antítese no período constitucional que se iniciava, marcado pela exagerada ênfase na atuação legislativa.

A propósito do tratamento dado pela Constituição de 1946 à teoria da Tripartição dos Poderes, Gilmar Ferreira Mendes et al. registram:

No que toca ao Legislativo e ao Judiciário, espezinhados sob a Carta de 1937, o texto democrático de 1946 buscou devolver-lhes a dignidade, pelo respeito às suas tradicionais prerrogativas e uma equilibrada partilha do poder político, apesar da opinião em contrário dos que entendem que esse modelo acabou desequilibrando a balança em favor do Legislativo [...].<sup>3</sup>

Reproduzindo tal corrente de pensamento, Miguel Reale, a despeito de reconhecer louvores à Carta de 1946, ataca-a em quatro pontos, dentre os quais merecem destaque:

<sup>1</sup> Sobre o tema, vejam-se os seguintes julgados: RE nº 40.914; RE nº 42.186; EDRE nº 41.794; RMS nº 9.122; RE nº 47.340; RE nº 46.948; RMS nº 9.611.

<sup>2</sup> A título de amostragem, vide, por todas as demais, as seguintes decisões: AgRE nº 575.936; RE nº 630.768; AI nº 836.790; RE nº 599.890; AI nº 804.582; AI nº 782.803.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 196. Tal hipertrofia pode ser atribuída, principalmente, à ausência de importância dada ao Legislativo no período ditatorial que antecedeu a Constituição de 1946. Nesse sentido, cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Porto: Universidade Portucalense, 2003. p. 423-426.

- a) o enfraquecimento do Executivo, deixado à mercê do Legislativo;
- b) o fortalecimento do Legislativo, mas num quadro normativo anacronicamente reduzido às figuras da lei constitucional e da lei ordinária.<sup>4</sup>

Na Constituição de 1946 ficou, pois, plasmada uma nítida tentativa de restauração da força do Poder Legislativo em face dos demais poderes da República. Tal preocupação com o realinhamento entre os poderes, no entanto, em virtude da assimetria derivada do pluralismo da Constituinte de então, acabou por surtir um efeito inesperado (ou, se esperado, indesejado): engessou-se a atuação dos três poderes, cada qual em sua esfera de competência, impossibilitando-se ingerências de um noutro, o que afetou, em última medida e de forma grave, a necessária reciprocidade essencial ao exercício de controles externos.

Corroborando essa tese, sustentam Paulo Bonavides e Paes de Andrade:

Uma das preocupações mais freqüentes no ânimo dos constituintes de 1946 fora a restauração do federalismo brasileiro nos moldes clássicos da tradição republicana de 1891, em linhas mestras de respeito ao equilíbrio e harmonia dos poderes, consoante decorria do texto, posto que a realidade se apresentasse de todo distinta.<sup>5</sup>

Nesse cenário constitucional é que o Supremo Tribunal Federal editou, em 1963, a Súmula nº 339. Ao ser instado a debater a respeito de matéria envolvendo a correção de atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, entendeu a Suprema Corte à época: como o Legislativo detinha competência para legislar sobre a remuneração dos servidores públicos (conforme art. 65, IV, da Constituição de 1946), não poderia o Judiciário usurpar tal prerrogativa e, com arrimo na isonomia, majorar vencimentos no caso concreto, sob pena de afronta à clássica e então rígida Tripartição dos Poderes, contida no art. 36 daquela Carta.

<sup>4</sup> REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 91. A constatação do autor parece coadunar-se com o pretendido pelos constituintes de 1946 que, apontando o excesso de poder do Executivo e do Judiciário no sistema constitucional anterior, tentaram munir o Legislativo com igual poderio — não imaginavam, entretanto, que a balança penderia para o outro lado. Nesse sentido, interessante reprodução dos comentários passados na constituinte de 46 consta em: DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. p. 596-610.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Porto: Universidade Portucalense, 2003. p. 423. No mesmo sentido, cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 84-85.

A Súmula nº 339 fazia, à época, sentido, porquanto concretizava as aspirações do Constituinte de, devolvendo ao Poder Legislativo sua força em face dos demais Poderes, impedir que o Executivo e o Judiciário nele interferissem. Como a fixação de vencimentos de servidores públicos era matéria afeita à competência do Poder Legislativo, o Poder Judiciário, cuja função típica é jurisdicional, não poderia, sem delegação expressa na Constituição, praticar atos que implicassem o mesmo efeito. Com base nisso, discussões acerca de isonomia e segurança jurídica, v.g., caíam por terra quando contrastadas no caso concreto com o super-princípio da legalidade estrita.

