TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRATICA
REGISTRADO(A) SOB Nº
02457849

108

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de MANDADOS DE INJUNÇÃO nº 168.151-0/5-00 da Comarca de SÃO PAULO, em que é impetrante SANDRA LOPES CARDOSO PAREJO sendo impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DETERMINARAM O APENSAMENTO DOS PROCESSOS: 168.151-0, 168.143-0, 168.144-0, 168.146-0 E 168.152-0 PARA JULGAMENTO CONJUNTO. POR MAIORIA DE VOTOS, CONCEDERAM O MANDADO DE INJUNÇÃO PARA TODOS OS SERVIDORES ESTADUAIS", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROBERTO VALLIM BELLOCCHI (Presidente), LUIZ TÂMBARA (declaração de voto), RUY CAMILO, MARCO CÉSAR, MUNHOZ SOARES, SOUSA LIMA, VIANA SANTOS, PAULO TRAVAIN, PENTEADO NAVARRO, IVAN SARTORI (declaração de voto), PALMA BISSON (declaração de voto), RIBEIRO DOS SANTOS, ARMANDO TOLEDO, JOSÉ SANTANA, JOSÉ REYNALDO, JOSÉ ROBERTO BEDRAN, MAURÍCIO VIDIGAL, EROS PICELI, BARRETO FONSECA, BORIS KAUFFMANN (declaração de voto), PEDRO GAGLIARDI, ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, ADEMIR BENEDITO E XAVIER DE AQUINO (declaração de voto).

São Paulo, 01 de abril de 2009.

ROBERTO VALLIM BELLOCCHI
Presidente

A. C. MATHIAS COLTRO
Relator

ÓRGÃO ESPECIAL
MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 168.151.0/5-00 - VOTO Nº 15708
COMARCA: SÃO PAULO
IMPETRANTE(S): SANDRA LOPES CARDOSO PAREJO
IMPETRADO(S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
NATUREZA DA AÇÃO: ATO ADMINISTRATIVO

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO - APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO, QUE TRABALHA EM HOSPITAL DE UNIVERSIDADE ESTADUAL – AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR NACIONAL DISCIPLINANDO OS REQUISITOS E CRITÉRIOS PARA SUA CONCESSÃO, CONFORME O RECLAMADO PELO ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – LEI COMPLEMENTAR QUE ENCERRA NORMA GERAL, A EXEMPLO DO QUE SE PASSA COM O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE, NOS TERMOS DO ARTIGO 24, XII, DA LEI MAIOR, SENDO ELA CONFERIDA SUPLETIVAMENTE AOS ESTADOS E AO DISTRITO FEDERAL QUE, NA FALTA DE NORMA GERAL EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PODEM EXERCER COMPETÊNCIA PLENA PARA FIXAR NORMAS GERAIS E, EM SEGUIDA, NORMAS ESPECÍFICAS DESTINADAS A ATENDER SUAS PECULIARIDADES – COMPETÊNCIA DA UNIÃO QUE, EM TEMA DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO, SOMENTE EXSURGE PRIVATIVA QUANDO SE TRATAR DE REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E PREVIDÊNCIA PRIVADA, MAS NÃO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES – INTERPRETAÇÃO QUE SE EXTRAI DO COTEJO DAS NORMAS DOS ARTIGOS 22, XXIII E 24, XII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AFASTAMENTO DA ILEGITIMIDADE DO GOVERNADOR DO ESTADO PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA PRESENTE IMPETRAÇÃO.

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA JURÍDICA DE AÇÃO MANDAMENTAL, E NÃO DE MERA DECLARAÇÃO DE MORA LEGISLATIVA – NECESSIDADE DE SE DAR EFETIVIDADE AO TEXTO CONSTITUCIONAL – JUDICIÁRIO QUE, AO CONCEDER A INJUNÇÃO, APENAS REMOVE O OBSTÁCULO DECORRENTE DA OMISSÃO, DEFININDO A NORMA ADEQUADA AO CASO CONCRETO, NÃO SE IMISCUINDO NA TAREFA DO LEGISLADOR – EXISTÊNCIA DE UM PODER-DEVER DO JUDICIÁRIO DE FORMULAR, EM CARÁTER SUPLETIVO, A NORMA FALTANTE – APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, PARA O FIM DE CONTAGEM DE TEMPO PARA APOSENTADORIA ESPECIAL, DO QUANTO PREVISTO NO ARTIGO 57 DA LEI Nº 8.213/91, QUE DISPÕE SOBRE OS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – PRECEDENTE, EM CASO

ANÁLOGO, DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (MI 721/DF) QUE MODIFICOU, SOBREMANEIRA, O MODO DE O EXCELSO PRETÓRIO ENXERGAR O ALCANCE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, SUPERANDO A TIMIDEZ INICIAL, COMO REFERIDO PELO PRÓPRIO RELATOR, EMINENTE MINISTRO MARCO AURÉLIO – POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE EFEITOS *ERGA OMNES*, CONSOANTE O DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MI 708/DF, ATÉ E PORQUE A DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO SE DIFERE DAQUELA PROLATADA NO EXERCÍCIO DO CONTROLE ABSTRATO DE OMISSÕES LEGISLATIVAS – NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO POSTULADO KELSENIANO SEGUNDO O QUAL AS CORTES CONSTITUCIONAIS DEVEM ATUAR COMO LEGISLADOR NEGATIVO – ATIVISMO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA, NO CASO - INJUNÇÃO CONCEDIDA.

Cuida-se de mandado de injunção impetrado por Sandra Lopes Cardoso Parejo, técnica em enfermagem, lotada na Seção Técnica de Enfermagem Berçário e UTI Neonatal, na Universidade Estadual Paulista, em face do Exmo. Sr. Governador do Estado, com vistas a suprir a inexistência de norma regulamentadora da aposentadoria especial dos servidores públicos, com o reconhecimento do direito à conversão e averbação do tempo prestado em atividade insalubre.

Lastreando-se na decisão tomada pelo Excelso Pretório, nos autos do mandado de injunção nº 721, postula a aplicação subsidiária das normas do Regime Geral de Previdência Social, de modo a que possa, desde já, se beneficiar da contagem especial de tempo para futura aposentadoria, como exercente de atividade especial.

Regularmente processado, vieram aos autos as informações do Excelentíssimo Senhor Governador (fls. 24/33).

A digna Procuradoria Geral de Justiça pugnou pelo reconhecimento da carência da ação (fls. 79/90).

É o relatório necessário.

Segundo se verifica, a impetrante é servidora pública lotada na Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho", buscando, por meio deste *writ*, seja suprida omissão legislativa atinente ao não cumprimento da norma do artigo 40, § 4º, da Constituição da República, reconhecendo-se *seu tempo de serviço insalubre, como especial para fins de aposentadoria.*

O exame dos autos revela que a ordem comporta concessão, pedindo-se licença para aqueles dos integrantes deste Egrégio Colegiado, que assim não considerem.

