

Rio de Janeiro celebram contrato para o refinanciamento da dívida estadual, no qual se prevê que a amortização seja feita com os recursos dos *royalties* do petróleo, em vinculação expressa. Nesse contexto, não pode a União se valer de sua atividade legislativa para inviabilizar o cumprimento das obrigações contratuais da outra parte, sujeitando-a, ademais, a graves conseqüências contratuais e legais. Haveria, na hipótese, abuso de poder, potestatividade pura e violação do ato jurídica perfeito, condutas não admitidas pela ordem jurídica.

Tendo em vista a gravidade do tema para as finanças públicas do Estado, determino, após ser anexada ao presente a documentação fornecida pela SEDEIS, pela Secretaria de Fazenda e pelo Rioprevidência, as seguintes providências.

- a) a remessa de cópia do presente parecer e visto:
 - (i) à Casa Civil, para ciência, sugerindo-se ao exmo. Sr. Governador que encaminhe cópia do parecer ao Exmo. Sr. Presidente da República, a fim de que possa ser usado como eventual subsídio para a análise a ser feita por S.Exa. caso o projeto de lei seja encaminhado à sanção com as referidas emendas e;
 - (ii) À SEFAZ, SEPLAG, SEA, SEDEIS e RIOPREVIDÊNCIA, para ciência;
- b) A devolução do presente ao Procurador Luís Roberto Barroso, juntamente com os subsídios em anexo, oriundos da SEFAZ, SEDEIS e do RIOPREVIDÊNCIA, a quem se solicita, desde já, a minuta de ação direta de inconstitucionalidade.

Em 9 de julho de 2010.

LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado

PROCURADORIA DE PESSOAL

Parecer nº 01/2010 – COT - Christiano de Oliveira Taveira

Proc. Adm. E-14/027.609/2010

Ementa. Direito à aposentadoria especial. Mandado de Injunção Coletivo impetrado por entidade sindical do Rio de Janeiro. Evolução jurisprudencial e posicionamento atual do E. Supremo Tribunal Federal. Entendimento da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Aplicação da *"teoria concretista individual direta"*. Impossibilidade de extensão dos efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Injunção nº 1687 para os servidores da Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Exma. Sra. Procuradora Geral do Estado,

CONSULTA

Trata-se de consulta encaminhada pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro, em que se pleiteia, em síntese, esclarecimentos quanto à eventual possibilidade de aplicação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo do Mandado de Injunção Coletivo nº 1687, impetrado pelo SINDICATO DOS AUXILIARES E TÉCNICOS DE ENFERMAGEM DO RIO DE JANEIRO - SATEMRJ, aos servidores públicos estaduais vinculados àquela Pasta de Estado.

Conforme se infere da cópia da aludida decisão - acostada às fls. 04 - 12 do presente processo administrativo -, o supracitado *mandamus* teve como fundamento a falta de norma regulamentadora pertinente ao direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, prevista no artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição da República, tornando-se, destarte, inviável o exercício de tal direito, ao qual supostamente fariam jus os associados do Sindicato em foco, ora substituídos processuais.

Mediante leitura atenta do acórdão, nota-se que o pedido foi julgado parcialmente procedente pelo E. Supremo Tribunal Federal, reconhecendo-se a falta de norma regulamentadora do direito postulado, aplicando-se *in casu* o disposto no artigo 57 da Lei Federal nº 8.213 de 1991.

Por esta razão, a Gerência da Divisão de Concessão de Direitos e Benefícios da Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro solicitou a elaboração de parecer jurídico quanto à possível extensão da regulamentação do direito à aposentadoria especial para os servidores públicos estaduais que se encontram nas mesmas situações do impetrante do referido Mandado de Injunção (v. fl. 16).

Ato contínuo, sugeriu a Ilma. Assessoria Jurídica da SESDEC a remessa dos autos à D. Procuradoria Geral do Estado, para exame da matéria e respectivo pronunciamento.

Este o relatório. Passo, pois, a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E POSICIONAMENTO ATUAL DO E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em um momento inicial, faz-se mister contextualizar a questão submetida à análise, pontuando-se os principais posicionamentos adotados jurisprudencialmente pertinentes ao caso em foco.