### 3 O Direito Constitucional em evolução (parte 1): neoconstitucionalismo e isonomia

Acontece que, com o passar dos anos, foi-se superando o positivismo legalista imiscuído nas Constituições de índole liberal, em prol da efetividade e supremacia constitucional — não mais enquanto dom divino, mas enquanto universalizadora de direitos. Tomou corpo o pós-positivismo, principialista e materialista, refletido no Direito Constitucional pela corrente do neoconstitucionalismo.

O ambiente doutrinário em que editada a Súmula nº 339 foi objeto de uma viragem paradigmática.

Nessa nova óptica, prevalece a Constituição em detrimento da lei formal, a Constituição ganha contorno e conteúdo delimitado, amplia-se a universalização dos direitos, limita-se a atuação estatal ante todos os indivíduos, materializa-se o parâmetro da Justiça, flexibilizam-se as regras infraconstitucionais em prol da Constituição.<sup>6</sup> Acima de tudo, despontam duas noções fundamentais: a supremacia constitucional e a força normativa dos princípios.<sup>7</sup>

De um lado, a supremacia da Constituição (vista pela doutrina constitucionalista como princípio) determina que a este documento seja dada posição materialmente hierárquica superior em relação às demais normas do sistema. É dizer: “As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com

<sup>6</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999.

<sup>7</sup> Nesse sentido, cf.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

alguma norma constitucional”<sup>8</sup>. Esse “brilho autônomo”<sup>9</sup> da Constituição manifesta-se, de acordo com Canotilho, em três situações distintas:

(1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe seu fundamento de validade de si própria (autoprimazia normativa); (2) As normas da Constituição são normas de normas [...], afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas [...]; (3) a superioridade das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.<sup>10</sup>

De outra parte, no que concerne aos princípios, o pós-positivismo constitucional passou a reconhecê-los como autênticas normas jurídicas e, ao lado das regras, a conceder-lhes imperatividade e efetividade. Nesse particular, pondera Luís Roberto Barroso:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.<sup>11</sup>

Nessa esteira, não mais há margem para a aplicação pura e cega da lei: a interpretação e aplicação do ordenamento perpassam, sempre, em primeiro lugar, pelo referencial formal e material contido na própria Constituição.

Dentre os princípios — normas, portanto — constitucionalmente consagrados, o princípio da isonomia (igualdade) encontra posição de destaque, ao encabeçar o dispositivo que trata dos direitos e garantias individuais (art. 5º da Constituição).

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 312. Canotilho trata do princípio pela noção de vinculação constitucional: “A idéia de ‘vinculação constitucional’ é, nos seus contornos gerais, extremamente simples e, segundo se crê, indiscutível: no Estado de Direito Democrático-Constitucional todos os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados às normas hierarquicamente superiores da constituição” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 248).

<sup>9</sup> A feliz expressão é de autoria de Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1147).

<sup>10</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1147.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 291-292.



Inicialmente concebido como correspondente à igualdade diante da lei (a lei se aplicaria de maneira indistinta a todos), evoluiu-se para passar a compreender tal princípio, também, como referente à igualdade na própria lei (o legislador não pode tratar os cidadãos desigualmente).<sup>12</sup> Nesse senso, pontua Celso Antônio Bandeira de Mello:

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.<sup>13</sup>

John Rawls, grande defensor da noção de igualdade compreendida pelo autor enquanto medida da justiça, pondera:

Assim, o princípio postula que, para tratar a todos com igualdade, oferecer genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção aos possuidores de menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A idéia é reparar o viés das contingências na direção da igualdade.<sup>14</sup>

Com isso, justifica-se o estabelecimento de critérios de discrimen entre os indivíduos, desde que tais critérios possuam correlação lógica com o fim pretendido e estejam albergados pela Constituição.<sup>15</sup> A Constituição e a igualdade nela plasmada não podem ser objeto de desvios pelo Poder Público, nem mesmo por meio de lei.

#### 4 O Direito Constitucional em evolução (parte 2): o princípio da separação de poderes

O princípio da tripartição dos poderes, clássico na doutrina constitucional, foi formalmente proclamado pela primeira vez por Montesquieu, na clássica obra *Do espírito das leis*. A coexistência dos três Poderes era, para Montesquieu, condição essencial para sua sobrevivência, evitando-se, assim, o despotismo. Entretanto, a aplicação inicial do princípio em comento acabou por desconsiderar a necessária

<sup>12</sup> Não é diversa a conclusão de José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 214-217).

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 9.