De início cumpre lançar algumas considerações acerca do mandado de injunção.

Como é cediço, a violação aos preceitos constitucionais tanto pode decorrer de uma ação do poder público, quanto de um não fazer, isto é, quando o Estado deixa de tomar as medidas concretas à realização do que prescrito nas normas constitucionais.

Desse modo, a omissão estatal traduz, também, comportamento da maior gravidade, porquanto a inação ofende direitos fundados na Constituição, impedindo a concretização do pretendido pelo constituinte.

No que toca ao mandado de injunção, conceitua-o Hely Lopes Meirelles [1], como

> "[...] o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5º, LXXI)".

Conforme se extrai do conceito *supra* e para se invocar a injunção, devem coexistir o direito à legislação e o dever estatal de legislar.

Aliás e como ponderou o eminente Ministro Celso de Mello [2],

> "Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a

[1] Mandado de segurança – 30ª ed – São Paulo – Malheiros – 2007 – p. 245
[2] Mandado de injunção 542-7/SP

> obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso, nem pretender acesso legítimo à via injuncional".

Na hipótese em tela, existe a obrigação de legislar correlata ao direito subjetivo à legislação, muito embora em casos assemelhados tenha este Colendo Órgão Especial decidido pela ilegitimidade do Excelentíssimo Governador do Estado para figurar no pólo passivo da impetração, na medida em que não teria ele a iniciativa para a Lei Complementar reclamada pela Constituição Federal, destinada a disciplinar a aposentadoria especial dos servidores públicos, urgindo necessário dar-se contornos diversos ao mandado de injunção, modificando-se o entendimento até então prevalente e na esteira do quanto decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, em hipótese análoga, nos autos do mandado de injunção nº 721-7/DF.

Conquanto a Constituição da República, no artigo 22, XXIII, atribua competência privativa à União para legislar sobre seguridade social (composta de previdência social, assistência social, além da proteção e defesa da saúde), é de se ver que no artigo 24, XII, é conferida à União, aos Estados e ao Distrito Federal, a competência concorrente para legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde.

Assim, imprescindível conciliar tais disposições, já que não se concebe antinomia entre normas constitucionais originárias.

Para tanto, o insigne José Afonso da Silva [3] assinala:

"A Constituição reconhece diversos regimes de previdência social, como consta do art. 201, onde se menciona um regime geral de previdência social, sem falar no regime de previdência privada (art. 202). O que os Estados e o Distrito Federal não podem fazer é legislar sobre o regime geral de previdência social, nem sobre o regime de previdência privada. São essas que entram na competência privativa da União, que também pode legislar sobre a previdência social de seus servidores. Invoca-se também o disposto no § 1º do art. 149, que autoriza Estados, Distrito Federal e Municípios a 'instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistema de previdência e assistência social'. Quer dizer: os Estados, o Distrito Federal e até os Municípios poderão legislar sobre a previdência social dos respectivos servidores. Claro que, por força do inciso em comentário, ficam sujeitos às normas gerais estabelecidas pela União" (não há grifos no original).

Ora, como se sabe e em se tratando de competência concorrente, cumpre à União a edição de normas gerais, traçando

[3] Comentário Contextual à Constituição – 4ª ed. – São Paulo – Malheiros – 2007 – p. 279/280

as diretrizes nacionais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal, em suas legislações, por meio de normas específicas e particularizantes.

Como exemplo, tem-se o Código Tributário Nacional, que, apesar de ser lei ordinária originariamente, foi recepcionado pela atual Constituição, como lei complementar, traçando as normas gerais de direito tributário.

Entretanto, na falta da norma geral poderão os Estados e o Distrito Federal exercer competência supletiva (Constituição Federal, artigo 24, § 3º), de forma a atender suas peculiaridades.

A esse respeito, valiosa a alusão aos ensinamentos de Fernanda Dias Menezes de Almeida [4]:

> "A previsão expressa do § 3º do artigo 24 da Constituição vigente põe paradeiro à antiga querela doutrinária ao estabelecer expressamente que, inexistindo lei federal, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Acolheu o constituinte, portanto, a tese dos que sustentavam o exercício da competência supletiva mesmo não havendo prévia normação federal. E esta era mesmo a melhor tese.
>
> [...]
>
> Nas hipóteses de competência concorrente, a legislação estadual pode ter também caráter supletivo, mas é

[4] Competências na Constituição de 1988 – 4ª ed. – São Paulo – Atlas – 2007 – p. 136/137.

basicamente complementar. A regra é que os Estados façam o detalhamento das normas gerais da União. Para fixarem normas específicas devem partir das normas gerais. Se estas faltarem, não terão eles o que detalhar. E por isso ficariam inertes se não lhes fosse dado estabelecer a base geral, os princípios que são o pressuposto de sua ação normativa. Para obviar esse problema é que a Constituição, nesse caso, lhes dá competência plena: fixarão as normas gerais e, a partir delas, as normas específicas em atenção às peculiaridades.

As normas gerais assim fixadas prevalecerão, como é óbvio, apenas no âmbito do território do Estado que as editar".

Em suma, na falta da lei complementar nacional traçando normas gerais para a aposentadoria especial, conclui-se que os Estados têm plena liberdade para legislar, editando legislação compatível com suas peculiaridades.

Relativamente ao tema de aposentadoria especial do servidor público, a Constituição Estadual, reproduzindo a norma do artigo 40 da Constituição da República, estabelece:

Artigo 126 - Aos servidores titulares de cargos efetivos do Estado, 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.

§ 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados:

1 - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

2 - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

3 - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º - Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o artigo 201 da Constituição Federal, na forma da lei.

§ 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:

1 - portadores de deficiência;

2 - que exerçam atividades de risco;

3 - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Ora, diante do quanto argumentado até o momento, descabido falar-se em ilegitimidade passiva do Governador do Estado, como alinhavado pela douta Procuradoria Geral de

11p

Justiça, porquanto a própria Lei Maior conferiu competência supletiva aos Estados cumprindo ao Chefe do Executivo a iniciativa da lei complementar a fim de regulamentar a matéria.

De inépcia da inicial também não se há cogitar, levando-se em conta a substancial alteração de posicionamento do Excelso Pretório, à unanimidade, nos autos do mandado de injunção nº 721-7/DF, que se aplica perfeitamente ao presente caso.

Como é corrente, a inércia do Estado no tocante à adoção das medidas reclamadas pelo constituinte, a fim de conferir exeqüibilidade aos preceitos constitucionais, encerra violação do texto constitucional.

Bem por isso, asseveram os ilustres constitucionalistas portugueses J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira [5], em análise à força normativa da Constituição:

> "[...] tanto se viola a Lei Fundamental quando as acções estaduais não estão em conformidade com as suas normas e princípios, como quando os preceitos constitucionais não são 'actuados', dinamizados ou concretizados pelos órgãos que constitucionalmente estão vinculados a fornecerem-lhe operatividade prática. A Constituição impõe-se normativamente, não só quando há uma acção inconstitucional (fazer o que ela proíbe), mas também quando existe uma omissão

[5] Fundamentos da Constituição – Coimbra – 1991 – p. 46.

