

Supremo Tribunal Federal

1

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJE nº 152 Divulgação 29/11/2007 Publicação 30/11/2007
DJ 30/11/2007
Ementário nº 2301 - 1

30/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE INJUNÇÃO 721-7 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
IMPETRANTE(S) : MARIA APARECIDA MOREIRA
ADVOGADO(A/S) : MÁRCIO HONÓRIO DE OLIVEIRA E SILVA E OUTRO (A/S)
IMPETRADO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

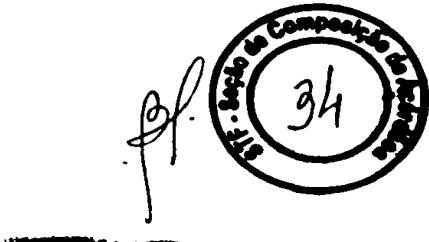
MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental 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.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do relator, em julgar parcialmente procedente o mandado de



Supremo Tribunal Federal

2

MI 721 / DF

injuncão. Votou a Presidente. Ausente, justificadamente, a ministra Cármem Lúcia.

Brasília, 30 de agosto de 2007.


MARCO AURELIO - RELATOR

2

S T F 102.002

27/09/2006

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE INJUNÇÃO 721-7 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
IMPETRANTE(S) : MARIA APARECIDA MOREIRA
ADVOGADO(A/S) : MÁRCIO HONÓRIO DE OLIVEIRA E SILVA E OUTRO(A/S)
IMPETRADO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A imetrante é servidora do Ministério da Saúde, lotada na Fundação das Pioneiras Sociais - Sarah Kubitschek, em Belo Horizonte. Afirma exercer, desde 22 de outubro de 1986, a função de auxiliar de enfermagem na instituição referida, atuando em ambiente insalubre. Evoca o disposto no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal para ressaltar que a inexistência de lei complementar vem inviabilizando o exercício do direito à aposentadoria, implementado o período consentâneo com o desgaste decorrente do contato com agentes nocivos à saúde, com portadores de moléstias infecto-contagiosas humanas e materiais e objetos contaminados. Então, pleiteia seja suprida a lacuna normativa, asseverando o direito à aposentadoria especial, em virtude do trabalho, por mais de 25 anos, em atividade considerada insalubre. Sucessivamente, requer a observância do regime geral de previdência social, vindo-se, alí fim, a condenar o réu ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. Solicita o reconhecimento do direito à justiça gratuita, juntando à inicial os documentos de folha 9 a 19.



A autoridade impetrada reportou-se a informações elaboradas pela Advocacia-Geral da União. Em síntese, de acordo com a peça encaminhada, o Estado pode optar por não aprovar uma lei complementar, até pelo temor de que as exceções sejam tantas que se tornem regras.

A Procuradoria Geral da República emitiu o parecer de folha 93 a 98, pelo não-cabimento do mandado de injunção. Eis a síntese da peça:

Mandado de injunção. A simples remissão à definição em lei complementar, inscrita no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, não cria direitos subjetivos à aposentadoria, nos casos de atividades insalubres, penosas ou perigosas. Inexistência de obrigatoriedade do legislador derivado editar a norma regulamentadora da matéria. Atribuição de mera faculdade ao poder público. Inviabilidade do writ impetrado. O juízo político acerca da conveniência e oportunidade da edição da lei complementar pleiteada não pode ser substituído pela força da decisão judicial, sob pena de invasão desautorizada da esfera de atuação dos demais poderes da República.

Lancei visto no processo em 28 de agosto de 2005.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A existência de disposições constitucionais dependentes de regulamentação levou o constituinte de 1988, em passo dos mais salutares, a prever, no artigo 5º da Carta Federal, o mandado de injunção, fazendo-o mediante preceito a sinalizar a eficácia da impetração, tendo em conta o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania:

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.

Tratando-se de ato omissivo de autoridade ou órgão submetidos à jurisdição do Supremo, a este cabe processar e julgar originariamente o mandado de injunção. É o que decorre do teor da alínea "q" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

(...)

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. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica.

Pois bem, na redação primitiva, a Carta de 1988, ao dispor sobre a aposentadoria dos servidores públicos, previa, ao lado das balizas temporais alusivas à jubilação espontânea, a possibilidade de lei complementar estabelecer exceções. Confira-se com o preceito:

Art. 40. 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;

(...)

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

(...)

Com a Emenda Constitucional nº 20/98, afastou-se a óptica míope do sentido do verbo "poder" - considerado o tempo, futuro do presente, "poderá" -, para prever-se, no § 4º do artigo 40 da Carta, que:

§ 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.

