

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ESCOLA DA MAGISTRATURA FEDERAL
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PREVIDENCIÁRIO

VÍVIAN FEDRIZZI MACHADO

**A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL AOS
SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS E SUA REGULAMENTAÇÃO
POR MANDADO DE INJUNÇÃO**

Porto Alegre

2009

VÍVIAN FEDRIZZI MACHADO

**A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL AOS
SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS E SUA REGULAMENTAÇÃO
POR MANDADO DE INJUNÇÃO**

Trabalho de Conclusão entregue à Escola da Magistratura Federal como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade de Caxias do Sul.

Orientador: Mestre Daniel Machado da Rocha

Porto Alegre

2009

Autor: Vívian Fedrizzi Machado

**TÍTULO: A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL AOS SERVIDORES
PÚBLICOS FEDERAIS E SUA REGULAMENTAÇÃO POR MANDADO DE
INJUNÇÃO**

Trabalho de Conclusão entregue à Escola da
Magistratura Federal como requisito à
obtenção do título de Especialista em Direito
Previdenciário pela Universidade de Caxias
do Sul aprovado com o conceito [].

Porto Alegre, 3 de fevereiro de 2009.

Professor Orientador Mestre Daniel Machado da Rocha

Coordenador de Pós-Graduação

RESUMO

A Constituição de 1988 consolidou direitos aos trabalhadores em geral, estendendo-os aos servidores públicos. O direito à aposentadoria especial dos servidores foi previsto, mas não produziu efeitos imediatos por depender de regulamentação por lei complementar. Diferentemente, para os demais trabalhadores, a Carta Constitucional autorizou a utilização das regras aplicadas pela legislação vigente até nova manifestação do legislador competente. Ocorre que, há cerca de vinte anos, os servidores públicos conviviam com reiteradas decisões, classificando a aposentadoria especial como um direito de eficácia limitada, em total afronta a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais apregoada no art. 5º da Constituição. Com a publicação do Mandado de Injunção n. 721-7/DF pelo Supremo Tribunal Federal outro tratamento foi conferido aos direitos fundamentais sociais. O Judiciário, alterando a eficácia do próprio remédio constitucional, por meio da adoção da teoria concretista, autorizou a adoção subsidiária das regras utilizadas no Regime Geral de Previdência Social também para os servidores públicos, fazendo predominar sua função normativa como forma de integrar a parcela do Estado responsável por tornar efetiva a fruição dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: aposentadoria especial – direitos fundamentais sociais - Mandado de Injunção – serviço público – eficácia limitada – contagem recíproca – servidores estatutários – princípio da separação de poderes – função normativa atípica do Poder Judiciário – Regime Geral de Previdência Social – Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos civis da União.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS	8
2.1 A Definição de Servidor Público nas Constituições Brasileiras	8
2.2 A Aposentadoria dos Servidores Públicos nas Constituições	10
2.3 A Aposentadoria Especial dos Servidores Públicos e a Jurisprudência Anterior ao Mandado de Injunção n. 721/DF, de 30 de Novembro de 2007	18
2.3.1 O Instituto da Contagem Recíproca	28
3 O MANDADO DE INJUNÇÃO N. 721-7/DF	35
3.1 A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais	36
3.2 Eficácia Processual do Mandado de Injunção	44
3.2.1 Teoria Não Concretista	46
3.2.2 Teoria Concretista Geral	47
3.2.3 Teoria Concretista Individual.....	48
4 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 inaugurou uma nova “era” no campo dos direitos sociais, dentre os quais contemplou o direito de aposentadoria especial para os trabalhadores sujeitos a condições laborais insalubres, penosas ou perigosas.

Essas garantias também foram estendidas aos servidores públicos pela Carta Republicana, cujo texto, todavia, condicionou o seu exercício à edição de lei complementar pelo Congresso Nacional. E, em face dessa dependência regulamentar, tais garantias passaram a configurar direitos constitucionais de eficácia limitada.

Transcorrido mais de vinte anos da previsão inicial desses direitos, ressalvadas pequenas alterações introduzidas nas reformas previdenciárias, constata-se que o legislador competente permanece inerte diante da exigência constitucional, na mesma medida em que os direitos de greve e aposentadoria especial de servidores são negados ou regulados casuisticamente pelo Poder Judiciário.

O único remédio outorgado pela Constituição de 1988 para “imprimir movimento” ao legislador foi o Mandado de Injunção, cujos efeitos e alcance sequer foram explicitados no Texto Magno ou regulados em legislação inferior. Por essa razão, doutrina e jurisprudência respectivas, conferiram-lhe uma eficácia tão ínfima que praticamente inviabilizavam a utilização do *writ*. Atualmente, no entanto, o cenário jurídico está acenando para a releitura do Mandado de Injunção.

A eficácia mandamental da ação injuncional é hipótese discutida pela doutrina já há bastante tempo, mas até o ano de 2007, permaneceu restrita apenas ao campo teórico. A Constituição e a jurisprudência não reconheciam força normativa ao Mandado de Injunção, sob o argumento de que tamanha ingerência afrontaria o princípio da separação de poderes.

Todavia, essa visão foi fortemente expurgada das recentes decisões proferidas pela Suprema Corte Federal. Vislumbra-se, com isso, uma mudança de interpretação visivelmente positiva, por meio da qual, supletiva e temporariamente,

se supre omissão legislativa injustificada, permitindo-se a fruição de um direito até então regulado casuisticamente.

Tem-se a partir de agora, regulamentação para o direito de aposentadoria especial dos servidores públicos por meio da utilização análoga de regras do Regime Geral de Previdência Social. E tal efeito só foi infligido ao Mandado de Injunção como decorrência de um amadurecimento dos nossos julgadores no exame da questão. E os fatos e circunstâncias que conduziram a esse amadurecimento merecem discussão aprofundada.

Trata-se, pois, de um feito histórico e socialmente relevante, já que regulamenta dois direitos sociais tão significativos, fadados ao arbítrio disforme das análises individuais, não fosse o atual posicionamento saneador e louvável da Corte Constitucional.

Dito isso, ainda que o exercício da função normativa atípica pelo STF tenha sido fortemente embasado em seus julgados, uma análise acurada do tema não pode ser dispensada pelos aplicadores do direito. Isso porque, o Mandado de Injunção com eficácia mandamental pode estar criando um poderoso instrumento de coação do Poder Legislativo, através da utilização legítima de atribuição conferida ao Judiciário pelo constituinte originário.

A mudança de rumo, felizmente, não se limitou à esfera processual da eficácia do Mandado de Injunção, aderiu também a uma releitura quanto à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, até então resignada à atuação legislativa. A partir do Mandado de Injunção n. 721-7/DF, de 30 de novembro de 2007, o Poder Judiciário, representado por sua maior instância, chamou para si a responsabilidade estatal de assegurar a fruição dos direitos constitucionais, assumindo a função que, aparentemente, competia apenas ao Legislativo.

Para demonstrar o quão significativa foi essa mudança, e que em muito ainda irá prosperar, a aposentadoria especial dos servidores públicos será examinada, neste trabalho, desde sua origem constitucional embrionária até o seu desenvolvimento nos dias atuais. Isso porque, atualmente, não há como se falar em aposentadoria especial dos servidores públicos sem contemporizar, a evolução do Regime Geral de Previdência Social juntamente com as previsões do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Civis da União.

Além disso, no Capítulo Segundo, será avaliada a progressão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do

Tribunal de Contas da União no trato judicial e administrativo da concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos. Nesse exame, pôs-se em pauta o reconhecimento do direito à contagem majorada do tempo de serviço prestado em condições insalubres, penosas e perigosas por servidores públicos ex-celetistas alçados à condição de estatutários após a edição da Lei n. 8.112/90.

Ato contínuo, ventilou-se a hipótese daqueles que, ingressando posteriormente a esse diploma, postulassem a averbação, por meio da contagem recíproca, do trabalho prestado em condições especiais na iniciativa privada.

Nessa senda, traz-se à discussão a existência de direito adquirido à contagem majorada do serviço prestado em condições prejudiciais à saúde e à integridade física. E, por fim, examina-se a possibilidade de ver reconhecida a contagem, junto ao Estatuto Federal, do tempo ficto trabalhado até 16 de dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional n. 20/1998.

No Capítulo Terceiro, apresentam-se as inovações efetuadas pelo Mandado de Injunção n. 721-7/DF, e discute-se a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais presentes na Carta Magna de 1988. Quanto à solução de conflitos entre princípios constitucionais, destaca-se a utilização do método de ponderação com vistas a identificar o princípio de maior valor a prevalecer no caso concreto, questão em que se faz sucumbir, diante dos direitos fundamentais, o princípio constitucional da separação de poderes.

Adentrando no campo processual, sucintamente, este trabalho revisa as teorias doutrinárias construídas em torno da eficácia do Mandado de Injunção - teorias concretistas geral e individual e a não concretista - e sugere solução às principais questões jurídicas que permeiam o exercício dos direitos sociais que até pouco tempo eram tidos como de eficácia limitada pela jurisprudência.

Explanada a problemática, importa registrar que no desenvolvimento deste trabalho utilizou-se os métodos dedutivo e indutivo na análise da bibliografia selecionada, recrutada em livros, periódicos, artigos, jornais e na internet, bem como no exame da jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal.

2 APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS

2.1 A Definição de Servidor Público nas Constituições Brasileiras

Para analisar se é devido ou não o direito à aposentadoria especial ao servidor público, ainda que por força do Mandado de Injunção, necessário delimitar quais são os destinatários dessa norma, ou seja, quem são os servidores públicos submetidos às disposições do art. 40 da Constituição de 1988.

Segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha¹, o servidor público, por vezes sob a denominação de funcionário público, está presente em todos os textos constitucionais brasileiros desde a Constituição do Império, de 1891, sendo que a importância atribuída à matéria desde então, bem como regime jurídico instituído pela via constitucional sofreu muitas mudanças.

Na Carta de 1937, o regime estatutário foi previsto pela primeira vez, para os então denominados funcionários públicos, o que deu origem, ao Decreto-Lei n. 1.713, de 28 de outubro de 1939, o primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União².

O tratamento dado ao tema na Constituição da República de 1988 foi diferenciado, além de ter sido enquadrado dentro de um capítulo específico sobre a Administração Pública (Capítulo VIII), foi desenvolvido extensivamente nos artigos 37 a 41. Demais, o texto constitucional manteve duas modalidades de vínculo com o Estado, os servidores públicos, que são aqueles que titularizam cargos e funções públicas na Administração Pública direta, autárquica e fundacional e os empregados públicos, que mantêm vínculo com as empresas estatais ou de economia mista. Os primeiros se submetem ao regime estatutário – denominado regime jurídico único

¹ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.88-94.

² Apesar da previsão constitucional e legal do regime estatutário, “desde então proliferaram as contratações sobre o regime trabalhista para empregados do setor público, o que somente vinha a tender a uma mudança com o ditame do texto constitucional originário da Lei Fundamental da República de 1988 (art. 39)”, conforme ROCHA, Cármem Lúcia Antunes, *op. cit.*, p. 91.

(*caput* do art. 39) – e os empregados submetem-se às normas celetistas, acrescidas da obrigação de prestar concurso público (art. 173, § 1º, II).

A atual Constituição também ampliou os direitos dos servidores públicos civis (art. 39, §3º), estendendo a eles, quatorze dos direitos elencados no art. 7º da Constituição, até então direitos tipicamente celetistas e que adquiriram foro constitucional. A destacar também, que pela primeira vez foi previsto o direito à sindicalização e ao exercício do direito de greve – a ser regulamentado por lei específica.³

A Emenda Constitucional n. 18, de 5 de fevereiro de 1998, separou em Seções diversas normas relativas aos servidores civis dos militares, dando-lhes tratamento diverso. Já a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, apresentada pelo governo como verdadeira “reforma administrativa”, introduziu a matriz gerencial na Administração Pública. Entre as muitas alterações inauguradas, houve a extinção da obrigatoriedade de um regime jurídico único para os servidores públicos da Administração direta, autárquica e fundacional.

A alteração originada da dita “reforma administrativa” caiu por terra após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n. 2135 pelo Supremo Tribunal Federal, na qual partidos políticos questionavam a alteração do *caput* do artigo 39 da Constituição de 1988. A Corte Suprema concedeu a liminar requerida pelos partidos, com base no vício formal da Emenda Constitucional, voltando a vigorar a redação original, que determinava o modelo de regime jurídico único.

Assim, pode-se afirmar que os destinatários da aposentadoria estatutária⁴ são os titulares de cargos efetivos⁵ e alguns agentes políticos como magistrados⁶, membros do Ministério Público e ministros dos Tribunais de Contas⁷.

³ Importa registrar que esses direitos já vinham sendo exercidos na prática, antes mesmo da previsão constitucional. Todavia, isso não significa que tal questão já fosse pacificada legal e jurisprudencialmente.