> inconstitucional (não fazer o que ela impõe que seja feito). Neste sentido se afirma que a força normativa da Constituição também se revela no tipo de sanções que estabelece no caso de violação de suas normas 'positivas', ou seja, as que impõem ao legislador ou a outros órgãos a adopção de medidas tendentes a assegurar a sua concretização".

Diante da supremacia da Constituição Federal, imprescindível se faz impedir seu desprestígio pelo próprio Estado.

Nesse ponto, curial rememorar a séria advertência de Pontes de Miranda [6]:

> "Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos - o que é pior.
>
> [...] No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve - que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem na cumprir, nada saberemos. Nada

[6] Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969 – Tomo I – 3ª ed – Rio de Janeiro – Forense – 1987 – p 15/16

sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer".

Desse modo, forçoso concluir pela intolerância à inércia estatal, pois não é dado que as instituições públicas a quem imposto o dever de legislar violem a autoridade da Constituição, retirando eficácia aos próprios preceitos constitucionais, por sua voluntária inação.

A Constituição, como fruto do mais alto Poder, que reside no povo, nasce para ser cumprida, efetivamente aplicada, a fim de que não permaneça como letra morta, como mera peça decorativa.

A inatividade consciente na aplicação da Constituição representa, em última análise, desprezo de sua autoridade, o que não pode ser aceito, em especial em assunto conforme o de que cuida a presente injunção, sob pena de caracterizar, inclusive, ofensa à cláusula da dignidade humana, que o constituinte adotou como fundamento da própria República (CF, art. 1º, III) e que serviu tanto como orientador do rumo adotado na redação da Constituição Federal, como se presta a dirigir sua interpretação, naquilo que puder ensejar dúvida, quanto a da legislação inferior, o mesmo se dando no tocante à solução das omissões daqueles com o poder de iniciativa legislativa e regulamentadora.

De se lembrar, como Clèmerson Merlin Clève, importar,

"[...] hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo" [7], juízo que se torna de rigor em hipótese como a presente, na qual a própria Constituição Federal indica o meio válido e próprio ao saneamento da omissão havida.

Com vistas a coibir eventuais comportamentos de tal jaez jaez, previu a Constituição a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Quanto ao mandado de injunção e como corretamente ponderou o eminente Ministro Marco Aurélio, nos autos do processo nº 721/DF, é

"*O instrumental previsto na Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa*".

Tal julgamento, realizado pelo Colendo Pleno, em 30.08.2007, representa uma nova postura do Pretório Excelso, visando, sem sombra de dúvida, a efetiva aplicação da Lei Maior,

[7] *A teoria constitucional e o direito alternativo*, pp 37/38 da obra Uma vida dedicada ao direito – homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas, RT, São Paulo, 1995

reclamo de toda a sociedade, consoante se verifica do seguinte excerto:

> *"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 artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão".*

Não se pode conceber uma impetração com vistas apenas a obter uma resposta do Judiciário no sentido de existir a mora legislativa. Isso equivale a nada. Frustra o jurisdicionado e não serve ao quanto objetivado pelo constituinte.

Desse modo, a atuação do Judiciário deve ser no sentido de viabilizar o exercício do direito previsto na Constituição, sem que com isso se tenha por invadida a seara do Legislativo, até e porque a concessão da injunção não traduz edição de preceito abstrato e geral, mas, como todo e qualquer julgamento, em sede de processos de partes, faz lei entre os litigantes e se sujeita a condição resolutiva, qual seja, a edição do ato legislativo omitido.

Fundamental, aqui e também como razão de decidir, referir à justificativa do ilustre Professor do Largo de São

Francisco, José Ignácio Botelho de Mesquita [8], ao anteprojeto de lei por ele elaborado, a fim de disciplinar o mandado de injunção e que restou convertido no projeto de Lei nº 4.679, de 1990, ainda em trâmite no Congresso Nacional:

> "1. É princípio assente em nosso direito positivo que, não havendo norma legal ou sendo omissa a norma existente, cumprirá ao juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (Lei de Introdução ao Cód. Civil, art. 4º; Cód. Proc. Civil, art. 126). Assim, o que pode tornar inviável o exercício de algum direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente assegurados não será nunca a falta de norma regulamentadora, mas, sim, a existência de alguma regra ou princípio que proíba ao juiz recorrer à analogia, aos costumes ou as princípios de direito para suprir a falta de norma regulamentadora.
>
> Havendo tal proibição, configura-se a hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, diante da qual o juiz é obrigado a extinguir o processo sem julgamento de mérito (Cód. Proc. Civil, art. 267, VI), o que tornará inviável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa assegurados pela Constituição.
>
> O caso, pois, em que cabe o mandado de injunção é exatamente o oposto em que cabe o mandado de segurança. Vale dizer, é o caso em que o requerente não tem direito de pretender a tutela jurisdicional e em que

[8] Anteprojeto de lei que dispõe sobre o mandado de injunção *in* Teses, estudos e pareceres de processo civil – Vol. 3 – Apresentação José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues e Paulo Henrique dos Santos Lucon – São Paulo – Revista dos Tribunais – 2007 – p 119/120

requerido teria direito líquido e certo de resistir a essa pretensão, se acaso fosse ela deduzida em juízo.

Essa constatação é de primordial importância para o conhecimento da natureza e dos fins do mandado de injunção. Dela deriva a determinação dos casos em que se pode admitir o mandando de injunção e também dos objetivos que, por meio dele, podem ser alcançados.

1.1 Do fato de tomar como pressuposto a inviabilidade de qualquer pretensão fundada no preceito constitucional não regulamentador segue-se que o processo do mandado de injunção não em por escopo a remoção de obstáculo criado pela parte à atuação do preceito constitucional. Não é, pois, um processo de jurisdição contenciosa. Destina-se, apenas, à remoção do obstáculo criado pela omissão do poder competente para a norma regulamentadora. A remoção desse obstáculo se realiza mediante a formação supletiva da norma regulamentadora faltante. É este o resultado prático que se pode esperar do julgamento do mandado de injunção.

A intervenção supletiva do Poder Judiciário deve subordinar-se, porém, ao princípio da independência e da harmonia entre os Poderes (CB, art. 2º). A autorização constitucional para a formação de normas supletivas não importa permissão ao Poder Judiciário para imiscuir-se indiscriminadamente no que é da competência dos demais Poderes. Trata-se apenas de dar remédio para a omissão do poder competente. Para

que tal omissão se configure, é preciso que norma regulamentadora não tenha sido elaborada e posta em vigor no prazo constitucional ou legalmente estabelecido, quando houver, ou na sua falta, no prazo que o tribunal competente entenda razoável. Antes de decorrido tal prazo não há que se falar em omissão do poder competente, eis que a demora se incluirá dentro da previsão constitucional e assim também a provisória impossibilidade do exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas garantidos pelo preceito ainda não regulamentado. O que é danoso para os direitos, liberdades e prerrogativas não é a demora em si mesma considerada, mas a demora incompatível como o que se possa ter como previsto e programado pela Constituição.