<sup>14</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 120.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

harmonização entre os poderes e, na prática, engessou-os, cada qual em sua esfera de competência.

Essa rígida ideia de separação de poderes somada à tentativa conjuntural do Constituinte brasileiro de 1946 em prestigiar o Poder Legislativo, com apoio na teoria positivista-legalista, serviu como pano de fundo para a edição da Súmula nº 339.

A conclusão é em certa medida corroborada pelo pensamento de Paulo Bonavides, que afirma que o Brasil, “[...] ao decidir-se pela forma republicana de governo, aderiu ao princípio da separação de poderes na melhor tradição francesa — a de Montesquieu — com explicitação formal”.<sup>16</sup>

Como parece evidente, a compreensão atual da tripartição dos poderes não condiz com a rigidez que lhe era classicamente atribuída. A hermenêutica constitucional contemporânea, pautada na Constituição de 1988, admite a validade do princípio lançado por Montesquieu; entretanto, aprofunda a noção de harmonização entre os Poderes para, superando a rigidez inicial com que a teoria foi aplicada, evoluir para um sistema de checks and balances, ou, em vernáculo, um sistema de freios e contrapesos.

Nessa sua atual compreensão, o princípio da tripartição dos poderes exige a ingerência de um Poder noutro para resguardar, em última análise, um equilíbrio constitucional com vistas à manutenção dos caracteres fundamentais do Estado. No Brasil, por exemplo, a sistemática da harmonização entre os Poderes é utilizada para o resguardo da República, da Democracia, do Federalismo e, é claro, dos direitos e garantias fundamentais — de que é exemplo a isonomia.

Da rígida e estanque separação entre os Poderes — exemplificada pelo art. 36 da Constituição de 1946 — evoluiu-se para a compreensão da harmonização, dos freios e contrapesos, atualizando a doutrina de Montesquieu a ponto de permitir sua sobrevivência na Constituição de 1988.<sup>17</sup> Os Poderes, portanto, passam a interpenetrar-se em suas atividades, com o fito de assegurar a guarda e a concretização dos valores constitucionalmente protegidos.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 143.

<sup>17</sup> “Aliás, a tripartição clássica dos ‘Poderes do Estado’ não obedece, no direito positivo, à rigidez com a qual fora idealizada” (DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 158).

<sup>18</sup> Sobre a atualidade da tripartição dos poderes, cumpre fazer referência à obra de Clèmerson Clève: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 21-44.

Nessa toada, o Poder Judiciário passa a ter papel ativo na concretização dos direitos fundamentais.

A função jurisdicional, antes adstrita meramente à fria aplicação da lei formal no caso concreto, alargou-se, passando-se a reconhecer ampla margem de atuação do juiz para, de acordo com os caracteres do direito postulado, moldar a solução a ser aplicada com base no ordenamento jurídico enquanto sistema.<sup>19</sup>

O magistrado, então, passa de mero aplicador da lei ditada pelo Legislativo (*la bouche de la loi*) para verdadeiro hermeneuta, que interpreta e aplica no caso concreto não a letra fria da lei, mas o direito enquanto um todo unitário. Desamarra-se o juiz da imperatividade da lei formal, e o juiz passa, ele mesmo, a ditar o direito no caso concreto, motivando o complexo — e não mais meramente silogístico — raciocínio que determinou seu convencimento de uma ou outra forma.<sup>20</sup>

Digno de nota o raciocínio levado a cabo, nesse diapasão, por Luiz Guilherme Marinoni, para o qual foram fatores determinantes para a superação da lógica antes vigente, de modo a permitir ao juiz atuar com mais plasticidade, ante as peculiaridades do direito material a ser satisfeito no caso concreto:

Dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.<sup>21</sup>

Nesse contexto, é claro como o sol que a atual compreensão do princípio da tripartição dos poderes quanto à nova postura do Judiciário na concretização de direitos, aliados ao advento do neoconstitucionalismo e a consequente atribuição de força normativa aos princípios constitucionais, são incompatíveis com a Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>19</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

<sup>20</sup> Nesse sentido, cf.: STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 93, Teoria geral do processo.

## 5 A Súmula nº 339 e a Constituição de 1988

Os apontamentos trazidos acima, condizentes com a supremacia da Constituição, a força normativa dos princípios e a nova postura (ativa) do Judiciário na concretização de direitos, impõem a superação da Súmula nº 339 do STF.