Como é cediço, o Mandado de Injunção consiste em uma ação constitucional, prevista no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, fundamentada na chamada “*jurisdição de equidade*”, uma vez que busca solucionar omissões legislativas sempre que houver falta de norma reguladora de uma previsão constitucional, que inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Em razão do efeito irradiado pelo *mandamus*, qual seja, o de suprir as lacunas normativas e tornar eficazes mandamentos constitucionais, surgiu uma intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial relativa à extensão dos efeitos da decisão deste remédio constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, exercendo o papel de Corte Constitucional, elucidando e uniformizando as questões controvertidas no âmbito constitucional, já adotou, no que se refere ao tema, diversos posicionamentos ao longo de sua história, conforme restará demonstrado.

Insta examinar, em primeiro lugar, o posicionamento originário dominante deste Tribunal Superior, o qual ficou conhecido como “*posição não concretista*”, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107 - DF.

De acordo com esta corrente jurisprudencial – amplamente dominante na jurisprudência até meados de 2006 -, uma vez concedida a injunção pleiteada em um determinado caso concreto, o Poder Judiciário seria chamado a se pronunciar sobre a mora legislativa e, declarando oficialmente a omissão constitucional, teria tão somente competência para elaborar uma mera recomendação para que o poder competente suprisse a lacuna, haja vista ser incompatível com o princípio da Separação dos Poderes a atuação positiva legislativa do Poder Judiciário. Confira-se, a respeito, o seguinte julgado:

“DESPACHO: Os fatos: O Supremo Tribunal Federal ao deferir o pedido no MI-20, impetrado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil, reconheceu a ocorrência da mora na regulamentação do direito de greve previsto no inciso VII, do art. 37, da Constituição Federal e comunicou ao Congresso Nacional a sua decisão. O Sindicato dos Funcionários Públicos do Município de Volta Redonda, estribado naquela decisão, impetra Mandado de Injunção em face da mora legislativa atribuída ao Congresso Nacional, que entende acarreta a supressão dos direitos constitucionais, em relação ao direito de greve dos servidores públicos (art. 37, inciso VII da CF/88). Alega mais, que houve desrespeito à decisão deste Tribunal, bem como violação do direito líquido e certo ao exercício da greve (fls. 10). Requer

a concessão de liminar inaudita altera pars para que os servidores e a ela associados exerçam o direito de greve, face à ausência de norma jurídica regulamentar (fls. 10). (...)

Decido: Como se extrai dos fatos, a providência requerida já foi analisada pelo STF no julgamento do MI-20, Min. CELSO DE MELLO. Foi deferido o writ para comunicar a mora e recomendar a edição da lei complementar. O Supremo Tribunal Federal não pode obrigar o legislativo a legislar, mas apontar a mora e recomendar que a supra. Também não pode assegurar ao impetrante o exercício do direito de greve, porquanto esse exercício está a depender de lei Complementar que lhe estabeleça os termos e limites. Há impossibilidade jurídica do pedido. Nego seguimento. (art. 21, § 1º, do RISTF e art. 38, da Lei nº 8.038/90)”.
(Mandado de Injunção nº. 586/RJ; Ministro Relator: Nelson Jobim; Publicação no DJ: 01/07/2003)

Posteriormente, devido à clara ineficácia desta atuação constitucional, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento, passando a filiar-se à denominada “*corrente concretista*”, segundo a qual o Poder Judiciário, através de uma decisão constitutiva, teria o poder de declarar a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementar o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobreviesse regulamentação do poder competente.

Tal posição divide-se em duas espécies: a “*teoria concretista geral*” e a “*teoria concretista individual*”, a qual se subdivide, ainda, em “*concretista individual intermediária*” e “*concretista individual direta*”.

Passando por todas estas correntes jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, firmou a “*posição concretista geral*”, conforme exposto pioneiramente no Mandado de Injunção nº 708/DF.

Trata-se, em suma, de posicionamento mais liberal, em que a decisão do Poder Judiciário teria efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão fosse suprida pelo poder competente.

Tal posição, no entanto, teve pouca aceitação, justamente pela sua patente incompatibilidade com o corolário da Separação dos Poderes. Nesse sentido, traz-se à baila trechos capitais do seguinte julgado:

Ementa: Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso lxxi). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso vii). Evolução do tema na jurisprudência do supremo tribunal federal (stf). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, vii, da CF. Em observância aos

ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989.

(...)

1. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (stf).

(...)

1.1. No julgamento do MI n o 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a *decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção*; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legítima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.

(...)

1.2. *Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a*

admitir soluções “normativas” para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI nº 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI nº 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI nº 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003.