[...]

O cabimento do mandado de injunção pressupõe, por isto, um ato de resistência ao cumprimento do dispositivo constitucional, que não tenha outro fundamento senão a falta da norma regulamentadora" (não há grifos no original).

Prossegue o eminente jurista [9]:

"O conteúdo e os efeitos da decisão que julga o mandado de injunção, e bem assim os efeitos do seu trânsito em julgado, devem ser estabelecidos a partir de uma clara determinação do escopo do mandado de

[9] Op. cit., p. 124/125

injunção exatamente o que falta no texto constitucional. Pelo que do dispositivo constitucional consta, sabe-se quando cabe o mandado de injunção, mas não se sabe para o que serve; sabe-se o problema prático que visa a resolver, mas não se sabe como deverá ser resolvido.

[...]

O que cabe ao órgão da jurisdição não é, pois, constranger alguém a dar cumprimento ao preceito constitucional, mas, sim, suprir a falta da norma regulamentadora, criando, a partir daí, uma coação da mesma natureza daquela que estaria contida na norma regulamentadora. O ilícito constitucional (o ato anticonstitucional) é algo que só poderá existir depois de julgado procedente o mandado de injunção e, por isto, não constitui matéria que possa ser objeto de decisão no julgamento do próprio mandado.

Fixados estes limites desponta o problema da compreensão da hipótese da norma que será supletivamente formulada pelo tribunal. Deverá ela regular apenas o caso concreto submetido ao tribunal, ou abranger a totalidade de casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos, embora entre sujeitos diferentes? Dentre essas alternativas, é de se optar pela última, posto que atividade normativa é dominada pelo princípio da isonomia, que exclui a possibilidade de se criarem tantas normas regulamentadoras diferentes quantos sejam os casos concretos submetidos ao mesmo preceito constitucional. Também aqui é preciso

ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos".

Ora, na hipótese em tela, emerge cristalina a mora do legislador e que traduz séria ofensa à Constituição, visto que, passados mais de 02 anos da Emenda nº 21, que alterou a redação do parágrafo 4º do artigo 126 da Carta Bandeirante, reproduzindo a norma da Lei Maior, nada foi regulamentado e de forma a propiciar a aposentadoria dos servidores que se encontrem nas condições previstas pelo constituinte.

Este tribunal, ao exercer seu poder-dever de formar, supletivamente, a norma regulamentadora, não estará se imiscuindo na tarefa do legislativo, como bem ressaltou o eminente Ministro Eros Grau, em seu respeitável voto nos autos do mandado de injunção supramencionado, valendo a alusão ao seguinte trecho:

"O poder judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado.

12P

[...]

No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito da impetrante, servidora pública, à aposentadoria especial".

Disso decorre e porque não é dado ao juiz pronunciar o *non liquet*, ser imperioso reconhecer à impetrante, auxiliar de enfermagem lotada na Seção Técnica de Enfermagem Berçário e UTI Neonatal do Hospital da Universidade Estadual Paulista, em Botucatu, direito à contagem de tempo, para fins de aposentadoria especial, nos exatos termos em que previsto, para os trabalhadores beneficiários do regime geral de previdência social, no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, aplicado por analogia.

Destarte, verifica-se que a inicial nada tem de inepta.

Por outro lado e na esteira do quanto decidido pelo Excelso Pretório nos autos do mandado de injunção nº 708/DF, em que foi relator o eminente Ministro Gilmar Mendes, propõe-se que os efeitos desta decisão sejam aplicados a todas as demais ações que versem sobre o reconhecimento do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos que militem na área da saúde ou mesmo à contagem de tempo para tal benefício, sendo certo que este *decisum* está sujeito, por assim dizer, a uma condição resolutiva, qual seja, a implementação da norma regulamentadora pelo Poder a tanto competente.

Nesse lanço, cabe observar que a decisão proferida em sede de mandado de injunção não difere, em substância, àquela prolatada no exercício do controle abstrato de omissão legislativa, até e porque tais pronunciamentos encerram conteúdo mandamental ao legislador, porquanto destinadas à obtenção de ordem judicial dirigida a outro órgão estatal, como já consolidado no Supremo Tribunal Federal, desde o mandado de injunção nº 107/DF, razão pela qual se mostra possível a concessão de efeitos *erga omnes*, como proposto.

Aliás, no MI 107/DF, o eminente Min. Moreira Alves, assinalou que a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão estaria no fato de que, enquanto aquele primeiro se dirige à tutela dos direitos subjetivos e pressupõe interesse jurídico, enquanto a segunda pode ser aforada independentemente da existência de um específico interesse.

Restou assentada, ainda, a possibilidade conferida ao Pretório Excelso de determinar a suspensão dos processos administrativos ou judiciais e de algumas medidas ou atos administrativos, de modo a assegurar ao impetrante eventual benefício pela norma a ser editada.

Desse modo, integra a própria essência do desenvolvimento do controle das omissões legislativas, no

Supremo, a equiparação dos efeitos das decisões prolatadas em sede de mandado de injunção e de ação direta.

De conseguinte, razoável pretender-se conferir, também às decisões em sede de mandado de injunção, efeitos *erga omnes*.

Se de um lado, como afirmado pelo Min. Gilmar Mendes nos autos do MI 670/ES, não deve o Tribunal assumir o papel de protagonista do processo legislativo, de outro, em casos como o presente, a não-atuação do judiciário configuraria indevida "omissão".

Relativamente ao modo de atuar das chamadas Cortes Constitucionais, assinalou o ilustre mestre lusitano Rui Medeiros[10]:

> "A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.
>
> O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.
>
> Enfim, e este terceiro aspecto é particularmente importante, a reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do

[10] A decisão de inconstitucionalidade _ Os autores, o conteúdo e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei – Lisboa - Universidade Católica Editora – 1999 – p. 493/494

Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode por em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo (v.g. uma proibição ou um ônus) e restabelecer plenamente uma liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: <<a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um *indirizzo* político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional. Daí o falhanço de todas as teses que pretendiam arrumar os tribunais constitucionais numa atitude meramente contemplativa perante as tarefas constitucionais >> e o embatimento, claro em Itália, dos limites à admissibilidade de decisões modificativas".