⁴ Estão excepcionados os agentes políticos detentores de mandato eletivo que são segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social, assim como os empregados públicos e ocupantes de cargos em comissão. Também estão afastados os particulares em colaboração como o Poder Público (tabeliães e registradores), assim como os contratados em regime emergencial, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, c/c Lei n. 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

⁵ Os militares das forças armadas tem lei própria que lhes garantem uma inatividade remunerada, não se aplicando o art. 40 da CR/88. Aos militares estaduais, pode-se aplicar as regras do art. 40 desde que não haja regime próprio instituído no respectivo Estado.

⁶ CR/88: “Art. 93 [...] VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998)”

⁷ CR/88: “Art. 73 [...] § 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça,

2.2 A Aposentadoria dos Servidores Públicos nas Constituições

O sistema previdenciário próprio do servidor público apresenta os mesmos fundamentos do regime geral. Só que durante longo período de tempo, os benefícios previdenciários eram apresentados como um prêmio ao servidor público. Hoje, especialmente após a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, o sistema, tal como o geral, apresenta característica da onerosidade, de modo que os benefícios do regime próprio venham a corresponder no futuro às contribuições vertidas ao fundo previdenciário.

A origem do regime previdenciário próprio se reporta às Constituições Federais que, de longa data, atribuindo direito à aposentadoria e pensão aos servidores públicos e seus dependentes, impuseram ao estado a concessão desses benefícios.

Dito isso, não há como se falar em aposentadoria especial dos servidores públicos sem contemporizar, diante da evolução histórica do sistema constitucional, a evolução do regime previdenciário próprio dos servidores públicos. É o que se passa a fazer.

Na Constituição de 1924, a única disposição pertinente à seguridade social, segundo Sérgio Pinto Martins⁸, estava contida no artigo 179, em que se preconizava a constituição dos socorros públicos. O Ato Adicional de 1834, em seu artigo 10, estipulava a competência das Assembléias Legislativas para legislar sobre as casas de socorros públicos que foram instituídos pela Lei n. 16, de 12 de agosto de 1934.

Ainda como leciona essa doutrina, o Montepio Geral dos Servidores do Estado (Mongeral) apareceu em 22 de junho de 1835, sendo a primeira entidade privada a funcionar no país. Previa um sistema típico do mutualismo, por meio do qual várias pessoas se associavam para cobertura de certos riscos, mediante a repartição de encargos. Em que pese os destinatários fossem servidores do Estado, esse fundo não tinha natureza pública, pois os recursos tinham origem unicamente nas contribuições particulares e eram regidos pelos associados.

aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998)"

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2006, p. 6.

Todavia, foi a Constituição de 1891 a primeira a conter a expressão “aposentadoria”. Em seu artigo 75 determinava que a “aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.” Esse benefício, no entanto, não apresentava fonte de financiamento para a concessão do valor.

A Lei n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, tornou obrigatório o pagamento de indenização pelos empregadores aos empregados em decorrência dos acidentes do trabalho.

A Lei Eloy Chaves, Decreto n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, foi a primeira norma a instituir no Brasil a previdência social, com a criação de Caixas de Aposentadorias e Pensões para ferroviários, de nível nacional. Previa benefício de aposentadoria por invalidez, ordinária (equivalente à aposentadoria por tempo de serviço), pensão por morte e assistência médica.

A Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, estabeleceu por meio do § 29 do art. 54 que o Congresso Nacional estava autorizado a “legislar sobre licença, aposentadoria e reformas, não se podendo conceder, nem alterar, por leis especiais.” Nessa época, como refere Sérgio Pinto Martins⁹, a aposentadoria era entendida como sendo a própria Previdência Social.

A partir de 1930, o sistema previdenciário deixou de ser estruturado por empresa, passando a abranger categorias profissionais. Criaram-se as Caixas de Aposentadorias e Pensões para serviços públicos como telégrafos, água, portos e luz. No moldes italianos, surgiram os Institutos de Aposentadorias e Pensões associados a uma determinada categoria profissional, com fundo próprio. Esse fundo recebia contribuições dos empregados, empregadores e do governo, sendo administrado por representantes das três esferas.

A Constituição de 1934, em seu art. 170, previa a aposentadoria compulsória para os funcionários públicos que atingissem 68 (sessenta e oito) anos de idade. Assegurava também a aposentadoria por invalidez com salário integral, ao funcionário público que tivesse no mínimo 30 (trinta) anos de trabalho. O acidentado tinha direito a benefícios integrais e o texto constitucional já sinalizava para o

⁹ MARTINS, 2006, p. 8.

princípio de que os proventos de aposentadoria ou jubilação não poderiam exceder os vencimentos da atividade.¹⁰

Segundo Sérgio Pinto Martins¹¹ essa Constituição faz referência pela primeira vez à expressão “previdência” embora não a adjetivasse de social. Também, previa a forma tríplex de custeio entre o ente público, o empregado e o empregador com a obrigatoriedade de contribuição.¹²

A Constituição de 1937 contemplou a aposentadoria a bem do serviço público¹³ como forma de punição para servidores que cometessem faltas graves no desempenho de suas atividades. Tendo em vista que essa era uma época de exceção, essa aposentadoria revestia-se de um caráter extremamente político.

Todavia, foi no primeiro Estatuto dos Funcionários Cíveis da União, Decreto-Lei n. 1.713, de 1939, que se reconheceu o direito à aposentadoria voluntária por tempo de serviço¹⁴, embora a sua concessão, nesses moldes estivesse sujeita à discricionariedade da Administração. Era a aposentadoria “prêmio”, assim conferida ao servidor com muitos anos de trabalho. Esse Estatuto versava sobre regras de aposentadoria juntamente com as regras da atividade,

¹⁰ CR/1934: “Art. 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor: [...] 3º) salvo os casos previstos na Constituição, serão aposentados, compulsoriamente os funcionários que atingirem 68 anos de idade; 4º) a invalidez para o exercício do cargo ou posto determinará a aposentadoria ou reforma, que, nesse caso, se contar o funcionário mais de trinta anos de serviço público efetivo, nos termos da lei, será concedida com os vencimentos integrais; 5º) o prazo para a concessão da aposentadoria com vencimentos integrais, por invalidez, poderá ser excepcionalmente reduzido nos casos que a lei determinar; 6º) o funcionário que se invalidar em consequência de acidente ocorrido no serviço será aposentado com vencimentos integrais, qualquer que seja o seu tempo de serviço; serão também aposentados os atacados de doença contagiosa ou incurável, que os inabilite para o exercício do cargo; 7º) os proventos da aposentadoria ou jubilação não poderão exceder os vencimentos da atividade; [...]”

¹¹ MARTINS, 2006, p.9.

¹² CR/1934: “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; [...]”

¹³ CR/1937: “Art 177 - Dentro do prazo de sessenta dias, a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.”

¹⁴ DL n. 1.713/1939: “Art. 197. Fora dos casos previstos no artigo anterior, poderão ser aposentados, independentemente de inspeção de saúde; a) os funcionários cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Presidente da República, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime. b) ex-officio, ou a seu requerimento, os funcionários que contarem mais de trinta e cinco anos de efetivo exercício e forem julgados merecedores desse prêmio, pelos bons e leais serviços prestados à administração pública.”

assim como reproduziu a Lei n. 8.112, de 1990, atual Estatuto dos Servidores Públicos da União¹⁵.

A Constituição de 1946 iniciou a sistematização constitucional da matéria previdenciária, incluindo-a no mesmo artigo que versava sobre o Direito do Trabalho¹⁶. Foi na Carta de 1946 que surgiu, pela primeira vez, a expressão “previdência social”, desaparecendo o termo “seguro social” anteriormente em voga¹⁷. Instituiu, no corpo do Texto Magno um sistema de aposentadorias prevendo a concessão voluntária, por invalidez e compulsória, inovando com a previsão do direito subjetivo da paridade entre ativos e inativos¹⁸.

A Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960, padronizou e estendeu o sistema assistencial, ampliou benefícios e criou os auxílios à maternidade, à morte e à reclusão, dando com isso, unidade ao sistema da previdência social.

Foi a LOPS que permitiu o reconhecimento dos tempos especiais e com isso, possibilitou a concessão da aposentadoria especial. Da análise do art. 31¹⁹ dessa norma, depreende-se, já naquela época, a necessidade do segurado cumprir alguns requisitos, tais como, idade mínima de 50 (cinquenta) anos; carência de pelo menos 15 (quinze) anos de contribuição e que, as atividades as quais estivesse submetido fossem consideradas penosas, insalubres ou perigosas, por ato do Poder Executivo.

¹⁵ No entanto, as regras de aposentadoria contempladas na Lei n. 8.112/90 devem ser confrontadas com as regras Constitucionais, estando revogadas no que contrariarem as disposições do art. 40, com as alterações das Emendas n. 20/1998, n. 41/2003 e 47/2005.

¹⁶ CR/1946: “Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:[...]”

¹⁷ CR/1946: “Art 5º - Compete à União: [...] XV - legislar sobre: [...] b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;[...]”

¹⁸ CR/1946: “Art 191 - O funcionário será aposentado: I - por invalidez; II - compulsoriamente, aos 70 anos de idade. § 1º - Será aposentado, se o requerer, o funcionário que contar 35 anos de serviço. § 2º - Os vencimentos da aposentadoria serão integrais, se o funcionário contar 30 anos de serviço; e proporcionais, se contar tempo menor. § 3º - Serão integrais os vencimentos da aposentadoria, quando o funcionário, se invalidar por acidente ocorrido no serviço, por moléstia profissional ou por doença grave contagiosa ou incurável especificada em lei. § 4º - Atendendo à natureza especial do serviço, poderá a lei reduzir os limites referidos em o n. II e no § 2º deste artigo.[...] Art 193 - Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.”

¹⁹ LOPS: “Art 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para êsse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.[...]”

A Lei n. 3.841, de 15 de dezembro de 1960, dispôs sobre a contagem recíproca, para efeito de aposentadoria, do tempo de serviço prestado à União, às autarquias e às sociedades de economia mista²⁰.

A Emenda Constitucional n. 11, de 31 de março de 1965, acrescentou um parágrafo ao art. 157, determinando que "nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total", definindo assim, pela primeira vez, o princípio da precedência da fonte de custeio.

O Decreto-Lei n. 72, de 21 de novembro de 1966, unificou os institutos de aposentadorias e pensões, centralizando a organização previdenciária no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), implantado em 2 de janeiro de 1967.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, não inovaram em matéria previdenciária em relação à Constituição de 1946, repetindo as disposições anteriores. Entre esses diplomas, importa referir, a edição do Decreto-Lei n. 367, de 19 de dezembro de 1968, que tratou da contagem de tempo de serviço dos funcionários civis da União e das autarquias e da repartição do ônus financeiro da aposentadoria entre o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) e o Tesouro Nacional.

Retornando à aposentadoria especial, a Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973, modificou o teor do artigo 31 da LOPS – Lei n. 3.807/60 -, dispensando a antiga exigência da idade mínima²¹. No entanto, na medida em que decaiu uma exigência, se instituiu outra, 5 (cinco) anos, no mínimo, de contribuição em atividade penosa, insalubre ou perigosa, devidamente reconhecidas por decreto do Poder Executivo.

A Emenda Constitucional n. 18, de 30 de junho de 1981, acrescentou o inciso XX ao art. 158, prevendo aposentadoria, após 25 (vinte e cinco) ou 30 (trinta) anos de efetivo exercício em funções de magistério, respectivamente, para professoras e professores, com salário integral.

²⁰ Atualmente, esta matéria está regulada pela Lei n. 6.226, de 14 de julho de 1975, regulamentada pelo Decreto n. 76.326, de 23 de setembro de 1975.

²¹ Lei n. 5.890/1973: "Art 9º - A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 5 (cinco) anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo.[...]"

A Lei n. 6.439, de 1º de julho de 1977, instituiu o Sistema Nacional de Previdência, com o objetivo de reorganizar a previdência e a assistência social, por meio da integração de atividades das instituições vinculadas ao respectivo Ministério do Poder Executivo²². O SNPAS extinguiu o IPASE e ficou responsável pelo pagamento das pensões estatutárias²³. As aposentadorias, contudo, permaneceram a cargo do Tesouro Nacional.

A Constituição de 1988 representou um divisor de águas, pois estabeleceu todo um capítulo sobre o gênero “Seguridade Social”, essa subdividida nos pilares da Previdência, Assistência e Saúde. Além disso, foi responsável pela unificação da previdência urbana e rural, mas na esfera previdenciária manteve a divisão entre o regime de previdência dos servidores públicos e demais trabalhadores da iniciativa privada.

A Constituição de 1988 conferiu estabilidade e absorveu como servidores estatutários²⁴ todos os empregados que na data da promulgação da Carta Republicana estivessem vinculados há mais de 5 (cinco) anos continuados à Administração Pública Direta, autarquias ou fundações públicas, em que pese não tivessem sido contratados por concurso público na forma do art. 37 da Constituição. Esses empregados, agora, servidores estatutários passaram a gozar do direito à aposentadoria com fundamento no art. 40 da Constituição, sem que, para tanto, fosse-lhes exigido um prazo mínimo de carência²⁵, a exceção de Magistrados e membros do Ministério Público, para os quais o art. 93 exigia 5 (cinco) anos no cargo²⁶.

²² Esse criado pela Lei n. 6.025, de 25 de junho de 1974.