O princípio da isonomia, tal como tratado acima, possui assento em sítio privilegiado na Constituição de 1988, encabeçando o rol dos direitos fundamentais individuais. Enquanto princípio, por força dos ventos soprados pelo neoconstitucionalismo, é dotado de força normativa, a ser observada pelo Legislador, ao editar a lei, pelo Administrador, ao aplicá-la, e ao Julgador, ao ponderá-la no caso concreto.

Refletindo esse ponto de vista, Francisco Campos já em seu tempo preconizava:

Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações.<sup>22</sup>

Em sendo a Constituição a norma suprema do sistema, e em se reconhecendo força normativa aos princípios, a inarredável conclusão no sentido de que o princípio constitucional da isonomia é norma impositiva de observância obrigatória constitui simples raciocínio lógico, cuja superação parece, na atual conjuntura do ordenamento, impossível.

Solidificada a normatividade dos princípios, fácil estabelecer uma correlação com a nova postura ocupada pelo Poder Judiciário no sistema de freios e contrapesos: ante o desrespeito do princípio da isonomia, no caso concreto, deve o Judiciário aplicar diretamente a Constituição para, declarando a lei inconstitucional ou anulando o ato administrativo praticado, superar a afronta à isonomia perpetrada e restabelecer a proteção ao direito fundamental violado.<sup>23</sup>

Note-se, portanto, que a aplicação da isonomia nos moldes aqui preconizados não caracteriza invasão de competência legislativa pelo

<sup>22</sup> CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2, p. 30.

<sup>23</sup> Análise interessante da posição ocupada pela igualdade no contexto da "diretividade constitucional" portuguesa pode ser encontrada em: CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 380-392.

Judiciário; trata-se, antes disso, do respeito à Constituição, aplicada em detrimento da lei ou do ato administrativo que, por afronta à isonomia, torna-se inconstitucional, merecendo reparo judicial.

A tese aqui defendida, que defende a possibilidade de atuação do Judiciário com base no princípio da isonomia para afastar inconstitucionalidades cometidas pelo Legislador e pelo Administrador Público, encontra amplo amparo na doutrina e na própria jurisprudência.

Luiz Guilherme Marinoni desde muito já guerreia tal corrente, ao tratar da jurisdição no Estado contemporâneo:

A jurisdição apenas está zelando para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador, e para que os direitos fundamentais sejam tutelados no caso concreto mediante a aplicação da regra do balanceamento.<sup>24</sup>

Humberto Ávila, ao tratar do postulado da proporcionalidade — em raciocínio plenamente aplicável ao caso da isonomia — aduz:

[...] o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levam à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais. Os direitos fundamentais, quanto mais foram restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese de insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição.<sup>25</sup>

Analisando o teor do art. 5º, §1º da Constituição de 1988, que atribui às normas definidoras de direitos fundamentais — como é o caso da isonomia — eficácia imediata, José Afonso da Silva pontua:

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no §1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 102, g. n., Teoria geral do processo.

<sup>25</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 175-176, g. n.

seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.<sup>26</sup>

Também debruçado sobre a questão da eficácia dos direitos fundamentais, afirma Ingo Sarlet:

[...] a condição peculiar do Poder Judiciário, na medida em que, sendo simultaneamente vinculado à Constituição (e aos direitos fundamentais) e às leis, possui o poder-dever de não aplicar as normas inconstitucionais, revela que eventual conflito entre os princípios da legalidade e da constitucionalidade (isto é, entre lei e Constituição) acaba por resolver-se em favor do último.<sup>27</sup>

É preciso notar, ademais, que não são raras as decisões judiciais que afastam, ou melhor, sobrepõem-se às competências dos outros poderes: exemplo clássico é o controle de constitucionalidade, em que o Poder Judiciário anula lei ou ato administrativo.<sup>28</sup>

Não se olvide, ainda, que, em sua redação original, a Carta de 1988 expressamente previa, no parágrafo 1º do art. 39, a isonomia vencimental entre os servidores públicos:

§1º 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 ao local de trabalho.

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 165, g. n.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 335-336. A fonte da qual se abeberou o autor parece ser, conforme ele próprio o declara, a doutrina de Canotilho, especialmente em: CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 711 et seq.