Já se faz hora de superar o postulado kelseniano pelo qual os Tribunais Constitucionais devem atuar apenas como legislador negativo, pois, no atual estágio de desenvolvimento do Estado, voltado à execução de políticas sociais, mormente no caso brasileiro, em que a Carta Política está repleta de normas programáticas (por isso se diz ser ela dirigente), cumpre ao Judiciário, em casos que tais, assumir papel ativo, buscando no ordenamento a norma que possa ser aplicada à espécie, enquanto o Legislativo, no exercício de seu primordial mister, supre a carência normativa, mesmo porque, nas sábias palavras do Min. Carlos Britto, nos autos do MI 708/DF, *o Judiciário não pode trabalhar no plano do non liquet, ele tem de liquidar, que solver, que resolver a demanda que lhe é entregue.*

Além do mais, premente, no caso, uma solução da perspectiva constitucional, na medida em que ao legislador não se outorgou discricionariedade no que toca a deferir ou não o direito à aposentadoria especial, eis que já consagrado na Constituição Estadual, mas, apenas, conferiu-se a ele [legislador] estabelecer as balizas da sua disciplina.

Cabe salientar, ainda, que a omissão legislativa deve ser submetida ao crivo do Judiciário, cuja missão é a de tutelar, ainda que de forma mínima, os direitos constitucionalmente previstos.

Assim, razoável a adoção de efeitos *erga omnes*, mesmo porque, consoante o afirmado pelo Min. Gilmar Mendes no autos do MI 670/DF, *a solução alvitrada por essa posição não desborda*

da vontade hipotética do legislador, na medida em que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito de aposentadoria e contagem de tempo para tal benefício, as regras previstas na Lei nº 8.213/91.

Essas as razões pelas quais se entende ser caso de se conceder a injunção, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide.

Em face do exposto, concede-se o *writ*, nos termos enunciados, ficando prejudicados, como corolário do aqui decidido e segundo manifestação unânime dos integrantes deste Colegiado, os mandados de injunção de ns 168.143.0/9, 168.144.0/3, 168.146.0/2 e 168.152.0/0.

A.C. Mathias Coltro

Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MANDADOS DE INJUNÇÃO ns. 168.151-0, 168.143-0, 168.144-0, 168.146-0 e 168.152-0, autos apensados e processos julgados em conjunto. SÃO PAULO - Voto nº 14.734

Colendo Órgão Especial

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO.- DECISÃO.- BALIZAS.- Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.- Efeito erga omnes atribuído em mandado de injunção singular.- Impossibilidade.- Violação do princípio constitucional do devido processo legal.

Não posso concordar com a sedutora conclusão a que chegou a douta maioria no sentido de adotar efeito *erga omnes*, isto é, estender o direito de contagem especial para o tempo de futura aposentadoria a todos os servidores públicos que comprovarem enquadramento na mesma, por exercício de atividade insalubre.

Respeito, e muito, o entendimento do eminente Ministro GILMAR MENDES deduzido nos autos do MI 670-DF, expressamente citado no voto do culto relator, de que: *"a solução alvitrada por essa posição não desborda da vontade hipotética do legislador, na medida em que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito de aposentadoria, as regras previstas na Lei nº 8.213/91".*

Do mesmo modo, acho admirável o pensamento exposto com clareza e precisão pelo ilustre Desembargador PALMA BISSON

ao dizer que *pensar o contrário à aplicação do efeito erga omnes implicaria inominável ofensa ao princípio da economia processual e, sobretudo, à lógica, aqui por obrigar beneficiários em geral da norma regulamentadora já expedida pelo Judiciário em sede mandamental, a fazê-la particular.* Não obstante esses ponderáveis fundamentos, resumidamente aqui expostos, creio ser incontornável a frontal violação ao princípio constitucional do devido processo legal.

Com efeito, o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que: *conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*

Ora, o certo é que o pedido formulado individualmente, em cada um dos processos, foi no sentido de ser concedido o mandado de injunção a fim de que o seu impetrante possa, desde já, beneficiar-se da contagem especial do tempo para futura aposentadoria, pelo exercício de trabalho insalubre.

Assim sendo, o juiz há de decidir a lide singular nos limites em que foi proposta (CPC, artigo 128), ou seja, proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor (CPC, artigo 459), sendo-lhe defeso proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida (CPC,

artigo 460). Com maior e mais forte razão não poderá estender os efeitos da decisão a quem não foi parte na relação processual. Nesse ponto, tal como sucede com o mandado de segurança individual, o mandado de injunção singular é instrumento constitucional para a proteção de direito individual próprio e pessoal do impetrante, não de direitos difusos ou coletivos. É exatamente o que diz o artigo 472 do Código de Processo Civil: *"A sentença fará coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros".*

O próprio egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 721-7-DF, de que foi Relator o culto Ministro MARCO AURÉLIO, deixou assentado na súmula o seguinte tópico: *MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS – Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada".* O emérito Ministro MARCO AURÉLIO frisou em seu voto que: *"a natureza da citada ação constitucional – mandado de injunção -, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."*

Enfim, é preciso atentar para a relevante circunstância de que o Supremo Tribunal Federal, por ser a maior Corte Constitucional do país, de âmbito nacional, dispõe de poderes mais amplos expressamente previstos na Constituição Federal, não só quanto à extensão dos efeitos de suas decisões proferidas em mandado de injunção, como no tocante à aprovação de súmula vinculante. Ao Tribunal de Justiça compete tão somente julgar o mandado de injunção nos estritos limites do pedido deduzido pelo impetrante individualmente qualificado na petição inicial.

Daí a razão por que resisti à tentadora tese sufragada pela douta maioria e, pelo meu voto, julgava procedente o pedido para assegurar o direito de o impetrante aposentar-se nos termos do disposto no artigo 57, § 1°, da Lei n° 8.213, de 1991.

= Luiz Elias Tâmbara =

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
14.901

MANDADO DE INJUNÇÃO nº 168.146-0/2-00
Comarca SÃO PAULO
Órgão Julgador Órgão Especial do Tribunal de Justiça
Impetrante MARIA ERLI DE CAMPOS PACHECO
Impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO DO RELATOR

Ementa: Constitucional – Mandado de injunção – Omissão governamental acerca da regulamentação da aposentadoria especial dos servidores públicos exercentes de funções sob condições insalubres, assegurada pelo art. 126, § 4º, item 3, da CE – Legitimidade ativa do Chefe do Executivo estadual, nos termos do art. 24, § 3º, da CF – Ausência de norma regulamentadora que não pode obstar o exercício de direito constitucionalmente previsto – Decisão nesse sentido proferida em "mandamus" outro, por este Colegiado, quando se conferiu efeito "erga omnes" ao julgado – Perda do objeto acionário – "Writ" prejudicado.

Cuida-se de mandado de injunção contra omissão atribuída ao Sr. Governador do Estado de São Paulo, que teria deixado de adotar as medidas necessárias ao cumprimento da norma constitucional que possibilita a aposentadoria especial de servidores públicos no exercício de funções *"sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física"* (art. 126, § 4º, item 3, da Constituição Estadual, redação da ECE nº 21/06).