(...)

2. *O mandado de injunção e o direito de greve dos servidores públicos civis na jurisprudência do STF.*

(...)

2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996; MI 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002.

(...)

2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei nº 7.783/1989).

(...)

3. Direito de greve dos servidores públicos civis. Hipótese de omissão legislativa inconstitucional. Mora judicial, por diversas vezes, declarada pelo plenário do STF. Riscos de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria. A experiência do direito comparado. Legitimidade de adoção de alternativas normativas e institucionais de superação da situação de omissão.

(...)

3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões

estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira “lei da selva”. (...)

3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

(...)

3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, *o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.*

(...)

3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

(...)

3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).

(...)

4. Direito de greve dos servidores públicos civis. Regulamentação da lei de greve dos trabalhadores em geral (lei nº 7.783/1989). Fixação de parâmetros de controle judicial do exercício do direito de greve pelo legislador infraconstitucional.

(...)

4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às “atividades essenciais”, é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989.

Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

(...)

4.2. Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

(...)

4.3. Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais”.

(...)

4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

(...)

6. Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação do tema no âmbito da justiça federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, vii, da CF. Fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis 7.701/1988 E 7.783/1989.

(...)

6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.

(...)

6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

(Mandado de Injunção nº. 708/DF; Ministro Relator: Gilmar Mendes; Publicação no DJ: 31/10/2008)

Feita tal digressão, assinala-se que, atualmente, dois são os principais posicionamentos sedimentados em sede doutrinária e jurisprudencial: a “*teoria concretista individual intermediária*” e a “*teoria concretista individual direta*”.

Corroborando o primeiro entendimento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara ao estabelecer que a decisão judicial somente produzirá efeitos para o autor (impetrante) do Mandado de Injunção, que poderá exercitar plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional, após a fixação e a observância de um prazo razoável para que o Congresso Nacional elabore a norma regulamentadora.

Com o transcurso do lapso temporal e a respectiva inércia, poderá, então, o

Poder Judiciário fixar desde já as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor. Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto:

“O Tribunal, por maioria de votos rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa da requerente, vencidos os srs. Mins. Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Aldir Passarinho e Néri da Silveira. No mérito, o tribunal, por maioria, conheceu em parte do mandado de injunção e nessa parte o deferiu para *declarar o estado de mora em que se encontra o congresso nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar, decorrente do art. 195, §7º da constituição, sob pena de, vencido esse prazo, sem legislar, passe a requerente a gozar da imunidade requerida*, vencidos os srs. Mins. Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, que o deferiam, em termos diversos. Votou o presidente”. (Mandado de Injunção nº. 232/RJ; Ministro Relator: Moreira Alves; Publicado no DJ: 16/08/1991).

Como já repisado, tem-se, ainda, o atual e predominante posicionamento adotado pela Corte Constitucional, qual seja, a “*teoria concretista individual direta*”, segundo a qual o Poder Judiciário tem permissão para implementar a eficácia da norma constitucional ao impetrante, o qual terá seu pleito satisfeito imediatamente, sem necessidade da observância de qualquer prazo pelo Poder Legislativo competente.

Ressalta-se, todavia, que a decisão proferida valerá tão somente para o autor da ação, ou seja, com eficácia *inter partes*, e não mais *erga omnes*, como outrora já restou decidido.

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado:

“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 à 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”.
(Mandado de Injunção nº. 721/DF; Ministro Relator: Marco Aurélio; Publicado no DJ: 30/11/2007)

Pois bem. Respondendo de forma objetiva à questão posta sob consulta, conclui-se, sob o influxo da trajetória jurisprudencial acima narrada, que o atual e predominante posicionamento adotado tem como fundamento a “teoria concretista individual direta”.

Em outros termos, a decisão do Poder Judiciário, no Mandado de Injunção impetrado com a finalidade de suprir uma omissão legislativa, quanto a uma norma regulamentadora de um exercício de direito, liberdade ou prerrogativa prevista na Constituição Federal, gera efeitos somente *inter partes*, não havendo a possibilidade de extensão destes efeitos a outros indivíduos ou grupos de indivíduos, ainda que se encontrem em situações semelhantes ou idênticas.