<sup>28</sup> De modo ainda mais contundente, a doutrina administrativista pátria tem admitido, nos influxos dos novos tempos e ultrapassando a concepção clássica sobre o assunto, controle judicial que avance inclusive sobre alguns aspectos da discricionariedade do ato administrativo. Aqui o Judiciário verdadeiramente adentra o mérito do ato administrativo (apensar de opiniões em sentido contrário), exercendo controle amplo da legalidade (a legalidade, aqui, é tomada em seu sentido estrito, tal como propugnado por Romeu Felipe Bacellar Filho: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 160) e, ao sopesar a oportunidade e a conveniência com base nos princípios constitucionais, pode anular ato plenamente legal que, no entanto, desrespeite outros princípios constitucionais. A literatura administrativista pátria tem se desenvolvido fortemente pugnano tal entendimento. Nesse sentido, cf.: FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle judicial. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 112-120; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991; GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002. p. 128 et seq.; MOREIRA, João Batista Gomes. A nova concepção do princípio da legalidade no controle da Administração Pública. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). Direito público moderno. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 65-84.

Tal dispositivo, no entanto, foi alvo de emenda, de nº 19/1998, a qual excluiu o texto expresso de outrora, mas manteve o sentido da norma:

§1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II – os requisitos para a investidura;

III – as peculiaridades dos cargos.

Ora, referido dispositivo conserva o viés que outrora possuía, no sentido de determinar de que forma será dada a fixação dos padrões de vencimento dos servidores públicos. Por mais que tenha sido suprimida a expressa menção à expressão “isonomia”, o resultado do processo de interpretação constitucional não conduz a outra conclusão.<sup>29</sup>

A despeito dessa nota, a Lei dos Servidores Públicos Federais, Lei federal nº 8.112/90, em seu artigo 41, §4º, plenamente vigente, mantém redação praticamente idêntica à da norma constitucional reformada:

§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.

Veja-se, então, *exempli gratia*, que a despeito da reforma constitucional, o dispositivo do art. 41, §4º da Lei nº 8.112/90 continua vigente, não possuindo mácula de inconstitucionalidade alguma, já que em verdade concretiza o princípio da isonomia na seara dos vencimentos dos servidores públicos, pelo que é plenamente aplicável. O mesmo se diga em relação a milhares de disposições legais de Estados e Municípios, em especial Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais.

Não há, portanto, perfilhando o caminho traçado no presente trabalho, motivo algum para se defender a manutenção da Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico atualmente vigente. Se o princípio da isonomia é dotado de normatividade e, como norma constitucional que é, aplica-se com supremacia em relação às demais normas infraconstitucionais, não há escusa para o Poder Judiciário

<sup>29</sup> Por conta da entrada em vigor desse novo texto, aprovado pela EC nº 19/98, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob o nº 2.135-4, ainda em trâmite, na qual foi indeferido o pedido cautelar formulado no que se refere especificamente ao art. 39, §1º.

irrelevá-lo no caso concreto, mesmo que tenha como consequência o aumento de vencimentos de servidores públicos.

Se o servidor público demonstra, no caso concreto, que o cargo que ocupa é idêntico ao cargo ocupado pelo paradigma que escolheu, não há modo algum de não lhe reconhecer o direito à isonomia vencimental, porquanto a remuneração de todo e qualquer servidor deve ser condizente com o cargo por ele ocupado. Demonstrando o servidor, portanto, que desempenha exatamente as mesmas funções em comparação ao paradigma, fará jus, em respeito à isonomia, ao reequilíbrio vencimental, que poderá (deverá) ser realizado pelo Judiciário, haja vista seu dever de aplicar o direito no caso concreto.

Nessa direção mui recentemente manifestou-se o Ministro Marco Aurélio de Mello:

Em um Estado Democrático de Direito, há de observar-se a ordem jurídica. O respeito deve vir tanto dos cidadãos em geral como do Estado, do qual é aguardada postura exemplar. Políticas governamentais são potencializadas e nem sempre isso se verifica quanto a valores básicos. Em verdadeira atuação de força, míope ante os ares da Constituição Federal, parte-se para o menosprezo a interesses maiores, sendo alcançados contribuintes e servidores, toda a sociedade, enfim.

(...)

Que prevaleça a concretude da Constituição Federal, alertados os agentes políticos sobre as graves conseqüências do menosprezo às regras jurídicas, do menosprezo à dignidade dos cidadãos. Somente assim, avançar-se-á culturalmente.<sup>30</sup>

No que se refere especificamente à aplicação da Súmula nº 339, parcela da doutrina brasileira já se posicionou de forma contundente. De sua parte, ponderam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

O que não pode acontecer, contudo, é o que se dá no STF, quando se nega o exame de casos de extensão de vantagens a servidores com fundamento 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.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> MELLO, Marco Aurélio de. A dignidade do servidor público. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 09 jul. 2011. Opinião. p. 2.

<sup>31</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2, p. 15.



### De igual sorte, pontua Adilson Abreu Dallari:

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.<sup>32</sup>

Nesse espeque, não sobrevive nenhum argumento que justifique o impedimento de que o Poder Judiciário exija o respeito a um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como é o princípio da isonomia na lei e perante a lei.