²³ DL n. 6.439/1977: “Art. 1º - Fica instituído o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, sob a orientação, coordenação e controle do Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS, com a finalidade de integrar as seguintes funções atribuídas às entidades referidas nesta Lei: I - concessão e manutenção de benefícios, e prestação de serviços; II - custeio de atividades e programas; III - gestão administrativa, financeira e patrimonial. Art. 2º - São mantidos, com o respectivo custeio, na forma da legislação própria, os regimes de benefícios e serviços dos trabalhadores urbanos e rurais, e dos funcionários públicos civis da União, atualmente a cargo do Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - FUNRURAL e do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado - IPASE. [...] Art. 27 - Concluída a implantação definitiva do SINPAS, nos termos do art. 33, ficarão extintos o IPASE e o FUNRURAL, transferindo-se de pleno direito seus bens, direitos e obrigações para as entidades a que, na forma desta Lei, são atribuídas suas atuais competências.”

²⁴ Vide art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988.

²⁵ Para interromper a avalanche de aposentadorias, a jurisprudência passou a entender inviável a concessão de aposentadoria voluntária ao servidor em estágio probatório.

²⁶ CR/1988: “Art. 93 [...] VI - a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura; (redação original)”

A Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, atual Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, autarquias e fundações públicas, também contemplou a adequação estabelecida pela Constituição, como se depreende da dicção do art. 243, abaixo reproduzido:

Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.
[...]

Traçando um paralelo com o Regime Geral de Previdência Social, o art. 231 da Lei n. 8.112/90 estabelecia que o Plano de Seguridade Social do servidor seria custeado com o produto da arrecadação de contribuições sociais obrigatórias dos servidores dos três Poderes da União, das autarquias e das fundações públicas. Essa contribuição seria diferenciada de acordo com a remuneração mensal do servidor e seria fixada por lei.

Em seu artigo 247, o Estatuto Federal inovava ao prescrever a possibilidade de ajuste de contas com a Previdência Social, no tocante ao período de contribuição dos "servidores celetistas" abrangidos pelo art. 243, sinalizando, assim, desde sua redação original, no sentido da contributividade também para o Regime Próprio de Previdência dos servidores federais.

Na esteira desses dispositivos, foi editada a Lei n. 8.162, de 8 de janeiro de 1991, criando contribuições sociais obrigatórias de 9% (nove por cento) a 12% (doze por cento) para o fim de atender à prescrição do art. 231 da Lei n. 8.112/90. Essa lei, não previa a contribuição patronal e tampouco vinculava o valor do recolhimento ao valor do benefício. E, embora representasse a tendência legislativa da época, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal²⁷.

²⁷ "CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - MAJORAÇÃO PERCENTUAL - CAUSA SUFICIENTE - DESAPARECIMENTO - CONSEQUENCIA - SERVIDORES PUBLICOS FEDERAIS. O disposto no artigo 195, PAR. 5º da Constituição Federal, segundo o qual "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio", homenageia o equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços. O desaparecimento da causa da majoração do percentual implica o conflito da lei que a impôs com o texto constitucional. Isto ocorre em relação aos servidores públicos federais, considerado o quadro revelador de que o veto do Presidente da Republica relativo ao preceito da Lei n. 8.112/90, prevendo o custeio integral da aposentadoria pelo

Enquanto isso, no Regime Geral de Previdência Social, a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991²⁸, manteve a previsão da aposentadoria especial aos trabalhadores que desempenhassem atividades em condições adversas²⁹. Um paralelo desse direito foi contemplado no artigo 186 da Lei n. 8.112/90 cujo teor preceituava o seguinte:

Art. 186 O servidor será aposentado:

[...]

III - voluntariamente:

a) aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e aos 30 (trinta) se mulher, com proventos integrais;

[...]

c) aos 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e aos 25 (vinte e cinco) se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

[...]

§ 2º Nos casos de exercício de atividades consideradas insalubres ou perigosas, bem como nas hipóteses previstas no art. 71, a aposentadoria de que trata o inciso III, 'a' e 'c', observará o disposto em lei específica.

Como visto, sempre houve diferença entre os regimes previdenciários dos ocupantes de cargos públicos e os demais trabalhadores³⁰. Parte dessas diferenças começou a mudar, efetivamente, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Apesar de não atribuir expressamente a característica contributiva ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos, essa Emenda acrescentou o § 6º no corpo do artigo 40, estabelecendo que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais seriam "custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei."

A partir de então, abriu-se caminho para edição da Lei n. 8.688, de 21 de julho de 1993, que estabeleceu o custeio das aposentadorias e pensões sob responsabilidade da União e de seus servidores.

Tesouro Nacional, foi derrubado pelo Congresso, ocorrendo, no interregno, a edição de lei - a de n. 8.162/91 - impondo percentuais majorados. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - SERVIDORES PUBLICOS. A norma do artigo 231, PAR.1. da Lei n. 8.112/90 não conflita com a Constituição Federal no que dispõe que "a contribuição do servidor, diferenciada em função da remuneração mensal, bem como dos órgãos e entidades, será fixada em lei". (ADI n. 790/DF, Relator Min. MARCO AURÉLIO, julgada em 26 de fevereiro de 1993)

²⁸ Regulamentada pelos artigos 64 a 70 do Decreto n. 3.048/1999.

²⁹ No ano de 1995, a Lei n. 9.032 exerceu forte tendência para a existência da legislação atual, na sua forma e conteúdo. Dispôs aquela norma alterando os art. 57 da Lei n. 8.213/91, não mais permitindo a aposentação nos moldes especiais por categoria e sim, por atividade.

³⁰ Para os primeiros a aposentadoria era concedida pelo órgão de vinculação, enquanto o saque do benefício, não-contributivo, era feito diretamente do Tesouro Nacional.

A Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, consolidou de uma vez por todas o caráter contributivo do regime próprio, inserindo tal particularidade no *caput* do art. 40³¹. Após esse marco, abandonou-se a idéia de tempo de serviço e passou-se a utilizar a expressão “tempo de contribuição³²” também para aposentadoria dos servidores públicos, eliminando-se, no mesmo ato, a possibilidade de tempo de contribuição fictício.

Foi a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, que conferiu redação ao § 4º do art. 40, vedando a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo Regime Próprio de Previdência, ressalvando os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, de acordo com lei complementar.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 47, de 2005, ressalvou a possibilidade de aposentadoria especial aos servidores portadores de deficiência, que exerçam atividades de risco, ou cujas atividades sejam realizadas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Todavia, manteve a necessidade de lei complementar para regulamentar a concessão desse benefício aos servidores públicos.

2.3 A Aposentadoria Especial dos Servidores Públicos e a Jurisprudência Anterior ao Mandado de Injunção n. 721/DF, de 30 de Novembro de 2007

Para viabilizar a discussão mais aprofundada sobre a possibilidade de concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos, necessário entender como a matéria foi tratada até meados de 2007. Nesse desiderato, importa destacar os dispositivos constitucionais e legais atualmente vigentes, a doutrina aplicada à matéria, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior

³¹ CR/1988: “Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”

³² Somada a instituição de uma idade mínima para inativação, 55 anos para mulheres e 60 anos para homens.

Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União que versam sobre a problemática posta.

O ponto de partida não poderia ser outro senão os preceitos correlatos da Constituição Federal de 1988, constantes dos artigos 40, §§ 4º e 12, e 201, § 1º, com a redação dada pelas Emendas Constitucionais n. 20/1998, n. 41/2003 e n. 47/2005, cuja redação transcreve-se abaixo:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2004)

[...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, **nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores**: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 47/2005).³³ (grifei)

I- portadores de deficiência; (Acrescentado pela Emenda Constitucional n. 47/2005)

II- que exerçam atividades de risco; (acrescentado pela Emenda Constitucional n. 47/2005)

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (acrescentado pela Emenda Constitucional n. 47/2005)

[...]

§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (incluído pela Emenda Constitucional n. 20 de 15/12/98)

[...]

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998).

[...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, **nos termos definidos em lei complementar**. (redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005). (grifei)

³³ A redação anterior do § 4º, art. 40, dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, estabelecia: “§4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.”

A legislação complementar mencionada nos dispositivos grifados não foi promulgada até a presente data. Não obstante, a Constituição Federal ressalva no art. 40, § 4º, e no art. 201, § 1º, a situação de servidores e segurados cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Quanto à situação dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência, o art. 15 da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, estabelece que: “Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda.”

Por sua vez, a Lei n. 8.213/ 1991³⁴, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, dispõe:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei 9.528/1997)

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Medida Provisória 1.523/1996 e convalidada pela Lei 9.528/1997)

Destarte, enquanto a previsão de aposentadoria especial para os servidores públicos encontra-se no § 4º do art. 40 da Constituição, aparentemente como norma de eficácia limitada³⁵ –, a aposentadoria especial dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social está prevista no § 1º do art. 201 da Carta Magna que, apesar de possuir a mesma exigência de regulamentação por

³⁴ O art. 28 da Lei n. 9.711, 20/11/1998, que altera dispositivos das Leis n. 7.986, de 28 de dezembro de 1989, 8.036, de 11 maio de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e 9.639, de 25 de maio de 1998, estabelece, verbis: “Art. 28. O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.” Essa legislação acima ressaltou as situações constituídas até 28/5/1998 para fins de conversão de tempo de trabalho sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.

³⁵ Segundo entendimento do STF que será apresentado na sequência.

lei complementar, está associada ao art. 15 da EC n. 20/1998, mantendo-se, portanto, limitada às disposições da Lei n. 8.213/91.

Por longa data, predominou a idéia de que estávamos tratando de dispositivos, aos quais o legislador constitucional conferiu tratamento divergente. Nessa senda, enquanto a aposentadoria especial dos servidores públicos seria norma de eficácia limitada, já que pendente de regulamentação, em relação aos celetistas, a combinação do § 1º do art. 201 da CR/88 com o art. 15 da Emenda Constitucional n. 20/1998 conferiria efetividade imediata à norma que regula os demais trabalhadores.

A respeito da aposentadoria em atividades sob condições especiais, o Professor José Afonso da Silva³⁶ comenta:

Em princípio é vedada a adoção de requisitos e critérios diferentes dos acima indicados para a concessão de aposentadoria, mas lei complementar poderá definir atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, em relação às quais poderá estabelecer requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria. Lembra-se que o § 1º do art. 40, na redação originária, era específico, permitindo a redução de tempo de serviço de aposentadoria no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. O texto da EC-20/1998 é mais aberto, mas é razoável pensar que a lei complementar vai incluir as atividades penosas, que são as mais suscetíveis de prejudicar a saúde e a integridade física. Por isso, manteremos aqui a consideração que expendemos a respeito desses termos. 'Penosas' são atividades que exigem desmedido esforço para seu exercício, e submetem o exercente a pressões físicas e morais intensas, e por tudo isso, geram nele profundo desgaste - quem sabe os mergulhadores sob pressão enorme da águas, que requer se alivie de tempo em tempo regressando à superfície; o metalúrgico submetido a altas temperaturas. 'Insalubres' são atividades que submetem seu exercente a permanente risco de contrair moléstias profissionais. São 'perigosas', quando o servidor, pelas suas atribuições, fica sujeito, no seu exercício, a permanente situação de risco de vida, como certas atividades policiais. A lei complementar o dirá.

A seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷, assevera que "Excetuadas atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade, definidas em lei complementar, não serão admitidos requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria [...]".

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 692-693.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 269.

José dos Santos Carvalho Filho³⁸, quanto às atividades especiais, explicita que:

[...] Não houve, portanto, mudança substancial, já que permanece a exigência de lei complementar para definir quais as atividades a serem enquadradas no dispositivo constitucional. A norma não é auto aplicável [...], qualifica-se como de eficácia limitada, [...], pois terá sua eficácia condicionada à dicção do diploma legal previsto na Constituição. Assim, inexistindo a lei complementar, não há como considerar a atividade suscetível de admiti, desde logo, a aposentadoria especial, até porque é a lei complementar que definirá os requisitos e critérios diferenciados a serem adotados nesta ou naquela atividade.

Observa Paulo de Mattos Ferreira Diniz³⁹, ao comentar a Lei n. 8.112/90, que “enquanto não for promulgada lei complementar, o servidor que exerce atividade considerada penosa, insalubre ou perigosa será aposentado por invalidez, compulsoriamente aos 70 (setenta) anos e voluntariamente, tudo de acordo com o que estabelece o art. 186 desta Lei”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inicialmente reconheceu o direito dos servidores públicos celetistas ao cômputo do tempo de serviço prestado em condição penosa, insalubre e perigosa para todos os fins, conforme a ementa do Recurso Extraordinário n. 258.327-8-PB, de 9 de dezembro de 2003, Ministra-Relatora Ellen Gracie: “O direito à contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres pelo servidor público celetista, à época em que a legislação permitia tal benesse, incorporou-se ao seu patrimônio jurídico. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e improvido.”

Há outros julgados do STF no mesmo sentido, a exemplo do Recurso Extraordinário n. 426.392 AgR/DF⁴⁰, Ministro-Relator Gilmar Mendes, e Recurso Extraordinário n. 431.200 AgR/PB⁴¹, Ministro-Relator Eros Grau.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 537-538.