Por esta razão, é possível concluir, desde já, que não se revela adequada a extensão da decisão proferida nos autos do Mandado de Injunção Coletivo nº 1687 para os servidores da Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Tal hipótese somente seria possível no caso de injunção concedida mediante impetração de um Mandado Coletivo próprio, de autoria, por exemplo, de alguma entidade sindical – de âmbito estadual - de trabalhadores da saúde.

POSICIONAMENTO ATUAL DA D. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Estabelecida a trajetória jurisprudencial dos Tribunais Superiores acerca do tema, cumpre, nessa quadra da exposição, narrar a posição consolidada pela D. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Adianta-se que, nada obstante a evolução jurisprudencial acima descrita, em casos de Mandado de Injunção – individual ou coletivo - ainda se defende a “teoria não concretista”, adotada até um passado recente pelo Supremo Tribunal Federal.

De forma resumida, é possível compendiar os seguintes argumentos invocados nas peças de bloqueio do Estado, a seguir enumerados.

1. Necessária observância do Princípio da Separação de Poderes.

Em primeiro lugar, ressalta o Estado do Rio de Janeiro que o caso versado na consulta enseja a aplicação da orientação de há muito assentada pelos Tribunais Superiores, no sentido de que o mandado de injunção poderá conduzir apenas à declaração da *mora* do Poder Público quanto à edição da norma reclamada, mas jamais à sua *integração*. Assim restou determinado, por exemplo, no MI nº 586-5/RJ, quando o Supremo afirmou que:

“O Supremo Tribunal Federal não pode obrigar o legislativo a legislar, mas apontar a mora e recomendar que a supra.”
(MI nº 586-5/RJ, Diário da Justiça, Seção I, 27 ago. 1998, p. 13)

De fato, esta seria a única interpretação compatível com o princípio da Separação de Poderes (artigo 2º da Constituição Federal), consagrado como cláusula pétrea (artigo 60, §4º, inciso III), o qual estabelece limites cogentes para a atuação do Poder Judiciário.

In casu, a decisão quanto à deflagração do processo legislativo com vistas a regulamentar, via lei complementar, a aposentadoria especial reclamada pelo Sindicato Impetrante, inserir-se-ia no âmbito próprio e exclusivo do Poder Executivo, a quem compete avaliar as variáveis e repercussões – sobretudo financeiras – relacionadas à implantação do benefício.

2. Parâmetros substantivos que devem limitar a utilização do Mandado de Injunção. A aposentadoria especial não constitui direito fundamental.

O Estado do Rio de Janeiro, apesar de confiar na aplicação do entendimento apontado no item anterior, não desconhece orientação mais recente que vem sendo perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal em julgados mais recentes, no sentido de, em contraposição à “teoria não concretista”, atribuir eficácia integrativa ao Mandado de Injunção, para, em um caso concreto, suprir o vácuo normativo.

Caberia, no entanto, ao Tribunal realizar o *controle substantivo* das hipóteses passíveis de suprimento via Mandado de Injunção, à luz do que dispõe o artigo 5º, inciso LXXI, do Texto Maior, delimitando o campo material de incidência do instituto, sob pena de completa subversão da sistemática engendrada pelo constituinte.

Nesse passo, importa sublinhar que o supracitado dispositivo está inserido no rol de *direitos fundamentais* do Texto Maior e, nessa condição, coloca-se à disposição dos indivíduos como instrumento para proteção de seus direitos mais elementares.

Não foi por acaso que o legislador constituinte, ao conceber o Mandado de Injunção, remeteu à proteção de “*direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”. Ou seja: nem todos os direitos e liberdades, cujo exercício dependa de norma regulamentadora, podem ser tutelados através do Mandado de Injunção.

De outro modo, o dispositivo deve ser interpretado em coerência com a sua localização topográfica no texto da Constituição, isto é, enquanto instrumento para a defesa e proteção de *direitos e liberdades fundamentais, e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*.

A razão é muito clara: uma interpretação excessivamente abrangente do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição implicaria graves problemas de *legitimação democrática* no que toca à atuação do Poder Judiciário. Nessa linha, não é desconhecida a tensão latente que existe entre, de um lado, o Estado de Direito, e, de outro, o princípio democrático:

(i) em primeiro lugar, não haveria dúvidas de que a concretização da norma faltante pelo Supremo Tribunal Federal configura atuação contramajoritária da Corte, vez que o Tribunal assume função primariamente conferida aos Poderes Executivo

e Legislativo; (ii) nestas situações, por conseguinte, estabelece-se um conflito entre, de um lado, o Estado de Direito, e, de outro, o princípio democrático; (iii) para (re)conciliar tais princípios, o Tribunal deve limitar a utilização do *Mandado de Injunção* apenas aos casos em que esteja em jogo o exercício de *direitos e liberdades fundamentais*; (iv) somente nestas hipóteses, com efeito, será possível reconhecer *legitimidade democrática* à atuação da Corte, vez que sua intervenção se dará *a favor*, e não contra a democracia¹.