Tal afastamento foi mantido pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, que deu nova redação ao citado § 4º:

§ 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:

I - portadores de deficiência;

II - que exerçam atividades de risco;

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

Então, é dado concluir que a jurisprudência mencionada nas informações sobre a existência de simples faculdade ficou, sob o ângulo normativo-constitucional, suplantada. Refiro-me ao que decidido no Mandado de Injunção nº 484-6/RJ, citados os precedentes

formalizados quando do julgamento dos Mandados de Injunção nº 425-1/DF e 444-7/MG. Em síntese, hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Permaneceu a cláusula da definição em lei complementar.

Assento, por isso, a adequação, da medida intentada. 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 5º, 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 açãoados, 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 5º da Constituição Federal com o § 1º 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 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. 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 consequências 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 § 2º 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, ainda na dependência de regulamentação, mesmo assim não se chegou à casa do milhar na impetração dos mandados de 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.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE INJUNÇÃO 721-7

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

IMPTE. (S): MARIA APARECIDA MOREIRA

ADV. (A/S): MÁRCIO HONÓRIO DE OLIVEIRA E SILVA E OUTRO(A/S)

IMPDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV. (A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando procedente, em parte, o pedido formulado, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 27.09.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármem Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


P, Luiz Tomimatsu
Secretário

30/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE INJUNÇÃO 721-7 DISTRITO FEDERAL

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Relembro os fatos. Trata-se de Mandado de Injunção impetrado por servidora do Ministério da Saúde, lotada na Fundação das Pioneiras Sociais - Rede Sarah Kubitscheck, na cidade de Belo Horizonte. A impetrante alega desempenhar a função de auxiliar de enfermagem desde outubro de 1.986, trabalhando em condições insalubres há mais de 25 anos, em contato direto com agentes nocivos à saúde, como portadores de moléstias infecto-contagiosas, material e objetos contaminados [fl. 05].

2. Sustenta no mandado de injunção que a ausência da lei complementar referida no artigo 40, § 4º, da Constituição do Brasil --- [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 --- torna inviável o exercício de seu direito à aposentadoria especial.

3. O Ministro Marco Aurélio, Relator, julgou parcialmente procedente o pedido para assegurar à impetrante o direito à aposentadoria especial [artigo 40, § 4º, da Constituição do Brasil], direito a ser exercido nos termos do texto do artigo 57¹ da Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1.991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

4. A impetrante acrescenta que, antes de iniciar suas atividades junto à Fundação mencionada, atuou como auxiliar de enfermagem, inicialmente no Grupo Mineiro de Pediatria, no período de 1º de maio de 1.980 a 6 de agosto de 1.982; depois no Hospital Belo Horizonte, de 1º de abril a 15 de julho de 1.986. Consta dos autos documentação que comprova suas alegações [fls. 12/17].

¹ 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 nº 9.032, de 1995)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

5. Permito-me inicialmente reproduzir observações do Ministro Celso de Mello no MI n. 20:

"[e]ssa situação de inércia do aparelho de Estado faz emergir, em favor do beneficiário do comando constitucional, o direito de exigir uma atividade estatal devida pelo Poder Público, em ordem a evitar que a abstenção voluntária do Estado frustrre, a partir desse comportamento omissivo, a aplicabilidade e a efetividade do direito que lhe foi reconhecido pelo próprio texto da Lei Fundamental.

O Poder Legislativo, nesse contexto, está vinculado institucionalmente à concretização da atividade governamental que lhe foi imposta pela Constituição, ainda que o efetivo desempenho dessa incumbência constitucional não esteja sujeito a prazos pré-fixados" [fl. 129].

6. Esta Corte mais de uma vez reconheceu a omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Nesse

sentido vou ainda me valer de afirmação do Ministro Celso de Mello, como segue:

"Desse modo, a inexistência da lei complementar reclamada pela Constituição reflete, forma veemente e concreta, a inobservância, pelo Poder Legislativo, dentro do contexto temporal referido, do seu dever de editar o ato legislativo em questão, com evidente desapreço pelo comando constitucional, frustrando, dessa maneira, a necessidade de regulamentar o texto da Lei Maior, o que demonstra a legitimidade do reconhecimento, por esta Suprema Corte, da omissão congressual apontada" [fl. 131].