³⁹ DINIZ, Paulo de Mattos Ferreira. *Lei n. 8.112/90 Comentada*. 6 ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2001, p. 544.

⁴⁰ “EMENTA - Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Servidor público ex-celetista. Contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres, no período anterior à Lei n. 8.112/90. Art. 40, § 4º da Constituição Federal. Direito Reconhecido. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE-AgR 426392/DF, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Julgamento em 29/11/2003, DJ 29/11/2005)

⁴¹ “EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo e Previdenciário. Atividade insalubre. Contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria. Período anterior à superveniência do Regime Jurídico Único (fls. 37/38). 1. Atividade insalubre, perigosa ou penosa. Contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria. Possibilidade. O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade que seja ou venha a ser considerada

O Superior Tribunal de Justiça por meio do Recurso Especial n. 625.900-SP⁴², Ministro-Relator Gilson Dipp, manifestou-se quanto ao mérito, conforme excerto do Voto a seguir transcrito:

[...]

Neste contexto, cumpre lembrar que, o tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado. Desta forma, integra, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. A lei nova que venha estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente.

Nesse sentido, está firmada a jurisprudência desta Corte, traduzida em vários julgados.

[...]

Como visto, as Cortes Superiores seguiam no sentido de entender legítima a contagem especial do tempo de serviço para efeito de aposentadoria ao ex-servidor público celetista que tivesse exercido atividades insalubres, penosas e perigosas, no período anterior à vigência da Lei n. 8.112/90, de acordo com a certidão expedida pelo INSS.

Diferentemente, para o período posterior ao advento do Estatuto Federal, seria necessária a regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição para definir os critérios e requisitos da respectiva aposentadoria.

Dessa forma, reconheceu-se o direito ao cômputo do tempo de serviço prestado em condições insalubres, penosas e perigosas aos ex-servidores públicos celetistas, ora regidos pela Lei n. 8.112/90, pelo simples fato de a legislação trabalhista amparar a referida contagem especial.

Inicialmente, cabe salientar que, anteriormente à publicação do Mandado de Injunção n. 721, publicada em 30 de novembro de 2007, o Tribunal Constitucional assentou que o comando insculpido no § 4º do art. 40 (§ 1º na redação original) não autorizava de imediato a existência de aposentadoria especial aos servidores

perigosa, insalubre ou penosa é somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência fixados pelo MPAS, para efeito de qualquer espécie de aposentadoria. Legislação previdenciária vigente à época da prestação laboral: Consolidação das Leis da Previdência Social, artigo 35, § 2º. 2. Superveniência do Regime Jurídico Único: novo regime jurídico que, apesar de prever a edição de lei específica para regulamentar a concessão de aposentadoria para os agentes públicos que exercerem atividade em condições insalubres, perigosas ou penosas, não desconsiderou nem desqualificou o tempo de serviço prestado nos moldes da legislação anterior (Lei n. 8.112/90, artigo 103, V). Agravo regimental não provido." (RE-AgR n. 431200/PB, Relator Min. Eros Grau, julgamento 29/03/2005, DJ 29/04/2005)

⁴² Recurso Especial n. 625900 / SP, Relator Min. Gilson Dipp, julgamento 06/05/2004, DJ 07/06/2004.

públicos, ou seja, não gerava direito subjetivo à concessão do benefício. Tratar-se-ia, de norma de eficácia limitada, dependente de regulamentação, conforme explicita o seguinte precedente:

EMENTA: Servidor público do Distrito Federal: inexistência de direito à aposentadoria especial, no caso de atividades perigosas, insalubres ou penosas. O Supremo Tribunal, no julgamento do MI 444-QO, Sydney Sanches, RTJ 158/6, assentou que a norma inscrita no art. 40, § 1º (atual § 4º), da Constituição Federal, não conferiu originariamente a nenhum servidor público o direito à obtenção de aposentadoria especial pelo exercício de atividades perigosas, insalubres ou penosas; o mencionado preceito constitucional apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, instituir outras hipóteses de aposentadoria especial, no caso do exercício dessas atividades, faculdade ainda não exercitada. (RE-AgR 428511 / DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 14/02/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma)

No Mandado de Injunção n. 462/MG⁴³, sob a Relatoria do Ministro Moreira Alves, foi consignado que a previsão do § 1º do art. 40, em sua redação original, consistia em faculdade atribuída ao legislador. Essa interpretação foi mantida para as decisões concedidas após as alterações processadas pelas Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 47/2005, que transferiram para o § 4º do art. 40 a manutenção da exigência de lei complementar.

Por conseguinte, a alteração da localização e da redação do dispositivo não invalidou a exegese, até então, adotada pelo STF de que se tratava de norma de eficácia limitada. Concluiu-se que, até a edição da citada lei complementar, não poderiam ser adotados critérios de aposentadoria diferenciados, ou seja, não haveria cômputo especial de tempo de serviço para servidores públicos.

No caso dos ex-celetistas, convertidos em estatutários pelo advento da Lei n. 8.112/90, o STF, em diversos julgados, admitiu, a título de exceção, a contagem especial de tempo de serviço prestado sob condições insalubres, perigosas ou penosas. A giza de exemplo, citam-se algumas ementas:

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Servidor público ex-celetista. Professor universitário. Contagem especial do tempo de serviço

⁴³ “Mandado de Injunção. Artigo 40, § 1º, da Constituição Federal. - O § 1º do artigo 40 da Constituição Federal só faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, ‘a’ e ‘c’, ou seja, instituir novas hipóteses de aposentadoria especial, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional cujo exercício dependa de norma regulamentadora. Precedente do S.T.F. Mandado de Injunção não conhecido por impossibilidade jurídica do pedido.” (MI 462/MG, Relator Min. Moreira Alves, julgamento 06/09/1995, DJ 24/11/1995)

prestado sob condições insalubres, no período anterior à Lei no 8.112/90. Direito reconhecido. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR 456480 / PB, Relator: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 13/12/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma)

EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Servidor público ex-celetista. Contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres, no período anterior à Lei n. 8.112/90. Art. 40, § 4o, da Constituição Federal. Direito reconhecido. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR 426392 / DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 29/11/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma)

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES EM PERÍODO ANTERIOR À SUPERVENIÊNCIA DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DO ESTADO. CONTAGEM RECÍPROCA. POSSIBILIDADE. 1. A contagem recíproca é um direito assegurado pela Constituição do Brasil. O acerto de contas que deve haver entre os diversos sistemas de previdência social não interfere na existência desse direito, sobretudo para fins de aposentadoria. 2. Tendo exercido suas atividades em condições insalubres à época em que submetido aos regimes celetista e previdenciário, o servidor público possui direito adquirido à contagem desse tempo de serviço de forma diferenciada e para fins de aposentadoria. 3. Não seria razoável negar esse direito à recorrida pelo simples fato de ela ser servidora pública estadual e não federal. E isso mesmo porque condição de trabalho, insalubridade e periculosidade, é matéria afeta à competência da União (CB, artigo 22, I [direito do trabalho]). Recurso a que se nega provimento. (RE 255827 / SC, Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 25/10/2005, Órgão Julgador: Primeira Turma)

O Superior Tribunal de Justiça, em posicionamento defendido em diversos arestos, não discrepou do entendimento construído pela Corte Constitucional⁴⁴. Vejamos:

⁴⁴ Foram encontrados alguns precedentes do STJ em sentido contrário. Entretanto, considerando o período e o colegiado, pode-se observar facilmente que foram superados: "RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ATIVIDADES INSALUBRES. MUDANÇA DE REGIME. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. A concessão da aposentadoria regula-se pela lei vigente ao tempo em que o servidor reuniu os requisitos para tanto. Considerando a mudança de regime do servidor-recorrido, inviável a pretensão esposada no sentido da referida contagem de tempo de serviço em condições insalubres. Precedentes. Recurso provido." (RESP n. 297345/RS; Relator Ministro José Fonseca, Quinta Turma, julgamento 20/11/2001) "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. MUDANÇA DE REGIME. CONTAGEM DO TEMPO PRESTADO SOB CONDIÇÃO INSALUBRE. OMISSÃO CARACTERIZADA. INALTERAÇÃO DO JULGADO. Constata-se realmente a omissão do julgado quanto à questão da contagem do tempo de serviço prestado sob a égide trabalhista, para efeito de aposentadoria, sob condição insalubre. O acórdão recorrido bem dirimiu tal questão, concluindo que, transformado o emprego dos impetrantes em cargos públicos, não podem continuar a usufruir de eventuais vantagens a si atribuídas enquanto regidos pela CLT. Embargos recebidos para sanar a omissão, sem, no entanto, alteração no julgado." (EDCL no RMS n. 9529/PR; Relator Ministro José Fonseca, Quinta Turma, julgamento 23/11/1999)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO EX-CELETISTA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES INSALUBRES. PRECEDENTES. PRÉQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I - Consoante entendimento consolidado desta Corte, o servidor público que, quando celetista, teve incorporado ao seu patrimônio o direito à contagem de tempo de serviço com acréscimo legal pelo fato de exercer atividade insalubre, tem direito à Certidão de Tempo de Serviço da qual conste o tempo integral que perfez sob o pálio da lei da época. Precedentes.

II - É inviável o prequestionamento de matéria constitucional, em sede de recurso especial, em respeito à competência delineada pela Constituição, ao designar o Pretório Excelso como seu Guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no presente recurso exorbita os limites normativos do Especial, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal.

III - Agravo interno desprovido.

(AgRg no REsp 780657 / PB ; Relator Ministro GILSON DIPP, Órgão Julgador - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 06/12/2005)

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REGIME CELETISTA. CONVERSÃO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. ATIVIDADE INSALUBRE. PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. O servidor público, ex-celetista, que exerceu atividade perigosa, insalubre ou penosa, assim considerada em lei vigente à época, tem direito adquirido à contagem de tempo de serviço com o devido acréscimo legal. Precedentes.

2. O servidor, por conseguinte, faz jus à expedição de Certidão de Tempo de Serviço pela Autarquia Previdenciária, da qual conste o tempo integral, já computada a contagem ficta, e à averbação deste período no serviço público, para fins de aposentadoria estatutária.

3. A contagem de tempo de serviço especial, prestados sob condições penosas, insalubres ou perigosas, após o advento da Lei n. 8.112/90, impescinde da regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição Federal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 538762 / RS ; Relatora Ministra LAURITA VAZ, Órgão Julgador - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 06/05/2004)

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE INSALUBRE. CONTAGEM ESPECIAL PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. LEI N. 9.528/97. DESNECESSIDADE EM RELAÇÃO AO SERVIÇO PRESTADO NO REGIME ANTERIOR AO DA LEI N. 8.213/91. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI 9.711/98. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF.

1. O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro, estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificar-lhe a norma legal de regência com aquela que esteja a vigor somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria de que é instrumental.

2. O tempo de serviço é regido sempre pela lei da época em que foi prestado. Dessa forma, em respeito ao direito adquirido, se o trabalhador laborou em condições adversas e a lei da época permitia a contagem de forma mais vantajosa, o tempo de serviço assim deve ser contado.

3. Sob a égide do regime anterior ao da Lei n. 8.213/91, a cada dia trabalhado em atividades enquadradas como especiais (Decretos n.

53.831/64 e 83.080/79), realizava-se o suporte fático da norma que autorizava a contagem desse tempo de serviço de forma diferenciada, de modo que o tempo de serviço convertido restou imediatamente incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, tal como previsto na lei de regência.

4. A imposição legal da efetiva exposição aos agentes nocivos (Lei n. 9.528/97), mediante laudo pericial, só deve ser observada em relação ao tempo de serviço prestado sob a sua égide.

[...]

‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.’ (Súmula do STF, Enunciado n. 284).

7. Recurso não conhecido.

(REsp 411309 / RS; Relator Ministro Hamilton Carvalhido, julgamento 21/08/2003)

Essa inteligência teve fundamento na tese do direito adquirido ao cômputo do tempo de serviço na forma majorada, ou seja, em havendo exercício de atividade sob condições insalubres, perigosas ou penosas em período no qual a legislação possibilitava tal contagem, esse direito deveria ser incorporado ao patrimônio jurídico do servidor. Isso porque, com a transformação do celetista em estatutário não se desqualificou o serviço prestado sob a legislação trabalhista, embora houvesse previsão de lei específica para a concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos.