Reverbera, nos mais diferentes Tribunais de todo o país, o entendimento aqui preconizado, contrapondo-se ao ruidoso martelar de algumas decisões que tapam os olhos à nova realidade constitucional vivida.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em contraposição à malfadada Súmula nº 339 do Supremo:

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.<sup>33</sup>

PROCESSUAL ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DECADÊNCIA – CARGOS – ATRIBUIÇÕES IGUAIS OU ASSEMELHADAS – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – NORMAS CONSTITUCIONAIS [...] III – Referentemente ao princípio constitucional 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.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 65.

<sup>33</sup> MS nº 997/DF - Reg. 91120685, Rel. Min. Nilson Naves, Corte Especial, DJ, 20 abr. 92, g. n.

<sup>34</sup> MS nº 1 706-d-DF, Corte Especial STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ, 13 out. 92, g. n.

De forma mais incisiva, pronunciou-se o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

[...] 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.<sup>35</sup>

Nesse campo, a Justiça Federal do Rio de Janeiro prolatou a seguinte decisão, reportando-se à Súmula nº 339 do STF:

[...] 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.

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. Quando menos, que não mais lhe seja dada a inteligência até então adotada.<sup>36</sup>

De igual sorte, o Tribunal de Justiça de Goiás já se manifestou, afastando claramente qualquer interpretação que não acolha o fundamento ora guerreado. Eis o que consignou aquela colenda corte:

Mandado de segurança. (...)

III – Equiparação vencimental de servidores com cargos idênticos. Súmula 339 do STF. Princípio da isonomia. Mesmo com as alterações trazidas com a EC

<sup>35</sup> AC nº 94.02.05523-1/RJ, 1ª Turma, TRF – 2ª Região, Relator Juiz Castro Aguiar em substituição ao Des. Federal Chalu Barbosa, DJ, 23 fev. 95.

<sup>36</sup> A.O. nº 0126635-72.1991.4.02.5101, 11ª VF-RJ. Publ. DO, 27 nov. 92, g. n.

n.19/98, no âmbito do direito administrativo, o princípio da isonomia salarial, derivação congênita do princípio da igualdade (art. Quinto, caput, CF), deve ser observado como expoente da mais legítima justiça. Servidores públicos com cargos idênticos fazem jus, entre si, a equiparação de seus vencimentos-base, pois a lei lhes confere a mesma natureza, grau de responsabilidade e complexidade (art. 39, Parágrafo primeiro, inciso I da CF). (...) <sup>37</sup>

E também o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em decisão de fundamentação invejável:

Administrativo. Equiparação de vencimentos. Médicos ocupantes da mesma função. Ausência de ofensa à Súmula 339 do STF. Pagamento retroativo à Lei Municipal nº 1.926/06 que atribuiu tratamento desigual aos profissionais. Honorários mantidos, pois de acordo com o art. 20, §4º do CPC. Recurso não provido. Reexame necessário não conhecido.

Descabe no presente caso a alegação de ofensa à Súmula 399 do STF, pois os servidores que buscam a equiparação e os seus paradigmas exercem exatamente a mesma função, sendo que a única diferença entre eles é o tempo de duração do trabalho, cujos vencimentos não foram fixados proporcionalmente. <sup>38</sup>

Claro como o sol, pois, que a aplicação da Súmula nº 339 do STF não encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro. Impedir a atuação judicial em casos de grave afronta ao princípio da isonomia fere de morte a Constituição de 1988, a hodierna hermenêutica constitucional e o mais comezinho sentimento de justiça social.

## 6 O Supremo Tribunal Federal e a Súmula nº 339

Não restam dúvidas de que é atribuição constitucional do Poder Judiciário corrigir eventuais situações anti-isonômicas ocorridas no caso concreto, de sorte a majorar os vencimentos do servidor público em respeito à igualdade vencimental daqueles ocupantes de cargo de idêntica natureza e funções. Nesse cenário, pode-se delimitar a atuação do Supremo Tribunal Federal a duas hipóteses.

A primeira delas refere-se ao controle concentrado de constitucionalidade, donde se tem como exemplos clássicos a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Em tais casos, é evidente que o Supremo Tribunal Federal

<sup>37</sup> TJGO, MS nº12768-9/101, Rel. Des. João Waldeck Felix de Souza.

