

# OS TRIBUNAIS E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DO SERVIDOR PÚBLICO

Lara Lorena

Advogada da Adusp e Adunifesp



*Com atraso de décadas, o STF muda de posição quanto aos efeitos do mandado de injunção, ação específica para pedir a regulamentação de norma da Constituição Federal e proteger os eventuais lesados pela omissão da lei. Nesta situação estão os servidores públicos que trabalham sob condições insalubres, que acabam de adquirir o direito à aposentadoria especial, bem como todos os trabalhadores submetidos à precarização de direitos — terceirização desenfreada, cooperativismo fraudulento, estágio irregular — no setor privado e também no setor público*

**O** Mandado de Injunção foi uma inovação introduzida no sistema jurídico pátrio pelo Constituinte originário de 1988. É uma ação constitucional que pede a regulamentação de uma norma da Constituição Federal, quando os poderes competentes não o fizeram. O pedido é feito para garantir o direito de alguém prejudicado pela omissão. E se caracteriza por ser um instrumento processual constitucional hábil a dar efetividade ao exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania ante a falta de norma regulamentadora.

Muito embora sua inovação, a sociedade brasileira e sua corte constitucional suprema não estavam preparados para capitanear tanta evolução. A mentalidade e pensamento preponderante não

acompanharam com a mesma concommitância a nova forma de combate à inefetividade das normas constitucionais.

Devido à interpretação que até então imperava no Supremo Tribunal Federal (STF), o instituto do mandado de injunção acabou por tornar-se um instrumento inócuo, sacrificado pela visão majoritária da corte e fadado ao completo desuso, para frustração de toda a sociedade, e de nós, operadores do direito, em especial aos jovens formandos, que como eu, à época das cadeiras universitárias, anteviam com brilho no olhar a incrível possibilidade de proteção dos direitos sociais do indivíduo que esse instituto proporcionava.

O STF defendeu, por muitos anos, a aplicação da teoria concretista no tocante aos efeitos do mandado de injunção. Segundo essa teoria, ao Poder Judiciário caberia

apenas o reconhecimento formal da inércia legislativa e comunicação ao órgão competente para elaboração da norma regulamentadora necessária ao exercício do direito constitucional não efetivado. Contudo, a decisão do STF não tem poder sancionatório, capaz de obrigar o Congresso Nacional a elaborar a lei.

O Congresso Nacional e a Administração Pública, amparados por essa posição do STF, sempre se sentiram confortáveis para não regulamentar o direito inviabilizado. Em uma postura repreensível do ponto de vista moral, ético e de uma democracia republicana, que se pretende defensora dos direitos sociais do ser humano, vale-se dessa situação para, fundamentando-se em questões orçamentárias, deixar de oferecer ao trabalhador o direito que já lhe foi assegurado constitucionalmente.

São diversas as formas de preca-

rização dos direitos trabalhistas, e entre essas formas estão a terceirização desenfreada, o cooperativismo de mão de obra fraudulento, o estágio irregular, como exemplos. E nessa atuação o empregador privado não está sozinho, pois os próprios órgãos públicos, que deveriam ser os primeiros a erradicar o vili-pêndio aos direitos trabalhistas, são coniventes, utilizando-se também desses expedientes burlescos e omitindo-se na aplicação concreta dos direitos de seus servidores.

Com o atraso de praticamente 20 anos, desde o fim de 2006, e com maior vigor em 2007, o STF passou a rever sua posição quanto aos efeitos do mandado de injunção, em parte, pelas recentes mudanças que ocorreram nas cadeiras da corte, ou seja, na sua composição.

Foram marcos dessa nova brisa as decisões prolatadas nos mandados de injunção de números 670, 708, 712 e 721. Impossível não transcrever as palavras do voto do ministro Marco Aurélio, relator no mandado de injunção 721, de 27/9/2006, cujo julgamento versava sobre o direito à aposentadoria especial de servidor público, dada sua importância e lucidez, e por constituir verdadeiro marco na evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

*“É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura*

*inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º. Da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se*

*parágrafo segundo do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as posições mínimas legais de proteção ao trabalho”.*

E para sacramentar a alegação de que os efeitos do mandado de injunção não causariam lesão à separação de Poderes, assentou o ministro Eros Grau, em seu voto-vista no MI 721:

*“Pois é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição, função normativa, porém não legislativa”.*

Foi no dia 25/10/2007 que a mudança de posição do STF se efetivou, em verdadeiro divisor de águas, no julgamento de três mandados de injunção (670, 708 e 712) sobre o direito de greve dos servidores públicos civis.

O Tribunal, por maioria de votos, propôs como solução para a omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos a aplicação da Lei 7.783/89, que regulamenta o exercício de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, no que couber. Nas palavras exemplares do ministro Celso de Mello, proferidas na sessão de julgamento, se revela a mudança de pensamento daquele Tribunal:

*“Não se pode tolerar sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável, e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis — a quem vem se negando, arbitrariamente,*

***“Em 25/10/2007  
efetivou-se a mudança de  
posição do STF, no julgamento  
de mandados de injunção sobre o  
direito de greve dos servidores públicos.  
O Tribunal propôs como solução a  
aplicação da Lei 7.783/89, que  
regulamenta o exercício de greve  
na iniciativa privada”***

*o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos Tribunais do Trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que consoante prevê o*

*o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional — traduz um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.”*

A resposta do STF, ainda que atrasada, seria desnecessária se estivéssemos diante de um Estado que respeitasse e cumprisse a proteção nas relações de trabalho, em especial do servidor público, de quem é empregador, como exemplo para todos os empregadores privados, e assim cumprisse seu papel de erradicar a injustiça da falta de proteção do trabalhador na sua relação de trabalho.