Em sentido oposto, quanto à atividade insalubre, perigosa ou penosa exercida após o advento da Lei n. 8.112/90, o STF externou posicionamento no sentido da impossibilidade da contagem especial do tempo de serviço:

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Provimento parcial. Servidor público federal. Regime celetista. Atividade insalubre. Contagem especial de tempo de serviço. Período posterior à Lei n. 8.112/90. Art. 40, § 4º, na redação anterior à Emenda Constitucional n. 20/1998. Inaplicabilidade. Agravo regimental parcialmente provido. Para concessão do direito à contagem de especial de tempo de serviço referente ao período posterior à Lei n. 8.112/90, é necessária a complementação legislativa de que trata o artigo 40, § 4º, da Constituição, na redação anterior à Emenda Constitucional n. 20/1998.” (RE-AgR 371749/RS, Relator: Min. Cezar Peluso, julgamento: 30/11/2004)

Há acórdãos nesse mesmo sentido com a explicitação da diferença em relação ao serviço prestado sob condições insalubres, perigosas ou penosas antes e depois da edição da Lei n. 8.112/1990:

EMENTA: 1. Servidor público federal: contagem especial de tempo de serviço prestado enquanto celetista, antes, portanto, de sua transformação em estatutário: direito adquirido, para todos os efeitos, desde que comprovado o efetivo exercício de atividade considerada insalubre, perigosa ou penosa. Com relação ao direito à contagem de tempo referente ao

período posterior à L. 8.112/90, firmou esta Corte entendimento no sentido de que, para concessão de tal benefício, é necessária a complementação legislativa de que trata o artigo 40, § 4º, da CF. Precedentes. 2. Agravo Regimental provido, em parte, para, alterando-se a parte dispositiva da decisão agravada, dar parcial provimento ao extraordinário e reconhecer ao agravado o direito à contagem especial do tempo de serviço prestado sob efetivas condições insalubres no período anterior à L. 8.112/90. (RE-AgR 367314 / SC, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 20/04/2004, Órgão Julgador: Primeira Turma)

Observa-se, dos precedentes cujas ementas foram transcritas, que o fundamento utilizado pelo STF e pelo STJ foi o direito adquirido ao cômputo de tempo de serviço prestado em condições especiais antes do advento da Lei n. 8.112/90. Para tanto, considerou-se que a legislação previdenciária em vigor no período da prestação do serviço assegurava o direito à averbação desse tempo com os acréscimos legais, sendo o direito incorporado ao patrimônio jurídico do servidor.

O seguinte trecho do voto condutor do Recurso Extraordinário n. 255.827/SC, da lavra do Ministro Eros Grau consigna esse entendimento: “A legislação previdenciária vigente à época em que realizada a prestação do serviço público assegurava expressamente ao servidor o direito à averbação do tempo de serviço prestado naquelas condições, com os acréscimos nela previstos. [...]”

Assim, tendo exercido suas atividades funcionais em condições insalubres à época em que submetido ao regime celetista e previdenciário, o servidor público implementou o direito à contagem de forma diferenciada para fins de aposentadoria, suficiente para autorizar a averbação.

Dessa forma, incorporou-se ao patrimônio jurídico dos servidores o direito que a legislação específica lhe assegurava como compensação pelo serviço exercido em condições insalubres, perigosas ou penosas. E tal vantagem, sob o manto do direito adquirido, não poderia ser suprimida mercê do advento de um novo regime jurídico que, apesar de prever a edição de lei específica para regulamentar a concessão, não desconsiderou ou desqualificou o tempo de serviço prestado ao tempo da legislação anterior (Lei n. 8.112/90, artigo 103, V).

2.3.1 O Instituto da Contagem Recíproca

Outra situação chegou a ser ventilada no âmbito jurisprudencial, mas não angariou a condição excepcionada pelas Cortes Superiores. Trata-se, pois, do cômputo de tempo ficto referente ao exercício de atividades insalubres, penosas ou

perigosas na iniciativa privada, sem a posterior transformação do empregado em servidor público.

Embora o empregado da iniciativa privada e o servidor ex-celetista estivessem, à época da prestação do serviço, em condições idênticas, ou seja, regidos pelo mesmo sistema trabalhista e previdenciário, somente ao segundo foi reconhecido o direito adquirido à contagem recíproca de tempo especial frente à Lei n. 8.112/90.

Assim, o empregado que ingressasse no serviço público após o advento da Lei n. 8.112/90 e pretendesse averbar tempo de serviço prestado em condições especiais para fins de aposentadoria, por meio da contagem recíproca, foi impossibilitado de fazê-lo.

Falar-se em “direito adquirido” da forma restritiva como o tema foi tratado, parece-me bastante estranho. Embora houvesse fundamento na implementação de um direito em função do regime de origem, ele só fora outorgado àqueles que ingressaram compulsoriamente no Estatuto Federal. Aos que, voluntariamente, após aprovação em concurso público, ficaram sob a égide da Lei n. 8.112/90, inviabilizou-se a contagem do serviço prestado em condições especiais.

Atualmente, considerando que há decisões do Supremo Tribunal Federal que afastam a alegação de direito adquirido frente à mudança de regime jurídico, essa situação mostra-se ainda mais injusta. Isso porque, não é a legislação nova que garante a aquisição do direito, mas sim a implementação de todos os pressupostos para a fruição da garantia, ainda na vigência da norma que a estabelece. O que demonstra que se havia direito adquirido dos ex-celetistas à contagem especial, decorrente das leis trabalhistas e do Regime Geral de Previdência, da mesma forma há direito a ser reconhecido para os demais trabalhadores da iniciativa privada que ingressarem no serviço público após a vigência da Lei n. 8.112/90.

Nessa leitura, para admissão do direito por meio da contagem recíproca, não importaria a data de ingresso no Regime Próprio de Previdência da União, mas sim a legitimação da contagem diferenciada pelo regime sob o qual houve a prestação do serviço especial.

Todavia, a contagem recíproca para egressos da iniciativa privada que se tornaram servidores públicos sob a vigência da Lei n. 8.112/90 foi reiteradamente negada, tendo por fundamento a dicção do art. 4º da Lei n. 6.226/75. Esse

dispositivo vedava a aplicação da média ponderada para servidores que tivessem exercido atividades que permitiriam aposentadoria especial com tempo reduzido, bem como averbação de tempo de serviço prestado em atividade insalubre, comprovado em certidão do INSS. Para análise, observemos a dicção do art. 4º:

Art. 4º Para efeitos desta Lei, o tempo de serviço ou de atividades, conforme o caso, será computado de acordo com a legislação pertinente, observadas as seguintes normas:

- I - Não será admitida a contagem de tempo de serviço em dobro ou em outras condições especiais;
- II - É vedada a acumulação de tempo de serviço público com o de atividades privadas, quando concomitante;
- III - Não será contado por um sistema, o tempo de serviço que já tenha servido de base para a concessão de aposentadoria pelo outro sistema;

Segundo a exegese emprestada do Tribunal de Contas da União⁴⁵, admitir-se que um empregado privado, ao prestar serviço sob condições insalubres aproveitasse esse tempo de forma majorada com o seu ingresso no serviço público após a edição da Lei n. 8.112/90, seria empregar tratamento desigual para com àquele que prestou o mesmo serviço insalubre, porém, como estatutário.

Assim, para não colocar em patamares diferentes os servidores estatutários que dispunham do direito subjetivo à aposentadoria especial, mas não contavam com a regulamentação legal para o seu exercício, negou-se direito aos celetistas que haviam trabalhado em condições insalubres ou penosas, já incorporadas ao patrimônio jurídico do servidor sob o manto da legislação de regência. Isso em flagrante afronta ao princípio da igualdade⁴⁶.

Para os intérpretes da lei, tal entendimento se coadunava com o teor do art. 201 da Constituição Federal que, mesmo em sua redação original, previa que a contagem recíproca dar-se-ia em razão do tempo de contribuição. Nessa linha, considerando que em relação ao tempo ficto não se processou o respectivo recolhimento, a recepção desse tempo no regime próprio não se tornou factível.

Vale acrescentar que em manifestação do STJ, os Ministros da Sexta Turma acolheram Embargos de Declaração para alterar o Acórdão do Recurso

⁴⁵ Ver Acórdão TCU n. 2008-2006 – Plenário.

⁴⁶ Rui Barbosa em sua obra inesquecível *Oração aos moços* afirma que “a regra da igualdade consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. (LIMA, Máriton Silva. *Direito de igualdade. Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1279, 1 jan. 2007. Disponível em: com 05 fev. 2009.)

Especial n. 640.322/RN⁴⁷. Nos embargos foi ressaltada a omissão na análise da questão da impossibilidade de cômputo de tempo de serviço prestado a entidade privada, a qual determinaria a incidência das regras de contagem recíproca. O Relator asseverou que a contagem majorada não era possível, em virtude de expressa vedação legal:

Discute-se, pois, o direito à conversão de tempo de serviço especial prestado na atividade privada, rural ou urbana, para fins de aposentadoria no serviço público. E, acerca de tanto, é certo que sempre houve expressa vedação legal da contagem recíproca de tempo de serviço convertido. E, com efeito, o que se recolhe dos Decretos n. 72.771, de 6 de setembro de 1973, 83.080, de 24 de janeiro de 1984 e da Lei n. 8.213/91, cujo preceito normativo em comum estabelece o seguinte: 'O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes: I - não será admitida contagem em dobro ou em outras condições especiais;' De todo o exposto, resulta que, para fins de contagem recíproca de tempo de serviço, isto é, aquela que soma o tempo de serviço de atividade privada, seja ela urbana ou rural, ao serviço público, não se admite a conversão do tempo de serviço especial em comum.

Na sequência, os embargos foram providos e o acórdão foi alterado no sentido de excluir do tempo a ser convertido aquele prestado à iniciativa privada. Do precedente do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que o aproveitamento desse tempo para fins de aposentadoria estatutária foi regido pela disciplina da contagem recíproca. E nesse caso, prevaleceu a concepção de que haveria expressa vedação legal para o cômputo de tempos fictos⁴⁸.

⁴⁷ "RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. REGIME CELETISTA. CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA NO SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTES. "1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o servidor público celetista faz jus à contagem do tempo de serviço celetista prestado em condições perigosas, penosas e insalubres na forma da legislação vigente à época da prestação de serviço, ou seja, com o acréscimo previsto na legislação previdenciária de regência. 2. Precedentes das 5ª e 6ª Turmas." (RESP n. 441.383/PB, da minha Relatoria, in DJ 19/12/2002). 3. Recurso improvido." (RESP n. 640.322/RN, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, julgamento 25/10/2004)

⁴⁸ Importante observar que, no caso de aposentadoria de juízes classistas, não pode ser aproveitado o cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado sob condições insalubres, perigosas ou penosas, consoante pode ser extraído da ementa do MS 25.064/DF: "EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. JUIZ CLASSISTA. CONTAGEM DE TEMPO FICTO QUANTO A PERÍODO TRABALHADO EM ATIVIDADE INSALUBRE. LEI N. 6.903/81. INADMISSIBILIDADE. A aposentadoria de juiz classista em 1995 rege-se pela Lei n. 6.903/81, que não admite a contagem de serviço em dobro ou em outras condições especiais. Excluído o período de tempo acrescido de modo ficto, o impetrante não completaria os necessários 30 anos de serviço para aposentar-se voluntariamente. Mandado de segurança indeferido." (MS n. 25064/DF, Relator: Min. Carlos Britto, julgamento 09/02/2006, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Demais, para a jurisprudência predominante, um raciocínio ampliativo que facultasse a contagem especial a qualquer empregado que ingressasse no serviço público, viria de encontro à excepcional posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que permitiram tal contagem apenas no caso específico do empregado público que, por força de dispositivo inserto na Lei n. 8.112/90 (art. 243), foi compulsoriamente transformado em estatutário. Essa situação excepcional levou à permissão de contagem de tempo especial, expressamente vedada pela legislação.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, a problemática foi inicialmente definida na Súmula n. 245 da Jurisprudência, que estabelece:

Não pode ser aplicada, para efeito de aposentadoria estatutária, na Administração Pública Federal, a contagem ficta do tempo de atividades consideradas insalubres, penosas ou perigosas, com o acréscimo previsto para as aposentadorias previdenciárias segundo legislação própria, nem a contagem ponderada, para efeito de aposentadoria ordinária, do tempo relativo a atividades que permitiriam aposentadoria especial com tempo reduzido.

No entanto, essa Súmula, editada no início do ano de 1998, contradiz os fundamentos da Decisão TCU n. 748/2000-Plenário, que versou sobre o aproveitamento do tempo de licença-prêmio e aos demais tempos fictos previstos em lei no âmbito da Administração Pública, senão vejamos:

[...]

2 No que concerne à licença-prêmio por assiduidade, concedida aos servidores regidos pela Lei n. 8.112/90, há que se levar em conta que esse direito deixou de existir a partir de 15/10/96, permanecendo, entretanto, a possibilidade de contagem em dobro, para efeito de aposentadoria, do tempo de licença-prêmio não usufruída, consoante disposto na Lei n. 9.527/97.

3 Oportuno que se transcreva a clara opinião exarada pelo Ilustre Representante do Parquet, *in verbis*:

'Ressalte-se, no entanto, que a data de 15.10.96 não deve ser tomada como marco intransponível à concessão de licença-prêmio no âmbito da Administração Pública. Se é verdade que nessa data o direito à licença deixou de existir para o servidor sob a égide da Lei n. 8.112/90, o mesmo pode não ter acontecido em se tratando de servidores vinculados a outros regimes jurídicos, que ainda contemplem aquela espécie de licença, bem como prevejam a possibilidade de seu cômputo em dobro, se não usufruída, para fim de aposentadoria.

Esses servidores continuarão, portanto, desfrutando do benefício da licença-prêmio, na forma preconizada nos estatutos que os regem. Frise-se, todavia, que a contagem em dobro do período da licença não gozada, para efeito de aposentadoria, restou impossibilitada, para eles,

a partir da data da publicação da Emenda Constitucional n. 20/1998, ante a nova redação conferida ao art. 40, § 10, da Lei Maior.