<sup>38</sup> TJPR. Apelação Cível e Reexame Necessário nº 640.736-9. Apelante: Município de Toledo. Apelado: Edison Teruo Nakata e Outros. Relator: Des. Paulo Habith.

não avaliará casos concretos, analisando se há ou não desigualdade entre determinados servidores públicos, posto que estará julgando em sede de controle concentrado de constitucionalidade; abstraído, portanto, das relações interpartes.<sup>39</sup>

Todavia, remanescerá ao Supremo sua função fundamental de guardião da Carta Maior, de sorte que, frente a uma (ou mais) normas que estabeleçam tratamento anti-isonômico a servidores públicos dotados de idêntica posição (ocupantes de cargos com idêntica função e atribuições), é competente o Supremo para declarar inconstitucional aquela norma que estabelecer o tratamento mais prejudicial ao servidor público que, por força da legislação de seu ente federativo, auferir vencimentos em menor nível que seu par, ocupante de cargo com funções idênticas.

Noutras palavras: em sede de controle abstrato, ainda que o Pretório Excelso não possa avaliar situações concretas, certamente detém competência para, debruçando-se sobre atos normativos que claramente tratem de forma diversa servidores públicos em idêntica condição, declarar inconstitucional a norma na parte em que estabelece a inconstitucional discriminação vencimental. Ante eventual vácuo legislativo decorrente da decisão, cumpre ao STF, ao modular os efeitos da decisão, fazer prevalecer a norma que oferece tratamento mais benéfico ao servidor.

Na segunda hipótese de atuação do Supremo, tem-se o controle concreto de constitucionalidade. Trata-se do julgamento de recursos extraordinários interpostos contra decisões de tribunais inferiores que tenham ou não reconhecido o direito à equiparação salarial, ao verificar no caso concreto desigualdade incompatível com a Constituição. Aqui, como na hipótese do controle abstrato, o Supremo deverá determinar a devida aplicação do princípio da isonomia, de modo a garantir igual tratamento aos servidores públicos litigantes.

Uma ressalva, no entanto, merece ser feita no que toca ao Recurso Extraordinário. Como sabido, tal espécie recursal, por sua intrínseca natureza, não se presta a devolver ao Supremo Tribunal matéria fática, mas apenas e tão somente matéria de direito.<sup>40</sup> Assim sendo, aproxima-se

<sup>39</sup> A constatação é óbvia e decorre tautologicamente da própria expressão “controle abstrato de constitucionalidade”. Sobre os mecanismos do controle concentrado, Uadi Lammêgo BULOS afirma: “Esses mecanismos operam em abstrato, porque não visam à defesa de interesses particulares, mas a tutela da ordem jurídica como um todo” (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 232).

<sup>40</sup> “O STF julga tão só questões de direito — precisamente, uma espécie do gênero das questões constitucionais. A função do extraordinário predetermina que o recurso só reflexamente tutela o interesse das partes, e, por isso, retira-se do efeito devolutivo o reexame das questões de fato. [...] Em tais termos, ‘simples’ questões de fato escapam do controle do STF. As instâncias ordinárias se mostram soberanas na rubrica da fixação do

a atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso e do controle concreto de constitucionalidade, já que o reexame de provas não se coaduna com a lógica do recurso extraordinário.<sup>41</sup>

Com base nisso, é possível mencionar duas hipóteses de provimento de recurso extraordinário interposto contra decisões que reconhecem ou não a isonomia vencimental de servidores públicos: (i) o tribunal de origem reconheceu a identidade de atribuições dos cargos ocupados pelos servidores, mas não determinou a isonomia vencimental; (ii) o tribunal de origem não reconheceu a identidade de atribuições dos cargos ocupados pelos servidores, mas determinou a isonomia vencimental. Em tais hipóteses tem o Supremo o dever de corrigir o erro in judicando, aplicando a Constituição ao caso concreto, de modo a reformar a decisão, corrigir o equívoco do tribunal de origem e concretizar o princípio da isonomia.

A digressão até o momento realizada conduz a um resultado absolutamente lógico. Considerando que (i) não existe justificativa para que o Poder Judiciário não aplique o princípio da isonomia, desde que comprovada no processo sua violação no mundo dos fatos; e que (ii) o Supremo Tribunal Federal não tem competência para reavaliar provas; (iii) é dever do Supremo Tribunal Federal, tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade quanto em sede de recurso extraordinário, defender a observância do princípio da isonomia, determinando o tratamento igualitário de vencimentos entre servidores públicos em idêntica situação.

## 7 Conclusões

7.1. A Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal foi editada em 1963, e teve como fundamento dispositivos da Constituição de 1946.