No tocante ao direito do servidor público à contagem especial de tempo de serviço prestado sob condições insalubres, e inviabilizada até então mediante a condição constitucional de regulamentação por norma específica, novamente o STF tomou a frente e se pronunciou em decisão recente em mandado de injunção, ordenando a aplicação da Lei 8.213/91 (lei dos benefícios previdenciários), em especial os artigos 57 e seguintes, supletivamente, no que couber.

Após as novas decisões proferidas em mandado de injunção que trata da aplicação aos servidores públicos do direito à aposentadoria especial para trabalho prestado sob a ação de agentes nocivos à saúde e integridade, já é possível aos servidores públicos:

1. a contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres ou perigosas, no regime

estatutário, com o que cada dia de trabalho seria contado com o acréscimo de 20% (vinte por cento) para as mulheres, e de 40% (quarenta por cento) para os homens, de forma que ambos poderão proceder à contagem destes períodos e acrescentá-los ao tempo normal de serviço para fins de aposentadoria.

2. viabilizar o direito à própria aposentadoria especial, tratando-se de quem tenha sempre trabalhado exposto à ação de agentes nocivos à saúde. Na esfera federal, já há in-

***“O STF tomou a frente e se pronunciou em decisão recente em mandado de injunção, ordenando a aplicação da Lei 8.213/91 e garantindo ao servidor público que trabalhe em condições insalubres a aposentadoria especial”***

clusive a Instrução Normativa nº 6, da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, reconhecendo e regulamentando essa possibilidade.

3. o acesso antecipado ao direito de perceber o abono de permanência, uma vez acrescido mais tempo de serviço ao tempo já adquirido; ou ainda, requerer valores retroativos do abono de permanência, uma vez que a implementação dos requisitos de aposentadoria poderia ter ocorrido em data anterior, se

somada ao tempo de serviço a contagem especial.

4. o reconhecimento judicial, para os que ainda não recebem adicional por trabalhar em condições insalubres, ao pagamento do adicional de insalubridade, a exemplo do que já ocorre em várias esferas do funcionalismo público.

O mandado de injunção também beneficiará os servidores já aposentados, na medida em que somando-se mais tempo de serviço poderão alterar as aposentadorias proporcionais daqueles que assim se aposentaram; ou se a nova contagem proporcionar a aquisição de modalidade de aposentadoria mais benéfica, gerando o direito à revisão de sua aposentadoria

Não é apenas no STF que ventam novos, e bons, ares. Na esfera estadual, em uma atitude surpreendente, em recente julgamento de mandado de injunção, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) determinou que, na falta de lei estadual, o Judiciário pode regulamentar direitos diante da omissão do Executivo e Legislativo.

A postura ativa da justiça paulista, na esteira do que fez o Supremo Tribunal Federal, transformou o mandado de injunção de ação meramente declaratória em mandamental. Não satisfeito, o colegiado ampliou o alcance do recurso, determinando aplicar efeito *erga omnes* à decisão, ou seja, com efeito sobre todos os casos envolvendo contagem de tempo para aposentadoria especial dos servidores que exercem atividade insalubre.



“É necessário dar efetividade ao texto constitucional”, afirmou o relator do recurso, desembargador Mathias Coltro, que lembrou a decisão do STF que, por unanimidade, reconheceu a omissão legislativa do Estado e garantiu o direito dos servidores públicos à contagem espe-

cial do tempo de serviço. “A decisão segue o princípio da economia processual e garante unidade jurisprudencial”, afirmou ainda o desembargador Walter Guilherme (em ambas as citações, os destaques são nossos).

O colegiado entendeu que a contagem diferenciada de tempo

para esse tipo de aposentadoria é um direito assegurado aos servidores públicos estaduais, desde 1989, pela Constituição Estadual. Para os julgadores, enquanto o Executivo e o Legislativo estadual não regulamentam o tema, valem as regras da Lei Federal 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Diante desse novo panorama, o Governo Federal finalmente apressou-se a encaminhar ao Congresso Nacional dois projetos de lei complementar regulamentando a aposentadoria especial do servidor público, nas três esferas (União, Estados e Municípios). O conteúdo dos projetos (PLP 554 e 555/10) é um retrocesso nas garantias conquistadas no decorrer do processo histórico de mudanças constitucionais previdenciárias do servidor público, bastando dizer que não garante integralidade ou paridade para a aposentadoria especial do servidor público.

Muito trabalho e engajamento devem ser empreendidos para aperfeiçoar os projetos existentes no Congresso e afastar as más intenções neles embutidas pelo Ministério da Previdência Social, principal responsável pela proposta.

Na obra *A Era dos Direitos*, de Norberto Bobbio, o grande pensador italiano preocupava-se com a necessidade da proteção efetiva dos direitos. Agora já não é bastante a conquista teórica dos direitos. Está na hora, ainda que tardia, de dar efetividade aos direitos árdua e historicamente conquistados pelos servidores públicos.