A melhor exegese do art. 4º da indigitada Emenda leva-nos a inferir que o legislador constituinte derivado optou por estender aos demais servidores da Administração Pública, no âmbito das três esferas de Governo, aquele mesmo direito já preservado aos servidores regidos pela Lei n. 8.112/90, e contemplado no art. 7º da Lei n. 9.527/97 suso mencionada. Todavia, para esses outros servidores, a data-limite para a aquisição do direito deve ser a de 16/12/98.

Segundo esse posicionamento, o mesmo raciocínio deveria valer para os demais tempos fictos previstos em lei, ou seja, desde que incorporados ao patrimônio do servidor até 16 de dezembro de 1998, segundo a legislação vigente à época, poderiam ser utilizados para efeito de aposentadoria, consoante disposto no art. 4º da Emenda Constitucional n. 20/1998. Essa leitura, poderia ser aplicada tanto aos servidores federais ex-celetistas, transformados em estatutários após a Lei n. 8.112/90, quando aos demais egressos da iniciativa privada⁴⁹ até a data de 16 de dezembro de 1998.

Assim, com a publicação da Emenda Constitucional n. 20/1998, 'novos tempos fictos não poderiam mais ser considerados com esse desiderato, ainda que o direito à contagem continuasse encontrando guarida na legislação anterior. Isso porque, a partir de então, o seu cômputo mostrou-se incompatível com a nova redação do art. 40, § 10, da Lei Maior, *verbis*: "A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício."

A vedação contida na Emenda existe para impedir a contagem de novos tempos fictícios, ou seja, após a Emenda, o servidor não poderá mais adquirir novos tempos de serviço, a não ser os reais. Mas isso não quer dizer que a Emenda vedou a contagem de tempo já realizado e com esse efeito.

Nesse sentido, o art. 4º, inciso I, da Lei n. 6.226/1975 que não admite a contagem de tempo de serviço em dobro ou em outras condições especiais, estaria em desacordo com a legislação mais recente que cuida da matéria, consoante o estabelecido nos artigos 201, § 1º, da CR/88, 15 da EC n. 20/1998, 58 da Lei n. 8.213/91 e 28 da Lei n. 9.711/98, não tendo sido, portanto, recepcionado pela Constituição Federal.

Após a promulgação das Emendas Constitucionais n.s 20/1998 e 47/2005 (art. 40, § 4º), e divulgado o entendimento exarado no subitem 8.24 da

⁴⁹ Idéia não compartilhada pela jurisprudência do STF, STF e TCU.

Decisão n. 748/2000-TCU-Plenário, que ressaltou a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria de servidores cujas atividades fossem exercidas sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, a utilização de tempos fictos deveria seguir nova orientação.

Em face disso, entendendo-se que nova ordem a respeito do tema foi estabelecida a partir da EC n. 20/1998, os Tribunais deveriam admitir a utilização dos tempos fictos para efeito de aposentadoria desde que incorporados ao patrimônio jurídico do servidor até 16 de dezembro de 1998.

Essa interpretação, da qual compartilho, não predominou na Corte de Contas da União, curvando-se às decisões advindas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, antes mencionadas.

3 O MANDADO DE INJUNÇÃO N. 721-7/DF

De acordo com o consignado nos itens anteriores, pode-se perceber que o direito à aposentadoria especial e à averbação do tempo ficto prestado em condições insalubres, penosas ou perigosas, foi reiteradamente negada aos servidores públicos federais, sob o argumento da “ausência do direito subjetivo” em face da falta de regulamentação do preceito constitucional insculpido no art. 40, § 4º, da Constituição. Nessa seara, excepcionou-se apenas, como base no direito adquirido, os servidores ex-celetistas transformados em estatutários após a criação do regime jurídico único.

Esse cenário foi abruptamente alterado no ano de 2007, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu a questão no Mandado de Injunção n. 721-7/DF e tardia, mas corajosamente, inovou a concepção acerca do alcance do *Mandamus* Constitucional. Vejamos como ficou ementado esse aresto:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á Mandado de Injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

No tocante a essa questão, duas foram as transformações processadas pela Corte Constitucional. A primeira, foi o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais, está o direito à aposentadoria, mesmo na ausência de lei complementar regulamentadora. Para desenvolver tal assertiva, o STF apontou a regulamentação negligenciada pelo legislativo, sem ferir o princípio

constitucional da separação de poderes. Assim, no uso de sua função normativa atípica, o STF supriu a ausência de lei formal para garantir a efetividade de um direito fundamental, atuando verdadeiramente como parcela do Estado que representa.

A segunda inovação, tão ou mais importante que a primeira, foi a “criação” de um novo instrumento processual. Ou seja, ao adotar uma postura positiva diante da carência de norma legal, indicando os caminhos jurídicos capazes de garantir a aplicação de direitos, até então limitados em sua eficácia, o STF conferiu nova modelagem ao Mandado de Injunção. Esse *writ*, sempre alvo de muitas críticas, revertia-se da característica de “lembrete” ao legislador em mora, e, na prática, pouco representava no cenário jurídico nacional.

Diversamente do que ocorreu até então, o *mandamus*, agora, regulamentado pela praxe jurisprudencial, segue a teoria concretista, por meio da qual é capaz de assegurar ao seu legitimado ativo a aplicação de direito pendente de regulamentação legal.

Para entender melhor a alteração processada em suas duas nuances, faz-se necessário abordar as questões materiais da decisão, quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais, e as questões processuais, referentes ao processamento do Mandado de Injunção.

É o que se passa a fazer.

3.1 A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais

Os direitos fundamentais surgiram com as constituições escritas, tratados e convenções internacionais como verdadeiras declarações de direitos humanos positivados e institucionalizados.

Os textos constitucionais, que limitavam o poder do Estado, deveriam conter ao menos dois pilares, o princípio da separação de poderes e a positivação de direitos dos indivíduos, assim como previsto no artigo 16⁵⁰ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Isso porque, a separação e o controle

⁵⁰ DDHC/17989: “Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

das funções do Estado, por si só, já assegurariam a execução e proteção de determinadas garantias aos cidadãos.

Desde o nascimento do Estado Democrático de Direito, portanto, o princípio da separação de poderes funcionava como um meio para efetivar a execução de direitos e garantias dos cidadãos e jamais como um limitador do seu exercício.

Os direitos fundamentais sociais seguem a perspectiva de um Estado Social, ou seja, de um Estado comprometido não apenas com a preservação das liberdades, mas também com a promoção da igualdade, por meio da atuação para a garantia das condições mínimas indispensáveis à própria dignidade da pessoa humana⁵¹.

Segundo a lição de Ingo Wolfgang Sarlet⁵², os direitos fundamentais sociais, previstos no Capítulo II do Título II da Constituição de 1988, "[...] têm por objeto conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. [...] reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. [...] pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto [...]."

Paulo Bonavides noticia o ganho de eficácia dos direitos sociais:

[...] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formulara o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua

⁵¹ O Professor Paulo Bonavides destaca a origem dos direitos sociais: "Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinara por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula." (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 518)

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 261

eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma⁵³.

Não obstante identificarem-se como conteúdo mínimo de direitos assegurados ao indivíduo para que possa atingir uma existência digna de sua condição humana, sua eficácia imediata vinha encontrando obstáculos não somente dos detentores do poder estatal, controladores do Poder Executivo e do Legislativo, como também no âmbito do Poder Judiciário, que comungava da inércia legislativa fundamentando a aplicação prática desses direitos, em doutrinas limitadoras de sua eficácia jurídica e, portanto, do seu efetivo exercício.

O direito alçado ao patamar de direito fundamental pode ser exigido desde logo por titular. É o que se depreende da expressão “aplicabilidade imediata” do art. 5º, § 1º, da Constituição. Todavia, não era essa a interpretação conferida pela jurisprudência dominante. Até a edição do Mandado de Injunção n. 721-7/DF, dava-se maior valor à legislação infraconstitucional, que não era editada, ou editada pelo uso indiscriminado de medidas provisórias, do que à própria norma constitucional, definidora dos referidos direitos⁵⁴.

O alicerce de posição adotada, por exemplo no Mandado de Injunção n. 20, que versava sobre a regulamentação do direito de greve⁵⁵, procurou justificação

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p.518.

⁵⁴ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 116.

⁵⁵ “MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do Mandado de Injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de

na aplicação do princípio constitucional da separação de poderes⁵⁶, restando a argumentação de que a atuação do judiciário estaria usurpando a função constitucional do legislativo caso agisse substituindo sua omissão por meio das medidas judiciais.

Os princípios fundamentais que reclamavam aplicabilidade naquele caso, não se fizeram valer na parte dispositiva da decisão judicial, sucumbindo ao princípio da separação de poderes. Em suma, o judiciário, escondia-se atrás de um princípio da teoria do Estado Liberal, de caráter dogmático que, por sua vez, afrontava com outro fundamentado no Estado Social, o que caracterizava claramente uma colisão de princípios.

Ora, se no caso acima narrado, havia conflito entre duas normas de caráter principiológico, a solução desse problema poder ser encontrada na "teoria dos princípios" de Robert Alexy. Segundo essa doutrina:

[...] Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma 'reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade'. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação⁵⁷.

Com supedâneo nessas lições, percebe-se que tanto a regulamentação do direito de greve quando da aposentadoria especial dos servidores públicos configuram direitos fundamentais cujo exercício esteve desde sempre prejudicado pela ausência de lei complementar e, secundariamente, por equivocada negligência do Poder Judiciário quando provocado.

classe, do Mandado de Injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina." (MI n. 20/DF, relator Celso de Mello, julgamento 19/05/1994, Tribunal Pleno.)

⁵⁶ CR/88: "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. [...]"

⁵⁷ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradut. Luis Afonso Heck. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999, p. 279.

O conflito entre princípios se desenvolve entre as diferentes espécies de normas jurídicas, isto é, na contradição entre regras e princípios, a resolução do conflito é, de certo modo, facilmente alcançada. Deve-se aplicar o critério que determina, no mais das vezes, a superioridade hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras. Os princípios constitucionais, pela condição de normas gerais e fundamentais, prevalecem sobre as regras constitucionais e infraconstitucionais, normas de generalidade relativamente baixa. É certo, porém, que em condições muito peculiares deve ser aplicada a regra específica, ficando afastada a aplicação do princípio constitucional.

A colisão entre regras já reserva maiores dificuldades de resolução. Em determinados casos, tais tensões podem ser sanadas mediante o emprego de critérios de resolução de conflitos entre regras jurídicas. Neste caso, a regra hierarquicamente superior derroga a inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), segundo a determinação do critério hierárquico. A regra posterior derroga a regra anterior (*lex posterior derogat legi priori*), pela aplicação do critério cronológico. Pode-se estabelecer, ainda, a prevalência da regra especial sobre a regra geral (*lex specialis derogat legi generali*), usando-se o critério da especificidade.

Em algumas situações, entretanto, tais critérios mostram-se insuficientes, como no caso de incompatibilidades entre dispositivos legais de um mesmo instrumento legislativo. Nesse caso, o conflito se resolve no âmbito da validade, já que, se uma regra vale e é aplicável ao caso concreto, então, valem também suas conseqüências jurídicas, pois contidas dentro do ordenamento normativo.

Desse modo, de acordo com João Luiz Martins Esteves⁵⁸, se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de “dever ser” reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento.

A colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor. Se uma determinada situação é proibida por um

⁵⁸ ESTEVES, João Luiz Martins. Direitos Fundamentais Sociais e o Princípio da Separação de Poderes, *Revista Jurídica da Unifil*, ano II, n. 2, p. 152. Disponível em: <<http://web.unifil.br/docs/juridica/02>>. Acessado em 2 fev. 2009.

princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, em uma “relação de precedência condicionada”, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio, reconhecido pelo ordenamento constitucional, possa ser declarado inválido, porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição.

Em síntese, a tensão entre princípios constitucionais se resolve mediante a ponderação de interesses opostos, determinando qual desses interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

Existem normas de caráter principiológico que não podem ser extremadas e hierarquizadas a fim de fornecer maior “segurança” ao aplicador do Direito. Se isso ocorrer, haverá subsunção cega de normas ao caso concreto, sem comprometimento com o ideal de justiça.

É sempre válido lembrar que um dos princípios que sustentam a interpretação das normas constitucionais é o da máxima efetividade. Em uma Constituição com extenso catálogo de direitos fundamentais como a nossa, necessário se faz relativizá-los e aplicá-los segundo o método da ponderação de modo que recebam o maior alcance possível.