7. Por oportuno, permito-me ler ainda trecho relevante do voto do Ministro Néri da Silveira, ainda no MI n. 20:

"Tenho, de outra parte, entendido, no que respeita ao mandado de injunção, que o instituto, consagrado entre os direitos e garantias individuais e coletivos, à semelhança do mandado de segurança, há de ter eficácia. Se sua natureza é a de uma ação de tipo declaratório, como

acentuou a Corte no Mandado de Injunção (Questão de Ordem) nº 107, não se pode entender que a Suprema Corte do País decida sem que seu julgado tenha eficácia. Por isso, hei me posicionado quanto a essa matéria no sentido de reconhecer a mora do Congresso Nacional, ou daquela autoridade a quem incumbe ditar a norma regulamentadora para tornar viável o exercício do direito. Fixo-lhe, porém, um prazo, eis que, em mora, é preciso que a autoridade ou o órgão legislativo cumpram seu dever previsto na Constituição e editem a norma. Compreendo, dessa maneira, que, vencido o prazo sem a edição da norma regulamentadora, podem aqueles cujo direito não é exercitado por falta da norma e que vêm ao Poder Judiciário pedir lhes assegure o exercício do direito, por via do mandado de injunção, ter a garantia do exercício do direito previsto na Constituição, caso em que o Tribunal, em conhecendo de reclamação, decide a hipótese concreta" [fl. 156].

8. Havendo, portanto, sem qualquer dúvida, mora legislativa na regulamentação do preceito veiculado pelo

artigo 40, § 4º, a questão que se coloca é a seguinte: presta-se, esta Corte, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?

9. Esta é a questão fundamental a considerarmos. Já não se trata de saber se o texto normativo de que se cuida -- Artigo 40, § 4º --- é dotado de eficácia. Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever, inutilmente. Se é admissível o entendimento segundo o qual, nas palavras do Ministro Néri da Silveira, "a Suprema Corte do País decid[e] sem que seu julgado tenha eficácia". Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão. Daí porque passo a desenvolver considerações a propósito do instituto do mandado de injunção.

10. Toda a exposição que segue neste apartado do meu voto é extraída de justificativa de autoria do Professor JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA a anteprojeto de lei por

ele elaborado, que foi publicado inicialmente no jornal O Estado de São Paulo, de 26 de agosto de 1.989, e, posteriormente, foi convertido no Projeto de Lei n. 4.679, de 1.990, que o repetiu na íntegra, inclusive a sua justificativa [Diário do Congresso Nacional de 17.04.1990, página 2.824 e segs.].

11. Diz o eminent Professor Titular da Faculdade de Direito da USP:

"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 aos 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 daquele 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 requerido teria o direito líquido e certo de resistir a essa pretensão, se acaso fosse ela deduzida em Juízo.

Esta constatação --- prossegue BOTELHO DE MESQUITA --- 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 mandado de injunção e também dos objetivos que, por meio dele, podem ser alcançados".

O mandado de injunção "[d]estina-se, apenas, à remoção da 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 da 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 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 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

constitucionais não é a demora, em si mesma considerada, mas a demora incompatível com 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 de norma regulamentadora.

[...]

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 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 qual 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 de 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 dos 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".

12. A mora, no caso, é evidente. Trata-se, nitidamente, de mora incompatível com o previsto e programado pela Constituição do Brasil no seu artigo 40, § 4º.

13. Salvo a hipótese de --- como observei anteriormente², lembrando FERNANDO PESSOA --- transformarmos a Constituição em papel "pintado com tinta" e aplicá-la em "uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma", constitui dever-poder deste Tribunal a formação supletiva, no caso, da norma regulamentadora faltante.

14. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente.

² Direito, conceitos e normas jurídicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.988, p. 124.

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

16. **Explico-me.**

17. A classificação mais freqüentemente adotada das funções estatais concerne aos ofícios ou às autoridades que as exercem. Trata-se da classificação que se denomina *orgânica* ou *institucional*. Tais funções são, segundo ela, a *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional*. Se, porém, pretendermos classificá-las segundo o critério *material*, teremos: a função *normativa* --- de produção das normas jurídicas [= textos normativos]; a função *administrativa* --- de execução das normas jurídicas; a função *jurisdicional* --- de aplicação das normas jurídicas.

18. Na menção aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estamos a referir centros ativos de funções --- da função *legislativa*, da função *executiva* e da função *jurisdicional*. Essa classificação de funções estatais decorre da aplicação de um critério *subjetivo*; estão elas

assim alinhadas não em razão da consideração de seus aspectos materiais.

19. Entenda-se por função estatal a expressão do poder estatal --- tomado-se aqui a expressão "poder estatal" no seu aspecto material --- enquanto preordenado a finalidades de interesse coletivo e objeto de um dever jurídico.

20. A consideração do poder estatal desde esse aspecto liberta-nos da tradicional classificação das funções estatais segundo o critério orgânico ou institucional. Nesta última, porque o poder estatal é visualizado desde a perspectiva subjetiva, alinhama-se a função legislativa, a executiva e a jurisdicional, às quais são vocacionados, respectivamente, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

21. Afastado, contudo o critério tradicional de classificação das funções estatais, cumpre fixarmos-nos naquele outro, que conduz à seguinte enunciação:

[i] função normativa - de produção das normas jurídicas [= textos normativos];

[ii] função administrativa - de execução das normas jurídicas;

[iii] função jurisdicional - de aplicação das normas jurídicas.