Aliás, no caso do Mandado de Injunção, a necessidade de se delimitar o campo material de incidência do instituto é ainda mais evidente, vez que se impõe não apenas em reverência ao princípio democrático, mas, antes disso, em virtude da própria literalidade do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição, que, repita-se, remete à proteção de *direitos e liberdades constitucionais, e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*.

Urge verificar, dessa forma, se o direito perseguido pelo Impetrante – a saber, direito à aposentadoria especial, com fulcro no artigo 40, §4º, inciso II, da Constituição Federal – insere-se no âmbito material de tutela via Mandado de Injunção. E, a esse respeito, dúvidas não há de que a resposta é negativa.

De fato, o direito à aposentadoria especial não consta do rol do artigo 5º da Carta Maior. É verdade que os artigos 6º, *caput*, e 7º, inciso IV, da Constituição, ao tratarem dos direitos sociais, remetem à previdência social. Contudo, na linha assentada pela doutrina publicista moderna, os direitos sociais devem ser considerados *apenas* na medida em que possam ser considerados condições para o efetivo exercício, em um contexto de cooperação social, da liberdade e da soberania popular. Fora daí, inserem-se no contexto da política majoritária, em que prevalece o amplo espaço de discricionariedade dos poderes eleitos.

Seria absolutamente impossível, portanto, em um contexto de escassez e de pluralidade, defender-se uma concepção inflacionada dos direitos fundamentais sociais. Sensível a tal dificuldade, a doutrina procura identificar critérios para a definição da esfera de fundamentalidade material dos direitos sociais, valendo trazer à tona a posição de LUÍS ROBERTO BARROSO, que, para tanto, lança mão do princípio da dignidade da pessoa humana. Confira-se:

“(…) O Estado constitucional de direito gravita em torno

¹No mesmo sentido, confira-se a lição esclarecedora de Luís Roberto Barroso: “*Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. É democracia, em soberania popular e governo da maioria. Mas pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais. Quando isto ocorre, cabe ao Judiciário agir. É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador*” (BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 11. Disponível na internet, em <http://www.lrbarrroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 12.04.09).

da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. *Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público (...)*”²

Ora, não se pode perder de vista que, no caso em foco, o que se pretende vai muito além do mínimo existencial: pleiteia-se que sejam estabelecidas condições para que se goze de aposentadoria especial; ou seja, critérios específicos, distintos das regras gerais aplicadas aos demais servidores, que lhe permitam a aposentação em condições mais favoráveis.

À toda evidência, o pleito exorbita dos limites substantivos pertinentes ao Mandado de Injunção. Não estão em jogo direitos e liberdades fundamentais, nem prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Versasse a hipótese pleito de concessão de benefício assistencial – tão intimamente ligado às necessidades humanas mais básicas –, ou, ainda, de regulação para efetivação do direito geral à aposentadoria, poder-se-ia conceber o manejo do Mandado de Injunção. Mas no caso vertente, repita-se, vai além: os substituídos da Impetrante, que já têm assegurado o direito à aposentadoria, buscam a supressão da alegada mora legislativa para ter assegurados critérios especiais e mais benéficos de aposentação. Urge reconhecer, portanto, que não se trataria de direito capaz de ser classificado como materialmente fundamental.

3. Diferenciação necessária: o direito reclamado, *in casu*, implica grave interferência no orçamento da previdência. Limites institucionais da atuação do Poder Judiciário.

Ainda quanto aos limites impostos à utilização do Mandado de Injunção, cumpre tecer importantes considerações a respeito das *balizas institucionais* que limitam a atuação do Supremo Tribunal Federal. De fato, mesmo que se considerasse, sob o ângulo material, o direito à aposentadoria especial como fundamental, o pedido formulado não poderia ser acolhido, vez que, *in casu*, razões ligadas à programação orçamentária dos entes e às capacidades institucionais do Poder Judiciário colocam-se como obstáculos a tanto.

²BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 10. Disponível na internet, em <http://www.lrbarrroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 2009. *

Para demonstrar o exposto, faz-se mister expor uma análise comparativa entre, *de um lado*, os precedentes exarados pelo Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo a regulamentação do direito de greve – pioneiros em relação à mudança de posição da Corte no sentido da aplicação da “*teoria concretista*”; e, *de outro*, o caso em apreço, que envolve pleito de regulamentação de aposentadoria especial.

Naqueles julgados, o Supremo Tribunal Federal sanou a mora legislativa, no caso concreto, para regulamentar o direito dos servidores à greve, ou seja, a uma abstenção por parte do Poder Público.

A hipótese em tela, embora, a princípio, pareça ser a mesma, guarda traços completamente distintos. A razão é simples: ao invés de uma abstenção por parte do Poder Público, o direito reclamado pelo Sindicato Impetrante implica uma prestação, isto é, uma obrigação de fazer. E mais: obrigação que envolve o dispêndio de recursos públicos, interferindo diretamente no orçamento da previdência social.

Ora, não se pode desconsiderar que a viabilidade dos regimes de previdência social, na maior parte das vezes deficitários, depende de complexos cálculos atuariais. A estipulação de critérios de idade, tempo de serviço e tempo de contribuição obedece a lógicas atuariais complexas, diretamente relacionadas ao financiamento do sistema. Vale lembrar, nesse sentido, o que dispõe o artigo 201, *caput*, da Carta Maior, que, ao tratar da organização da previdência social, institui como um de seus pilares a definição de “*critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*”. É evidente, de sua vez, que a concessão de aposentadorias especiais insere-se – ou deveria estar inserida – em tais equações.

Eis o ponto a que se quer chegar: diferentemente da implementação do direito de greve, no caso em tela, o Poder Judiciário não possui legitimidade, sob a ótica *institucional*, para concretizar, em prol do Impetrante – e de todos os demais servidores que formularem pleito idêntico –, o direito à aposentadoria especial. Assim porque tal implicaria interferência direta no orçamento público, com o provável desequilíbrio das contas da previdência, cujo financiamento depende de cálculos atuariais complexos.

Não se pode perder de vista, nesse contexto, que a própria Constituição, ao mesmo tempo em contempla a previsão da aposentadoria especial em seu artigo 40, §4º, estabelece, no artigo 201 já mencionado, um princípio de *preservação do equilíbrio financeiro e atuarial*, e fixa como regra, no artigo 195, §5º, que: “*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*”.

É justamente em cumprimento a tal dispositivo, aliás, que as aposentadorias especiais concedidas pelo regime geral contam com expressa fonte de custeio (cf. artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91).

Já na hipótese vertente, caso determinada a concessão do benefício previdenciário, evidentemente que não haveria fonte de custeio passível de financiá-la – pela razão óbvia de que inexistente previsão legal e orçamentária nesse sentido. O Poder Judiciário, via transversa, estaria “atropelando” as disposições expressas dos artigos 195 e 201 da Carta da República, em patente violação – e não preservação – do Texto Maior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS NECESSÁRIAS A UMA RESPOSTA OBJETIVA À CONSULTA EFETUADA

Por fim, uma vez observada a posição atualmente dominante no Supremo Tribunal Federal, bem como os argumentos defendidos pela D. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro em casos análogos ao presente, cumpre ressaltar algumas considerações derradeiras essenciais a uma resposta objetiva à consulta formulada.

Em primeiro plano, importa sublinhar que até o presente momento, na esfera jurisprudencial, a despeito da rejeição, pelos Tribunais Superiores, da “*teoria não concretista*”, ainda sustentada a título preliminar em suas peças de bloqueio, salvo melhor juízo, o Estado do Rio de Janeiro não tem sofrido relevantes condenações ao pagamento de aposentadoria especial em sede de Mandados de Injunção (notadamente coletivos), razão pela qual se entende viável a resistência de eventuais pleitos efetuados na esfera administrativa.

Nada obstante, em segundo plano, em virtude dos recentes julgados proferidos pelo E. Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, e tal como indagado pelo Ilmo. Assessor Jurídico da Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil – SESDEC, se afigura recomendável a edição de norma infraconstitucional apta a sanar a mora legislativa, até mesmo com o intuito de se evitar futura condenação de grande vulto financeiro.