Nesse sentido, vale observar o que afirma Daniel Sarmiento:

De qualquer forma, é certo que no método de ponderação de bens, a validade da decisão pode ser aferida através de critérios racionais e, tanto quanto possível, objetivos, a partir da fundamentação decisória. **A legitimidade da decisão deve ser aquilatada através da justificação das restrições impostas a cada bem jurídico em confronto, que têm de observar o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão.** Ademais, o resultado final do processo pode ser analisado sob o prisma da sua conformidade com a táboa de valores consagrados na Constituição. É evidente que jamais se atingirá a objetividade plena no processo de ponderação, mas daí a afirmar-se que tal processo é puramente subjetivo e irracional, vai uma longa distância⁵⁹. (grifei)

A proporcionalidade, segundo Humberto Ávila, corresponde a um postulado normativo que informa a aplicação das normas jurídicas. Segundo este autor, não se refere, ela própria, a uma norma prescritiva de condutas, mas sim a

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In Paulo Lobo Torres (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 70-71.

uma “metanorma”, que fornece os critérios a serem observados quando da aplicação das demais normas jurídicas, regras ou princípios⁶⁰.

Embora a proporcionalidade não tenha sido expressamente prevista na Constituição Brasileira, ao contrário do que se deu com a Constituição Portuguesa, e na Lei Fundamental Alemã, atualmente não mais se discute na doutrina e nos tribunais acerca de seu cabimento e pertinência no regime jurídico brasileiro. Como bem observou Luís Virgílio Afonso da Silva, a exigência da proporcionalidade decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais⁶¹.

O princípio da proporcionalidade⁶² é constituído pelos subprincípios da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou da necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Para os casos em que o poder Judiciário for chamado a solucionar o conflito entre o direito à aposentadoria especial, ligada ao direito fundamental à previdência social, e o princípio da separação de poderes, utilizar-se-á o subprincípio da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito entende os princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fácticas. Segundo Robert Alexy, o fundamento do princípio da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua, contudo, outras fundamentações como os princípios do Estado de Direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça⁶³.

E, visivelmente, não se pode utilizar um princípio que não é de direito fundamental – o da separação de poderes – para colidir com direitos sociais em uma clara filiação a uma “dogmática razão de estado”⁶⁴, maximizando esse princípio

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3 ed, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 88.

⁶¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, abril 2002, p. 43-44.

⁶² No direito brasileiro pode-se defender a impossibilidade de separação entre os dois princípios, havendo quem diga que a proporcionalidade nada mais é que uma “faceta do princípio da razoabilidade”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* p. 68.

⁶³ ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 112-15.

⁶⁴ “Na perspectiva jurídicoideológica, é contundente a observação de Clèmerson Clève, o qual, fazendo um corte bipolar, defende a idéia de que contemporaneamente se encontram delineadas duas correntes doutrinárias: uma denominada “dogmática da razão do Estado” e outra que chama de “dogmática constitucional emancipatória”. A primeira tem como característica principal a insensibilidade aos institutos que formaram a nova ordem constitucional e a ligação com a manutenção do *statu quo* ao procurar legitimar a atuação do poder político, qualquer que seja ele. A

para retirar a aplicabilidade e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais.

Outrossim, não há como deixar de concordar com Sarmiento, que coloca todos os princípios de direito que envolvem os direitos fundamentais submetidos unicamente ao princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁵, dele devendo derivar todo o direito.

Nessa seara, confere-se ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta e decidir se o direito efetivado não afronta outro que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao direito respaldado. Cumpre ao julgador ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se razoáveis ou desproporcionados.

Acima de tudo, deve-se estabelecer, juridicamente, qual papel deve ser desenvolvido pelo Judiciário no momento em que o Estado, por meio de suas instituições, é chamado a decidir dentro de possíveis limitações ao custeamento dos direitos, principalmente quando são fundamentais.

A resposta a isso pode ser encontrada na concepção de Clève o qual alega a existência de duas dimensões dos direitos fundamentais: uma subjetiva e outra objetiva. A primeira diz respeito à condição de direitos subjetivos que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva). A segunda compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais, aos quais vincula também o Judiciário⁶⁶.

E, nesse sentido, o Tribunal Constitucional não pode furtar-se a confrontar os princípios de direitos fundamentais que estejam colidindo nem deixar de justificar de forma fundamentada os motivos que o levam à aplicação de um princípio dogmático em detrimento de outro que é fundamento do Estado e da sociedade. Ainda mais que não se pode negar que os princípios precedidos no caso vertente

segunda apresenta-se com o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana: "Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira." (CLÈVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 54, 2006, p. 28-39).

⁶⁵ SARMENTO, D. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 75.

⁶⁶ CLÈVE, C. M. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2.ed rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.

são mandamentos fortes o bastante para preceder aos outros, em praticamente todas as situações de colisão.

Por todo o exposto, constata-se que “teoria dos princípios”, de Alexy, é um instrumento importante na solução de colisão de princípios constitucionais, reconhecidamente válidos no sistema normativo brasileiro. Principalmente se aplicada para solucionar o problema enfrentado quanto aos efeitos do Mandado de Injunção para que efetivamente possa o Judiciário dizer o direito, expedindo provimento normativo em caso de ineficácia de omissão do Legislativo.

Para que isso ocorra, se faz necessário que o Tribunal Constitucional brasileiro adote uma postura mais arrojada, assim como aquela adotada no Mandado de Injunção n. 721-7/DF, ou seja, menos conservadora como a versada sobre a “separação de poderes”, que não encontra abrigo em uma época na qual a própria doutrina do direito vem buscando e apresentando construções racionais que modifiquem e legitimem a relação do poder com a sociedade, a quem efetivamente são dirigidas as emanações da Constituição.

3.2 A Eficácia Processual do Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição da República de 1988, caracterizou-se desde sempre por sua absoluta ineficácia. Apesar de, na teoria, tratar-se de um instituto louvável, não alcançou, inicialmente, os objetivos para os quais fora criado, ou seja, viabilizar os direitos e as garantias constitucionais não usufruídos por falta de norma regulamentadora.

Esse cenário foi radicalmente alterado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do ano de 2007, ao decidir os Mandados de Injunção que versavam sobre os direitos de greve (art. 37, VII, da CR/88) e de aposentadoria especial dos servidores públicos (art. 40, § 4º, da CR/88). Isso porque, a fruição dessas garantias constitucionais estava condicionada à regulamentação por leis complementares não-editadas pelo Poder Legislativo, mas formuladas pelo STF no julgamento de ações injuncionais.

Anteriormente às decisões preferidas nos Mandados de Injunção n. 670-9/ES, n. 708-0/DF e n. 712-8/PA (direito de greve), n. 721-7/DF e n. 758-6/DF

(aposentadoria especial), a totalidade das ações injuncionais se limitava a constituir em mora o legislador e expedir-lhes recomendações para a edição de leis. Ou seja, sem força coativa e sem impor nenhuma sanção ao legislador inerte, os Mandados de Injunção decididos até então, configuravam decisões judiciais de eficácia limitada, já que não dispunham de meios para obrigar a atuação do Poder Legislativo.

Para romper esse ciclo, o STF inovou, e usando de analogia às leis trabalhistas e previdenciárias vigentes, garantiu eficácia aos dispositivos constitucionais que careciam de aplicabilidade. Para tanto, valeu-se de sua função normativa atípica, e atuou supletivamente como legislador.

Demais, a eficácia das ações injuncionais não foi delimitada na Carta Republicana, nem constou de previsão específica em legislação ordinária, como nos casos do Mandado de Segurança e das Ações de Inconstitucionalidade. Em conseqüência, os seus efeitos e o seu alcance foram sendo delineados pela doutrina e jurisprudência que discutiam a matéria.

No que tange à normatização dos direitos de greve e da aposentadoria especial dos servidores públicos, ficou evidente que a mora do legislador se tornou incompatível com o fim previsto na Carta Republicana, pois superou em muitos anos o prazo mínimo esperado para o exercício dessas garantias.

Percebe-se assim que a medida adotada pela atual composição do STF no Mandado de Injunção n. 721-7/DF seguiu uma das linhas apontadas pela doutrina dentre as diretrizes do Mandado de Injunção, qual seja, a da teoria concretista. Como efeito, o STF autorizou a concessão de aposentadoria especial aos ocupantes de cargo público efetivo pelos mesmos critérios de conversão impostos aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, Lei n. 8.213/91.

Para melhor compreender a linha adotada atualmente pela Corte Constitucional, necessário conceituar as teorias que regem a matéria.

3.2.1 Teoria Não Concretista

Partindo do princípio constitucional da separação dos poderes, os adeptos da teoria não concretista⁶⁷ entendem que o juiz, ao conceder o Mandado de Injunção, não pode estabelecer as regras a serem aplicadas para fins de permitir que os direitos constitucionalmente garantidos sejam exercidos por seus titulares.

Caso agisse assim, o juiz estaria editando normas gerais e abstratas, invadindo, dessa forma, a esfera de atuação do Poder Legislativo. Portanto, a sentença de procedência do Mandado de Injunção teria um único efeito, ou seja, declarar a mora do legislador na emissão da norma regulamentadora. Em síntese, ao juiz incumbiria dar ciência da omissão ao legislador, para que esse tomasse as providências necessárias para saná-la.⁶⁸ Essa tese foi adotada no STF por quase 20 anos⁶⁹.

Segundo Celso Agrícola Barbi⁷⁰, a sentença proferida nesses moldes em nada contribui para permitir a implementação do direito ou prerrogativa carente de regulamentação legislativa, não sobrevivendo nenhuma consequência de ordem prática para o impetrante da medida. O direito constitucional cujo exercício era inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora, permanece destituído de eficácia, uma vez que a injunção concedida limita-se a expedir sugestão ao legislador omissor, não comportando execução específica no sentido de impor a obrigatória edição na norma faltante.

⁶⁷ Regina Quaresma oferece denominação diversa às teorias que tratam dos efeitos do Mandado de Injunção. Chama de tese da subsidiariedade, tese da independência jurisdicional e tese resolutive, respectivamente a teoria não concretista, a teoria concretista geral e a teoria concretista individual. (QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.51)

⁶⁸ Mesmo em face da flagrante inadequação da teoria não-concretista ao princípio do acesso à ordem jurídica justa, infelizmente foi esta a corrente que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal durante longo período, conforme entendimento lançado no julgamento do Mandado de Injunção n. 107 (DJ 02.08.1991).

⁶⁹ Com poucas exceções como no caso do MI n. 283, DJ de 02.10.1992, que versou sobre o parágrafo 3º do art. 8º do ADCRT – CR/88, que reconheceu direito à remuneração pecuniária por danos de natureza econômica aos ex-edilados políticos, e o MI n. 232, DJ de 27.03.92, que tinha por objetivo a regra do parágrafo 7º do art. 195 da CR/88, no qual adotou-se a tese concretistas intermediária para determinar ao legislador que, no prazo de seis meses, estabelecesse as exigências legais para a concessão de isenção contributiva às entidades beneficentes.

⁷⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Proteção processual dos direitos fundamentais na Constituição de 1988*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

A finalidade do Mandado de Injunção não é a edição de normas gerais e abstratas em caráter definitivo, mas a permissão do exercício do direito ou prerrogativa no caso concreto, mediante atividade integrativa do juiz, que surte efeitos provisórios e restritos às partes interessadas na lide.

Não há que se falar, no caso, em ilegítima intromissão na área de competência do Poder Legislativo. O que se busca como esse mandamento é o exercício do controle judicial, constitucionalmente legitimado, frente a injustificada inércia do legislador.⁷¹

3.2.2 Teoria Concretista Geral

Mais tímida é a teoria concretista geral, que, segundo seus adeptos permite que o juiz do Mandado de Injunção profira decisão com eficácia *erga omnes*. Um dos seus efeitos é a remoção da omissão legislativa atacada, possibilitando o exercício dos direitos constitucionais carentes de regulamentação mediante edição das normas regulamentadoras, com caráter geral e abstrato.

Adotam essa teoria Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷² e Vicente Greco Filho⁷³. Ademais, no recente julgamento do Mandado de Injunção n. 712 (DJ 23.11.2007), o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento anterior. Prevaleceu, neste caso, o entendimento do Ministro Eros Roberto Grau, adepto da teoria concretista geral, segundo o qual o direito de greve dos servidores públicos deveria ser implementado por meio das normas aplicáveis à iniciativa privada (Lei n. 7.783/89) até que o legislador elaborasse lei própria.

⁷¹ ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 121.

⁷² apud QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 93.

⁷³ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 182-183.

3.2.3 Teoria Concretista Individual

Pela teoria concretista individual, a sentença de procedência no Mandado de Injunção, conforme Barbosa Moreira⁷⁴, além de disciplinar, provisoriamente o exercício do direito constitucionalmente garantido, deve viabilizar diretamente, no caso concreto, o seu exercício.

A esta corrente adere a esmagadora maioria dos doutrinadores, dentre os quais podemos citar, Alexandre de Moraes⁷⁵, Diomar Ackel Filho⁷⁶, Rodrigo Mazzei⁷⁷, Pedro Lenza⁷⁸, José Afonso da Silva⁷⁹, Carlos Augusto Alcântara Machado⁸⁰ entre outros. Ademais, foi esse o entendimento que prevaleceu no recente julgamento do Mandado de Injunção n. 721 pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do Voto do Relator, Ministro Marco Aurélio.

Nas palavras de Márcia Piovesan⁸¹, a norma constitucional que prevê o mencionado instrumento processual permite que o juiz remova o óbice imposto ao exercício do direito, qual seja, a necessidade de legislação regulamentadora, exercendo atividade integrativa, mediante aplicação das fontes jurídicas supletivas, de modo a conferir plena aplicabilidade ao direito ou prerrogativa carente de regulamentação.