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

Concedidos os benefícios da assistência judiciária (fl. 22), prestou informações a autoridade impetrada, a qual, em linhas gerais, defende a improcedência do "mandamus", antes arguindo a inépcia da inicial (fls. 28/37).

A Procuradoria Geral de Justiça é pela carência acionária.

É o relatório.

Consoante se verifica dos autos, a presente ação vem fundada em mora legislativa quanto à aposentadoria especial dos servidores públicos, prevista na Constituição Federal, com repetição no texto da Carta Estadual.

Esta relatoria vinha entendendo pela ilegitimidade passiva do Sr. Governador do Estado para ações que tais, na esteira de outros arestos desta Casa.

Todavia, melhor refletindo sobre a matéria, curva-se o signatário ao entendimento de que o § 3° do art. 24 da Constituição Federal outorga aos Estados competência plena, inclusive em matéria previdenciária, para atender suas peculiaridades, em inexistindo lei federal sobre normas gerais.

E, nos termos dos arts. 61, § 1°, alínea "c", da Constituição Federal (observado aí o princípio da simetria) e 24, § 2°, "4", da Constituição Bandeirante, compete exclusivamente ao ora impetrado a iniciativa de leis que disponham sobre aposentadoria dos servidores públicos.

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

Logo, bem direcionada a demanda.

Passa-se ao cerne.

O direito à aposentadoria especial dos servidores vem assegurado no art. 126, § 4°, item 3, da Constituição Estadual, redação da ECE n° 21/06, norma essa a repetir a redação do art. 40, § 4°, da Constituição Federal.

E, em ambos os dispositivos constitucionais mencionados, há ressalva acerca da necessidade de lei complementar, o que até agora não teve lugar, mesmo passadas mais de duas décadas do advento dessa previsão, omissão essa que não pode caracterizar-se como fator inviabilizador de direito constitucionalmente previsto.

O Pretório Excelso, recentemente e em hipótese análoga, acabou por rever entendimento anterior (v.g. MI 444-QO, rel. Min. Sydney Sanches; MI 654, rel. Min. Sepúlveda Pertence), decidindo no sentido de que sejam aplicadas as regras gerais da previdência em casos como o presente, conforme se verifica do julgado colacionado pela douta Procuradoria Geral Justiça (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.08.07 – fls. 74/5).

Nem se diga que a ausência de fonte de custeio estaria a prejudicar o exercício do direito focado, porquanto, como já definido por esse Colegiado, quando do julgamento do MI 166.699-0/0-00, relator o Des. Boris Kauffmann, aos 18.02.09:

"(...) não se está criando o direito à aposentadoria especial, já previsto nas

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

Constituições Federal e de São Paulo para os servidores públicos, mas apenas estabelecendo as condições para o seu exercício, de sorte que o custeio já está previsto na mesma norma ao aludir ao caráter contributivo e solidário, isto é, a própria contribuição imposta aos servidores e à administração se destina à aposentadoria, inclusive a especial".

Como se não bastasse, o art. 5º, inciso LXXI, a tratar do mandado de injunção, não prevê qualquer condição para a sua concessão, bastando a invialização do exercício do direito constitucional em face da mora legislativa.

De ver-se, porém, que este Colegiado, ao conceder a ordem no MI 168.151-0/5, relator Des. Mathias Coltro, conferiu efeito "erga omnes" ao decidido:

"Mandado de injunção - Aposentadoria especial de servidor público, que trabalha em hospital de universidade estadual – Ausência de Lei Complementar Nacional disciplinando os requisitos e critérios para sua concessão, conforme o reclamado pelo artigo 40, § 4º, da Constituição da República – Lei complementar que encerra norma geral, a exemplo do que se passa com o Código Tributário Nacional – Hipótese de competência concorrente, nos

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
20/7/2009

termos do artigo 24, XII, da Lei Maior, sendo ela conferida supletivamente aos Estados e ao Distrito Federal que, na falta de norma geral editada pelo Congresso Nacional, podem exercer competência plena para fixar normas gerais e, em seguida, normas específicas destinadas a atender suas peculiaridades – Competência da União que, em tema de direito previdenciário, somente exsurge privativa quando se tratar de regime geral de previdência social e previdência privada, mas não de previdência dos servidores – Interpretação que se extrai do cotejo das normas dos artigos 22, XXIII E 24, XII, da Constituição da República - Afastamento da Ilegitimidade do Governador do Estado para figurar no pólo passivo da presente impetração. Mandado de injunção – Natureza jurídica de ação mandamental, e não de mera declaração de mora legislativa – Necessidade de se dar efetividade ao texto constitucional – Judiciário que, ao conceder a injunção, apenas remove o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada ao caso concreto, não se imiscuindo na tarefa do legislador – Existência de um poder-dever do Judiciário de formular, em caráter supletivo, a norma faltante –

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

Aplicação, por analogia, para o fim de contagem de tempo para aposentadoria especial, do quanto previsto no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios do regime geral de previdência social – Precedente, em caso análogo, do Colendo Supremo Tribunal Federal (MI 721/DF) que modificou, sobremaneira, o modo de o Excelso Pretório enxergar o alcance do mandado de injunção, superando a timidez inicial, como referido pelo próprio Relator, Eminente Ministro Marco Aurélio – Possibilidade de concessão de efeitos erga omnes, consoante o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no MI 708/DF, até e porque a decisão proferida em sede de mandado de injunção não difere daquela prolatada no exercício do controle abstrato de omissões legislativas – Injunção concedida – Demais impetrações prejudicadas".

Dessa forma, fica prejudicado o presente "mandamus", pela perda superveniente do objeto acionário, razão por que é julgado extinto o processo, nos termos do art. 267, VI, c/c o art. 462, ambos da Lei Processual.

IVAN SARTORI
Desembargador Relator

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
20/7/2009

PODER JUDICIÁRIO

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Órgão Especial

MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 168.143-0/9-00

IMPETRANTE : JOUBERT SILVA
IMPETRADO : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA : SÃO PAULO

V O T O Nº 9711

RELATÓRIO

Joubert Silva impetra o presente mandado de injunção contra ato omissivo do Governador do Estado de São Paulo.

Narra ser funcionário público estadual, com posto de trabalho na Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, exercendo a função de oficial administrativo, executando atividades "*em grau máximo de insalubridade*".

Alega que, "*após a criação do Regime Jurídico Único, viu ceifado seu direito de contagem*

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

especial do tempo de serviço para fins de aposentadoria, mesmo prestado sob condições insalubres, perigosas ou penosas", porquanto *"a Administração Pública ficou obrigada em contratar apenas servidores sob o regime estatutário, vedando o direito à contagem especial do tempo de serviço, uma vez que a Constituição do Estado de São Paulo, ao assegurar à contagem especial do servidor público no § 4°, do art. 126, fez remissão à Lei Complementar que deve regular os limites do exercício desse direito"*.