7.2. A Constituição de 1946 — e, por consequência, o substrato doutrinário que embasou a edição da Súmula nº 339 — trazia em seu bojo uma concepção rígida do princípio da Tripartição dos Poderes, engessando a atuação do Judiciário para que não invadisse as esferas de competência dos demais poderes, principalmente, a do Poder Legislativo.

---

material de fato. [...] Sem tocar nos fatos configurados no provimento impugnado, e expostos na petição de interposição, o STF julgará a causa, aplicando a CF/1988 à espécie" (ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 728-732).

<sup>41</sup> Nesse sentido, insta registrar o óbice da Súmula da Corte Constitucional nº 279: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

- 7.3. Com o neoconstitucionalismo restaram consagradas noções como a de Supremacia Constitucional (formal e material) e passou-se a admitir o caráter normativo dos princípios, que passam a ser dotados, portanto, de eficácia e imperatividade.
- 7.4. A nova postura ativa do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito não mais admite uma atuação cega deste Poder, apenas como boca da lei. A nova compreensão da tripartição dos poderes, esculpida na Carta de 1988, obriga o Judiciário a agir enquanto verdadeiro hermenêuta, interpretando e aplicando a lei (em sentido amplo) no caso concreto. Pelo princípio da juridicidade (constitucionalidade), o Judiciário deve aplicar o direito como um todo, fazendo sempre prevalecer a Constituição;
- 7.5. O princípio da Isonomia, direito fundamental individual, encabeça o art. 5º da Constituição, possuindo, nos termos do §1º do mesmo dispositivo, aplicabilidade imediata.
- 7.6. Em sendo princípio, dotado, portanto, de normatividade, a isonomia deve ser aplicada pelo Judiciário nos casos concretos que batam à sua porta, não podendo este Poder esquivar-se de sua obrigação constitucional alegando invasão na esfera de competência do Legislativo;
- 7.7. A redação original do art. 39, §1º da Constituição de 1988 previa a isonomia vencimental como direito do servidor público; a nova redação do dispositivo (de constitucionalidade duvidosa) não alterou o sentido de sua interpretação.
- 7.8. Não há justificativa que explique a vigência e, muito menos, sua aplicação da Súmula nº 339 do STF como fundamento para afastar a atuação do Poder Judiciário.
- 7.9. Por decorrência do cancelamento da Súmula, a atuação do STF nas matérias que envolvam a aplicação do princípio da isonomia será essencial nos casos de controle de constitucionalidade concentrado e de recurso extraordinário; neste último, o STF deverá garantir a correspondência entre a situação de fato comprovada nos autos e o tratamento legal oferecido aos servidores envolvidos.

Espera-se, assim, que a Súmula nº 339 logo tenha abreviada sua existência e descanse em paz e para sempre sob o epitáfio: "A Constituição material acabou comigo".

### The End of Brazilian Supreme Court's 339<sup>th</sup> Abridgement: the Proper Application to the Principle of Equality

**Abstract:** The present article analyses the application of the 339<sup>th</sup> abridgement, edited by Brazilian Supreme Court in 1963, considering the constitutional interpretation and the active posture credited to the Judiciary as a consequence of the new comprehension of the tripartition of the powers. It will be noticed that, in Brazilian's current constitutional conjecture, the negative of equality's application in concrete cases, by the argument of Judiciary's invasion in the competence sphere of the Legislative, doesn't exist anymore. On the contrary of 339<sup>th</sup> abridgement's indication, in reference, the Judiciary not only can, but must correct unconstitutional distortions that may occur in fact, even if that action might have as consequence the public agent's salary increase.

**Key words:** Brazilian Supreme Court's 339<sup>th</sup> abridgement. Principle of equality. Public agents.

### Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Porto: Universidade Portucalense, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. v. 2.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- DALLARI, Adilson Abreu. Regime constitucional dos servidores públicos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DUARTE, José. A Constituição brasileira de 1946. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002.
- LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, Teoria geral do processo.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle judicial. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Marco Aurélio de. A dignidade do servidor público. Gazeta do Povo, Curitiba, 09 jul. 2011. Opinião.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MOREIRA, João Batista Gomes. A nova concepção do princípio da legalidade no controle da Administração Pública. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). Direito público moderno. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PONTES DE MIRANDA, Francesco. Comentários à Constituição de 1946. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. III.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REALE, Miguel. Direito natural/direito positivo. São Paulo: Saraiva, 1984.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.



SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. O fim da Súmula nº 339 do STF: pela devida aplicação do princípio da isonomia. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 173-194, jul./set. 2011.

Recebido em: 25.05.11

Aprovado em: 16.09.11