Conforme ensina Alexandre de Moraes⁸², a teoria concretista individual divide-se ainda em duas correntes: a direta e a intermediária. Pela teoria concretista *individual direta*, o juiz apresenta a regulamentação a ser aplicada no caso concreto

⁷⁴ *apud* MAZZEI, Rodrigo. *Mandado de Injunção Coletivo: viabilidade diante dos (falsos) dogmas*. In: GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.370.

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 188.

⁷⁶ ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 126.

⁷⁷ MAZZEI, Rodrigo. *Mandado de Injunção Coletivo: viabilidade diante dos (falsos) dogmas*. In: GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 358.

⁷⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 766.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 451-452.

⁸⁰ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 130.

⁸¹ PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200, p. 141.

⁸² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.187.

e emite ordem ao sujeito passivo da obrigação para que seja imediatamente viabilizado o exercício do direito pelo impetrante.

Já pela teoria concretista *individual intermediária*, entende-se que o juiz, ao julgar procedente o Mandado de Injunção, deve conferir prazo razoável para que a autoridade responsável edite a norma regulamentadora prevista pela Constituição. Somente após o decurso desse prazo, o juiz deve exercer a atividade integrativa, disciplinando o direito, e expedindo a ordem de imediata implementação em favor do impetrante.

De acordo com o narrado nos parágrafos acima, o Supremo Tribunal Federal já circundou por todas as teorias no tocante à extensão dos efeitos no Mandado de Injunção, não havendo como determinar precisamente sob qual delas irá firmar sua jurisprudência a partir de agora.

Para a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, adotou a teoria concretista com efeitos gerais, imputando assim, a todos os destinatários da norma constitucional a necessária submissão aos ditames da Lei n. 7.783/89, regente dos trabalhadores da iniciativa privada.

Já no caso da aposentadoria especial dos servidores públicos, nos Mandados de Injunção n. 721-7/DF e n. 758-6/DF, a supressão da regulamentação, que se socorreu também em norma vigente aplicada ao Regime Geral de Previdência Social, limitou-se ao legitimado ativo, em que pese, assim como no direito de greve, estivéssemos tratando da aplicação de um direito fundamental.

Acredito que a escolha entre as vertentes da teoria concretista (geral, individual direta ou intermediária) devam ser adotadas no caso concreto. Assim, na hipótese de um longo e injustificável prazo transcorrido desde a vigência da norma constitucional carente de regulamentação até a impetração do *writ*, não se justifica a concessão de nova chance ao legislador para que o faça, sob pena de se propiciar a injusta procrastinação da efetivação dos direitos constitucionais em favor de seus destinatários.

Tal solução ofende a ideia da celeridade na prestação jurisdicional. Todavia, há casos em que, da recente edição de norma constitucional de eficácia limitada mediante Emenda Constitucional, por exemplo, não haverá transcorrido prazo suficiente para a edição da respectiva norma regulamentadora. Em face de tal situação tornar-se-ia admissível facultar ao legislador a edição da referida norma previamente à expedição da ordem injuncional.

Não obstante, essas observações, e considerando que, o prazo de vinte anos para a regulamentação do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos já representa um espera um tanto desproporcional, pra não dizer irrazoável e imoral, e para evitar a multiplicação de processos e decisões individuais no âmbito da Corte Constitucional, acredito que o Supremo Tribunal Federal deveria conferir aos próximos Mandados de Injunção que versem sobre aposentadoria especial a eficácia *erga omnes*, como apregoa a teoria concretista geral.

Isso porque, o que se pretende por esse instituto é a concretização do direito. E porque proporcionar o exercício de um garantia constitucional apenas para o titular da ação, sendo todo cidadão que o postule obterá idêntica prestação jurisdicional? O que o Supremo fez tanto no caso da greve (com efeitos gerais) como no da aposentadoria especial (com efeitos individuais) foi indicar a execução de um direito nos moldes previstos em norma já existente. Ou seja, não resolveu casuisticamente a questão, nem criou norma suplementar para conferir eficácia ao direito pleiteado.

Nesse sentido, o que se busca é um tratamento igualitário para todos, sem que para isso seja necessário recorrer ao judiciário individualmente.

Analisando os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁸³, José Afonso da Silva⁸⁴ entende que o judiciário não poderia obrigar o legislador a legislar, mas ao mesmo tempo a decisão jurisdicional deveria suprir a omissão constitucional até que o legislador o fizesse. Na perspectiva regrativa isto é possível, uma vez que, conforme já anunciado, o art. 103 da Constituição não traz proibição ao Tribunal Constitucional de dispor normativamente de forma necessária à efetivação do direito⁸⁵.

⁸³ Segundo Flávia Piovesan, para o controle judicial em abstrato das omissões constitucionais, a Constituição Federal prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Partindo, então, de uma interpretação sistemática da Constituição, pode-se afastar a plausibilidade da teoria concretista geral, vez que seria incoerente a criação de dois instrumentos processuais com a mesma finalidade, distinguindo-os apenas pelo critério da legitimidade ativa. PIOVESAN, Flávia Cristina. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 200, p. 141.

⁸⁴ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 50-51.

⁸⁵ No que diz respeito ao cabimento dos institutos, constata-se que a utilização do Mandado de Injunção é a falta de norma regulamentadora, entendendo-se esta no sentido da lei reclamada no comando constitucional. Já na ação direta de inconstitucionalidade por omissão utiliza-se a expressão medida, a qual diz respeito à falta de norma regulamentadora, como também à falta de ações administrativas ou de providências materiais necessárias à concretização da vontade da Constituição. Por fim, a diferença substancial reside no objetivo dos dois institutos. Nesse particular, exatas as observações de Volney Zamenhof de Oliveira Silva: “[...] no Mandado de Injunção busca-se a concretização de direito abstrato por falta de norma regulamentadora, enquanto que, na inconstitucionalidade por omissão, o que se pretende é a elaboração da norma inexistente, não sendo

O mesmo enunciado, ao meu sentir, deve ser estendido ao Mandado de Injunção, ainda mais quando se observa que a função do Judiciário foi apenas a de indicar o caminho mais próximo ao que seria buscado pelo legislador, determinando, para o caso em juízo, a aplicação de normativo análogo.

Se essa não for a solução adotada, as ações injuncionais se multiplicarão de tal maneira que outra solução possível será a edição de uma súmula vinculante, também com efeitos gerais já que a matéria preenche os pressupostos legais do art. 103-A da Constituição Federal⁸⁶. Nessa hipótese, o cumprimento da súmula vinculante teria não só efeitos *erga omnes*, como também obrigaria sua obediência no âmbito administrativo do Poder Público.

necessário para tanto, que o direito de alguém seja impedido ou violado" (SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do Mandado de Injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 92)

⁸⁶ CR/88: "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006). § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

4 CONCLUSÃO

No âmbito da eficácia jurídica e aplicabilidade dos direitos fundamentais, existem determinados dispositivos que inequivocadamente necessitam da edição de uma lei, que se impõe justamente para que esta norma possa produzir efeitos e se tornar efetiva no cenário jurídico, podendo gozar de eficácia plena.

Assim, em virtude das diversas categorias de direitos fundamentais existentes, surgiu grande discussão na doutrina jurídico-constitucional sobre a possibilidade ou não do cidadão exigir do Estado, de maneira imediata, o cumprimento de uma norma que versa sobre direito fundamental, principalmente no que tange à eficácia dos direitos fundamentais sociais, em virtude da natureza programática de suas normas.

No caso específico da aposentadoria especial dos servidores públicos, excepcionalmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores reconheceu aos servidores ex-celestitas transformados em estatutários, o direito adquirido à contagem majorada do tempo prestado em condições insalubres, perigosas ou penosas. Todavia, aos egressos da iniciativa privada que, por concurso público, ingressassem no regime da Lei n. 8.112/90, negou-se esse mesmo direito sob o argumento de que o instituto da contagem recíproca não permitia o cômputo de tempo de serviço sem contribuição.

Alguns doutrinadores, o a jurisprudência, sustentaram por muito tempo que não seria possível a aplicação imediata dos direitos sociais de cunho programático, por exigirem uma prestação positiva do Estado, sendo, portanto, dependentes de uma interposição legislativa.

Tal assertiva decorre da idéia de que o Poder Legislativo tem o dever constitucional de editar leis visando garantir o cumprimento de todos os preceitos constitucionais. Logo, não se pode aceitar que o legislador fique estático diante de uma situação que necessite de uma lei para disciplinar um determinado direito fundamental, uma vez que o Poder Legislativo tem o dever constitucional de legislar.

Nesse contexto, é bom lembrar que acerca da aplicabilidade imediata dos demais direitos fundamentais sociais o art. 5º, § 1º, impõe aos órgãos estatais a tarefa de 'maximizar a eficácia' desses direitos e criar condições materiais para sua realização. Com isso, o intérprete deve necessariamente imprimir às normas que versam sobre direitos fundamentais sociais a maior eficácia possível em obediência ao princípio da máxima efetividade de seus ditames.

Nas lições de Ingo Sarlet, é absolutamente possível a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, considerando a premissa de que as normas constitucionais, até as normas de caráter programático, possuem um certo grau de eficácia, ainda que limitado, vinculando o legislador, no caso de sua omissão, à fiscalização por parte do Judiciário pelos meios processuais adequados.

O Mandado de Injunção n. 721-7/DF, publicado em 30 de novembro de 2007, foi o precursor desse novo entendimento ao possibilitar que, embora no âmbito dos legitimados na ação, fosse concedida aposentadoria especial ao servidor segundo os comandos legais a que se submetem os segurados do Regime Geral de Previdência Social.

Por óbvio, tal conquista encontrou salvaguarda na possibilidade de utilização subsidiária da regras do Regime Geral contemplada na Constituição, mas esse comando em nada diminui a importância da atuação concreta do Poder Judiciário.

Como extensivamente lembrado nesse trabalho, a inércia do Legislativo e a falsa premissa da ofensa ao princípio da separação de poderes, favoreceu o desenvolvimento de teorias que classificavam a aposentadoria especial como um direito de eficácia limitada, ao qual somente o legislador poderia conferir plena eficácia, sob pena de usurpação de sua função normativa típica.

Ocorre que, por tratar-se de um direito fundamental social, é dever do Estado garantir-lhe eficácia. E o Estado não se compõe somente pelo Poder Legislativo. Assim, enquanto unidade de representação, compete também ao Judiciário, quando acionado, efetivar a realização dos direitos fundamentais, por meio de sua função atípica.

A abrangência desse reconhecimento, embora individual, poderia ter sido realizado com efeito gerais, *erga omnes*, uma vez que a demora excessiva de sua regulação, mais de vinte anos, legitima o socorro imediato de todos os servidores

que almejam a concessão da aposentadoria especial, nos mesmos moldes como se regulamentou o direito de greve dos servidores públicos (teoria concretista geral).

A partir de agora, quem ditará qual é o espectro de eficácia a ser aplicada ao Mandado de Injunção é o Supremo Tribunal Federal, e existindo interesse em conceder efeitos gerais, seja para garantir a fruição de um mesmo direito por todos os legitimados, seja para impedir o ingresso de inúmeras ações com idêntica finalidade, esse o fará.

A Constituição da República, almejando assegurar o funcionamento harmônico dos poderes, consagrou alguns remédios para sanar eventuais omissões legislativas, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Mandado de Injunção ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Destarte, o juiz não poderá invocar a falta de regulação legal para se escusar do dever de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais, uma vez que cabe ao Poder Judiciário a função de integrar o sentido da norma, com a finalidade de torná-la imediatamente aplicável ao mundo dos fatos.

Ante tais razões, verifica-se que os direitos sociais podem funcionar como verdadeiros direitos subjetivos e ser invocados judicialmente, e o Mandado de Injunção mostra-se atualmente como um novo elemento para a concretização desses direitos, cuja utilização ganhou novo horizonte a partir do Mandado de Injunção n. 721-7/DF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradut. Luis Afonso Heck. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3 ed, São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARBI, Celso Agrícola. Proteção processual dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CLÈVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 54, 2006.
- CLÈVE, C. M. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2.ed rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- DINIZ, Paulo de Mattos Ferreira. *Lei n. 8.112/90 Comentada*. 6 ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2001.
- ESTEVES, João Luiz Martins. Direitos Fundamentais Sociais e o Princípio da Separação de Poderes, *Revista Jurídica da Unifil*, ano II, n. 2, p. 152. Disponível em: <<http://web.unifil.br/docs/juridica/02>>. Acessado em 2 fev. 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- LEDUR, José . Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

- LIMA, Máriton Silva. Direito de Igualdade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1279, 1 jan. 2007. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acessado em 5 fev. 2009.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição. 1. ed., São Paulo: Atlas, 2004.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 23 ed. São Paulo: Atlas. 2006.
- MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção Coletivo: viabilidade diante dos (falsos) dogmas. In: GRINOVER, A. P.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2 ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: Paulo Lobo Torres (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, v. 798, abril 2002.
- SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. *Lineamentos do Mandado de Injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.