22. A função legislativa é maior e menor do que a função normativa. Maior porque abrange a produção de atos administrativos sob a forma de leis [lei apenas em sentido formal, lei que não é norma, entendidas essas como preceito primário que se integra no ordenamento jurídico inovando-o]; menor porque a função normativa abrange não apenas normas jurídicas contidas em lei, mas também nos regimentos editados pelo Poder Judiciário e nos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo.

23. Daí que a função normativa compreende a função legislativa [enquanto produção de textos normativos], a função regimental e a função regulamentar.

24. Quanto à regimental, não é a única atribuída, como dever-poder, ao Poder Judiciário, visto incumbir-lhe também, e por imposição da Constituição, a de formular supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de

injunção, a norma regulamentadora reclamada. Aqui o Judiciário --- na díccão de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA --- remove o obstáculo criado pela omissão do poder competente para editar a norma regulamentadora faltante, essa remoção realizando-se mediante a sua formulação supletiva.

25. De resto, é ainda certo que, no caso de concessão do mandado de injunção, o Poder Judiciário formula a própria norma aplicável ao caso, embora ela atue como novo texto normativo.

26. Apenas para explicitar, lembro que texto e norma não se identificam³. O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta a transformar textos --- disposições, preceitos, enunciados --- em normas.

27. 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

³ Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit., pp. 80 e ss.

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.

28. Ademais, não há que falar em agressão à "separação dos poderes", mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada "separação dos poderes" provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de "separação dos poderes", o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em geral mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.

29. De resto, o Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante. Note-se bem que não se trata de simples poder, mas de dever-poder, idéia já formulada por

JEAN DOMAT⁴ no final do século XVII, após retomada por LEÓN DUGUIT⁵ e, entre nós, por RUI BARBOSA⁶, mais recentemente por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁷.

30. A este Tribunal incumbirá --- permito-me repetir --- se concedida a injunção, remover o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada à regulação do caso concreto, norma enunciada como texto normativo, logo sujeito a interpretação pelo seu aplicador.

31. No caso, a impetrante solicita seja julgada procedente a ação e, declarada a omissão do Poder Legislativo, determinada a supressão da lacuna legislativa mediante a regulamentação do artigo 40, § 4º, da Constituição do Brasil, que dispõe a propósito da aposentadoria especial de servidores públicos. Esses parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador --- tendente a regular o comportamento social de

⁴ Oeuvres de J. DOMAT, Paris, Firmin Didot Père et Fils, 1.829, p. 362 e ss.

⁵ El pragmatismo jurídico, Madrid, Francisco Beltrán, 1.924, p. 111.

⁶ Comentários à Constituição Federal Brasileira, volume I, coligidos e ordenados por Homero Pires, São Paulo, Saraiva & Cia., 1.932, p. 153.

⁷ "Verba de representação", in RT 591/43, janeiro de 1.985.

sujeitos associados --- que se integra no ordenamento jurídico⁸ e não se dá norma para um só.

32. 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.

33. Em face de tudo, acompanho o Relator. Conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 40, § 4º, da Constituição do Brasil, nos termos do artigo 57 da Lei n. 8.213/91.



⁸ Vide meu O direito posto e o direito pressuposto, 6ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, p. 239.

30/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE INJUNÇÃO 721-7 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, também já externei voto no Plenário neste sentido, entendendo que se deve dar efetividade a este importante instrumento constitucional que é o mandado de injunção.

Portanto, acompanho o eminente Ministro Eros Grau e o Relator.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized letter 'A' or a similar mark, is positioned below the text. It is written in a cursive, flowing style.

MANDADO DE INJUNÇÃO 721-7 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, acompanho, lembrando que, nas discussões anteriores, observei que somente cabe mandado de injunção perante uma norma constitucional de eficácia limitada. Sendo assim, não faz sentido proferir uma decisão judicial também de eficácia limitada. É uma contradição nos termos. A decisão judicial há de ser plenoperante, marcada pela sua carga de concretude, ou seja, tem de ser mandamental, como é da natureza da ação constitucional agora sob julgamento.

Acompanho o eminentíssimo Relator.

###



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE INJUNÇÃO 721-7

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

IMPTE. (S) : MARIA APARECIDA MOREIRA

ADV. (A/S) : MÁRCIO HONÓRIO DE OLIVEIRA E SILVA E OUTRO(A/S)

IMPDO. (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), julgando procedente, em parte, o pedido formulado, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 27.09.2006.

Decisão: O Tribunal, à unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente o mandado de injunção. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármem Lúcia. Plenário, 30.08.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cesar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luz Tomimatsu
Secretário