Ocorre nunca ter sido editada a norma infraconstitucional que deveria fixar os limites no qual o direito à contagem especial do tempo de serviço público seria exercido, estando a Administração Publica do Estado de São Paulo a usar a omissão legislativa como justificativa para vedar a aposentadoria especial, em que pese a Constituição o tenha expressamente reconhecido.

Ocorre também haver o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Injunção n° 721, por unanimidade reconhecido a omissão legislativa do Estado e garantido o direito dos servidores públicos à contagem especial do tempo de serviço, assegurado na Constituição, não obstante a mora legislativa que completará vinte anos.

Daí o cabimento do *writ*, cuja concessão, lastreada na certidão, descrição de atividades e laudo de insalubridade de fls. 15, 16/17 e 18, é

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

pedida a fim de que possa o requerente, "*desde já, beneficiar da contagem especial de tempo para futura aposentadoria como exercente de atividade especial*", segundo disciplina prevista no Regime Geral da Previdência Social, *in casu* subsidiariamente aplicável.

Às fls. 20/22, concedi ao requerente os benefícios da gratuidade de Justiça.

Nas suas informações (fls. 27/36) o Governador suscitou preliminar de extinção do processo sem resolução do mérito por inépcia da inicial, porquanto "*formula o impetrante pedido absolutamente incompatível com a causa petendi*": suprimento, pelo Judiciário, da mora legislativa. No mérito, bateu-se pela improcedência do *writ*, haja vista que: **i.** "*contrariamente ao afirmado pelo autor, não há propriamente direito à contagem diferenciada de tempo de serviço à luz da atividade insalubre por ele exercida, porquanto esta depende de iniciativa facultada, e não imposta, ao legislador*"; **ii.** "*o reconhecimento de que as atividades funcionais são exercidas em condições insalubres, bem como a eventual concessão de adicional de insalubridade, não induzem, necessariamente, ao reconhecimento de direito à aposentadoria especial, tratando-se antes, de institutos diversos*"; **iii.** "*tem-se ainda a impossibilidade de acolhimento da pretensão do impetrante no sentido de aplicação das regras do regime Geral de Previdência Social*

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

(Lei nº 8.213/91, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.032/95). Ocorre que, além de tais disposições voltarem-se exclusivamente aos segurados vinculados a esse regime, é certo que as exceções das regras ordinárias de aposentadoria devem advir de lei complementar, como expressamente exige o § 4º do artigo 126 da Constituição Estadual (e também o § 4º do art. 40 da Carta Magna), daí resultando a impossibilidade de utilização de regras estatuídas em lei federal para o desiderato pretendido pelo autor".

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela decretação da carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, porquanto "*a regulamentação postulada na via injuncional não se confunde com o mandamus de caráter específico e concreto aqui pleiteado*" (fls. 66/77).

FUNDAMENTOS

De inépcia não padece a inaugural deste *mandamus* e não vislumbro a impossibilidade jurídica do pedido nele formulado, que, adianto, será por mim acolhido, justamente porque estou convicto de se achar hoje aberta, pelo Supremo Tribunal Federal, a senda que permite julgar o mandado de injunção como ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão.

Segundo a norma do art. 74, V, da Constituição Paulista, este Tribunal de Justiça é

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

competente para processar e julgar o mandado de injunção "*quando a inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos Poderes, inclusive da Administração indireta torne inviável o exercício de direitos assegurados nesta Constituição*" (grifei).

Ora, ao vir a lume a Constituição Bandeirante em 05.10.1989, o § 1° de seu art. 126 já dispunha que "*Lei complementar estabelecerá exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c"* ["*O servidor será aposentado: III - voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; (...); c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço*"], *no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres, ou perigosas, na forma do que dispuser a respeito a legislação federal*" (grifei).

Adiantava-se aí a de São Paulo em relação à Constituição Federal, que à partida dissera da mera possibilidade de lei complementar estabelecer aquelas exceções (§ 1° do art. 40) e somente à conta da EC 20/1998 primeiro, depois à conta da EC 47/2005, passou a prevê-las como efetivas diante da regra geral de aposentação por tempo de serviço.

Vê-se, então, que a contagem diferenciada de

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

tempo de serviço à luz da atividade insalubre exercida pelo servidor é um direito a esse assegurado na Constituição Paulista desde 1989, nunca tendo sido facultativa a sua regulamentação.

Hoje, aliás, por força da Emenda Constitucional Estadual nº 21, de 14.02.2006, direito tal se mantém, agora posto no § 4º do art. 126.

Daí ser antiga a mora legislativa a ele respeitante, a tornar com efeito inviável seu exercício.

Nesse passo, exatamente, entra o Supremo Tribunal Federal, que, em 30.08.2007, ao julgar o Mandado de Injunção nº 721, impetrado contra o Presidente da República por Maria Aparecida Moreira, servidora do Ministério da Saúde lotada na Fundação das Pioneiras Sociais - Sarah Kubitschek, em Belo Horizonte, no exercício da insalubre função de auxiliar de enfermagem desde 22.10.1986, mandou adotar, por minguante em nível federal - como aqui igualmente se faz - a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, aquela própria dos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91).

Para tanto considerou o Excelso Pretório, à unanimidade e nos termos do voto do Relator, Ministro MARCO AURÉLIO, o que segue:

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

"Passados mais de quinze anos da vigência da Carta, permanece-se com o direito latente, sem ter-se base para o exercício. Cumpre, então, acolher o pedido formulado, pacífica a situação da impetrante. Cabe ao Supremo, porque autorizado pela Carta da República a fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente. Assim está autorizado pela norma do artigo 5°, inciso LXXI, da Constituição Federal: LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O instrumental previsto na Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa. Revela-se próprio, ao processo subjetivo e não ao objetivo, descabendo confundi-lo com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo rol de legitimados é estrito e está na Carta da República. Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 511 da Constituição

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

Federal com o § 111 do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção, no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo. 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

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5° da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se 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 § 2° do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior recepciona, mesmo assim de forma mitigada, em se tratando apenas do caso vertente, a separação dos Poderes que nos vem de Montesquieu. Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. Embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988, apesar de passados dezesseis anos,

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

ainda na dependência de regulamentação, mesmo assim não se chegou à casa do milhar na impetração dos injunção. No caso, a dificuldade não é maior, porquanto é possível adotar-se, ante o fator tempo e à situação concreta da impetrante, o sistema revelado pelo regime geral de previdência social. O artigo 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe que: 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. § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. A impetrante conta com 25 anos de serviços prestados, atendendo à dilação maior prevista na Lei nº 8.213/91. Julgo parcialmente procedente o pedido formulado para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que cogita o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal" (grifei).

Rigorosamente nada me impede de adotar esse entendimento para garantir a mesma aposentadoria ao impetrante, Oficial Administrativo que

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

comprovou estar desde 03.01.1977 lotado na insalubre, em grau máximo, Seção de Arquivo e Dados Médicos da Faculdade de Medicina do Campus de Botucatu - UNESP (fls. 15/18).