Em terceiro plano, no que se refere especialmente ao caso versado na consulta, é possível concluir, mediante acurada leitura do acórdão proferido nos autos do Mandado de Injunção Coletivo nº 1687, impetrado pelo Sindicato dos Auxiliares e Técnicos de Enfermagem do Rio de Janeiro - SATEMRJ, que a decisão teria seus efeitos restritos às partes processuais. Nesse sentido, cabe assinalar que:

(i) além de não constar no presente expediente um rol de substituídos processuais supostamente beneficiados pela decisão parcialmente procedente, proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso em foco, ao que parece, a entidade Impetrante tem abrangência meramente municipal (nota-se, nesse particular, que a ementa do acórdão faz referência expressa ao Sindicato dos Auxiliares e Técnicos de Enfermagem do Município do Rio de Janeiro – v. fl. 04 do processo administrativo), motivo pelo qual é possível questionar se a decisão abarcaria servidores públicos estaduais, mesmo que filiados ao referido Sindicato;

(ii) ao contrário de outros feitos análogos ao *mandamus* em questão, inclusive em curso perante o E. Supremo Tribunal Federal, não houve, ao que parece, no caso concreto em apreço, intimação do Exmo. Governador do Estado do Rio de Janeiro para oferecimento de impugnação;

(iii) a norma infraconstitucional regulamentadora aplicada ao caso para suprir a omissão legislativa – Lei nº 8.213 de 1991, cujo artigo 57 teve redação dada pela Lei nº 9.032 de 1995 – é de caráter federal.

Assim sendo, salvo determinação judicial expressa em sentido contrário, não se vislumbra, *a priori*, a necessidade de elaboração, pela Procuradoria Geral do Estado, de orientação para cumprimento do julgado.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, opina-se pela impossibilidade jurídica de extensão dos efeitos da decisão proferida nos autos do Mandado de Injunção coletivo nº 1687, para os servidores da Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro.

É o parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 27 de dezembro de 2010.

CHRISTIANO DE OLIVEIRA TAVEIRA
Procurador do Estado

Estou **DEACORDO** com o Parecer nº 01/2010-COT, da lavra do Procurador-Assistente desta Especializada, Dr. CHRISTIANO DE OLIVEIRA TAVEIRA, que concluiu ser inextensível aos servidores estaduais a decisão proferida no âmbito do Mandado de Injunção Coletivo nº 1687, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, tratando-se de questionamento de pretensa mora do Presidente da República e do Congresso quanto à edição de lei que discipline o direito à aposentadoria especial de servidores estatutários do setor de saúde, verifica-se que o âmbito em que a decisão preferida no referido processo poderia produzir efeitos seria aquele *federal*, na medida em que o estabelecimento de critérios diferenciados para a aposentadoria de servidores estatutários da Administração estadual é matéria própria de *lei deste ente federado*.

Não sendo o Estado ou seu Governador partes no aludido mandado de Injunção, parece-me acertada a opinião judiciosamente externada pelo ilustre Parecerista, no sentido de que a receptiva decisão não beneficia os servidores da Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil.

À douta PG-2, submetendo o presente entendimento ao superior crivo da Esma. Procuradora-Geral.

Rio de Janeiro, 29 de dezembro de 2010.

FERNANDO BARBALHO MARTINS
Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal

VISTO

APROVO o parecer nº 01/2010-COT, da lavra do ilustre Procurador CHRISTIANO DE OLIVEIRA TAVEIRA, igualmente aprovado pelo Procurador-Chefe de Pessoal FERNANDO BARBALHO MARTINS, no sentido da impossibilidade jurídica de se estender a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do mandado de injunção coletivo nº 1.687, em que figurou como impetrante apenas o Sindicato dos Auxiliares e Técnicos de Enfermagem do Município do Rio de Janeiro. Com efeito, a decisão em referência não produz efeitos em relação aos Auxiliares e Técnicos de Enfermagem do Estado do Rio de Janeiro, que não se encontram no rol dos “substituídos” pelo sindicato municipal impetrante. Não foi por outro motivo que, no processo em referência, não houve intimação do Governador para oferecimento de impugnação. Pode-se assim afirmar, com base na “teoria concretista individual” (acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) que a decisão em questão só tem eficácia entre as partes daquele *mandamus*, entre as quais, frise-se, não figura “substituto processual” dos Auxiliares e Técnicos de Enfermagem do Estado do Rio de Janeiro.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, com vistas à Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil.

Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 2011

SÉRGIO PYRRHO
Subprocurador Geral do Estado