Aliás, mostra-se incontornável mesmo adotá-lo, pois, se a Corte Federal que tem por tarefa ditar o alcance da Constituição uníssona afirma ser mandamental e não simplesmente declaratória de omissão a via injuncional, deve a Corte Estadual, ao deparar-se com tal remédio por excelência constitucional assim julgá-lo, de modo a atender concretamente o demonstrado direito amparável, vale dizer, de molde a suprir o vazio legislativo e conferir de imediato ao autor a fruição do direito constitucional afetado pela omissão do legislador.

Para o fim, destarte, de assentar o direito do impetrante à aposentadoria especial de que sempre cogitou a Constituição do Estado de São Paulo, posto contar dito servidor com mais de 25 (vinte e cinco) anos de serviços prestados, dado que atende a dilação maior na Lei nº 8.213/91, a presente injunção ficava concedida.

No julgamento conjunto que envolveu esta e outras injunções congêneres, afinal concedidas por força de efeito *erga omnes* posto a beneficiar todos os servidores estaduais na mesma situação do aqui impetrante, registro que não titubeei em acompanhar o relator na atribuição daquele, por

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

entendê-lo na espécie devido.

Certo que a doutrina de HELY (Mandado de Segurança, Malheiros Editores, 29ª edição, 2006, pág. 277) assinala que "*o Judiciário decidirá o mandado de injunção ordenando à autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo, se necessário. Essa decisão não fará coisa julgada erga omnes, mas apenas inter partes. Somente a norma regulamentadora, expedida pela autoridade impetrada, terá aquele efeito, cessando, com isso, a competência do Judiciário*".

Todavia, se, como visto, passou a ser mandamental e não simplesmente declaratória de omissão a via injuncional, de molde a se poder em seu bojo atender concretamente o demonstrado direito amparável com suprimento do vazio legislativo capaz de conferir de imediato ao autor a fruição do direito constitucional afetado pela omissão do legislador, não se vê razão para obrigar outros titulares de direito idêntico a demandarem o mesmo desfecho.

Pensar o contrário implicaria inominável ofensa ao princípio da economia processual e, sobretudo, à lógica, aqui por obrigar beneficiários em geral da norma regulamentadora já expedida pelo Judiciário em sede mandamental, a fazê-la particular.

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

Ora, a norma, por ser geral, dispensa particularizações.

Daí que, uma vez fixada aquela, sua aplicação a todos que nela se enquadrem é medida de rigor e incontornável.

É como voto.

Des. PALMA BISSON

CÓPIA EXTRAÍDA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

20/7/2009

Processo — **Mandado de Injunção nº 168.151.0/5-00**
Impetrante(s) — **Sandra Lopes Cardoso Parejo**
Impetrado — **Governador do Estado de São Paulo**

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Embora em anterior mandado de injunção envolvendo o mesmo tema, do qual fui relator, não tenha sido atribuído efeito *erga omnes* ao julgado, convenci-me das razões expostas pelo d. relator sorteado.

Não teria sentido reconhecer-se o direito da impetrante à aposentadoria especial, desde que atendidas as exigências da lei adotada para tanto, e aguardar-se o ajuizamento de milhares de mandados de injunção idênticos pelos demais servidores que se encontram na mesma situação.

Daí ter alterado o meu entendimento quanto aos efeitos do julgado que acolhe o mandado de injunção.

BORIS KAUFFMANN

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ÓRGÃO ESPECIAL

VOTO N. 17.668

MANDADO DE INJUNÇÃO N. 168.151-0/5-00 – SÃO PAULO

DECLARAÇÃO DE VOTO VISTA

Trata-se de MANDADO DE INJUNÇÃO aparelhado por então Técnica de Enfermagem, lotada na Seção Técnica de Enfermagem Berçário e Uti Neonatal, na Universidade Estadual Paulista, Campus de Botucatu, buscando o reconhecimento de seu tempo de serviço insalubre para os fins de aposentadoria especial, suprindo, assim, omissão legislativa atinente ao não cumprimento do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, e do artigo 126, § 4º, item "3, da Constituição Paulista, mediante a aplicação subsidiária das normas do Regime Geral da Previdência Social, à falta de lei complementar bandeirante específica.

Em que pesem eventuais votos em contrário, a meu aviso, há que se conceder o mandado de injunção nos termos em que foi postulado, motivo pelo qual acompanho em parte voto do ínclito Exmº Senhor Relator designado, Desembargador A. C. Mathias Coltro.

Preliminarmente, confirmo a legitimidade do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo para figurar no pólo passivo da relação processual, visto que, em sendo a questão sobre a aposentadoria de servidor público, nos termos dos arts. 24, XII, e 40, § 4º, da CF/1988, a competência para legislar sobre isso é concorrente entre a União, Estados e Municípios.

Se essa competência é também estadual, deflui a induvidosa conclusão de iniciativa para propositura de lei dessa natureza, é privativa do Governador do Estado, como faz certo o artigo 24, § 2º, item "4", da Constituição Bandeirante, o que autoriza seja-lhe endereçado este Mandado de Injunção.

Superado isso, enfrenta-se o *meritum causae*.

Nesse particular, a meu ver, o *writ* deve ser concedido à impetrante, isso porque o mandado de injunção, segundo a CF/1988, em seu art. 5º, LXXI, instituído como direito individual, será concedido *sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"*.

No caso *sub judice*, a norma faltante refere-se a legislação complementar que regulamente casos de adoção de requisitos e critérios diferenciados para efetiva aposentadoria de servidores estatutários paulistas, a que se refere art. 126, § 4º, item "3", da Constituição Paulista,

cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

A autora é Técnica de Enfermagem, lotada na Seção Técnica de Enfermagem Berçário e Uti Neonatal, na Universidade Estadual Paulista, Campus de Botucatu. Sua atividade é, a toda evidência, insalubridade, dispensando qualquer perícia, vez que diariamente se sujeita à contaminação de vírus e bactérias, alguns sabidamente letais, motivo pelo qual faz jus a tempo de serviço menor para efeito de aposentadoria.

Como a autoridade coatora, Senhor Governador do Estado de São Paulo até hoje se quedou inerte, deixando de encaminhar à Assembléia Legislativa Bandeirante Projeto de Lei Complementar, com o fito de regulamentar esse dispositivo constitucional, nada obsta que se apliquem subsidiariamente, até sua edição, as normas do Regime Geral da Previdência Social, sob pena de tornar letra morta da constituição preceito que criou o Mandado de Injunção. Com isso o Poder Judiciário deixa de ser *"faz de conta"*.

Isto posto, pelo meu voto, julgo procedente o presente Mandado de Injunção, nos termos do voto do Exmº. Sr. Relator designado, Desembargador A. C. Mathias Coltro, sem efeitos *erga omnes*, limitados, assim, apenas e tão-somente às partes litigantes.

XAVIER DE AQUINO