

Grupo: Direitos Humanos na Sociedade Contemporânea

Neoconstitucionalismo e a Omissão Estatal: A Judicialização dos Direitos Sociais e a Concretização do Mandado de Injunção

Flavio Flávio Corrêa Coutinho

Mestre pelo Centro Universitário Salesiano, UNISAL – Lorena. Professor do Centro Universitário de Barra Mansa, UBM – Barra Mansa. Procurador Jurídico da Câmara Municipal da Estância Turística de Bananal/SP.

Glauco de Souza Cunha

Mestrando pelo Centro Universitário Salesiano, UNISAL – Lorena. Professor do Centro Universitário de Barra Mansa, UBM – Barra Mansa. Advogado. Procurador Chefe do Município de Volta Redonda/RJ.

Resumo

O presente estudo tem por objetivo discutir a relação existente entre o neoconstitucionalismo, a omissão estatal e a judicialização dos direitos sociais. Com base numa abordagem doutrinária, discutem-se esses importantes conceitos que se sabem de interesses na seara da política, da sociologia e do direito. Apresenta-se a judicialização como necessário para a democracia e para a concretização e efetivação dos direitos constitucionais. Procurar-se demonstrar que a concepção moderna do Estado Democrático de Direito exige da atuação do Poder judiciário mais concretista para atender os anseios da sociedade positivados no ordenamento constitucional.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, omissão estatal, judicialização.

Resumem

El presente estudio tiene como objetivo analizar la relación entre el neoconstitucionalismo, el fracaso del Estado y la justiciabilidad de los derechos. Sobre la base de un enfoque doctrinario estas importantes que discutir conceptos que son conocidos por los intereses en el campo de la política, la sociología y el derecho. Muestra la legalización como sea necesario para la democracia y para la aplicación y el cumplimiento de los derechos constitucionales. Tratar de demostrar que la concepción moderna del Estado democrático de derecho requiere que el poder judicial rendimiento de potencia más concretista para satisfacer las aspiraciones de la sociedad positivizada en el orden constitucional.

Palabras-clave: Neoconstitucionalismo, el fracaso del Estado, la legalización.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Direitos sociais e seu poder normativo. 3. A Judicialização dos Direitos Sociais na ótica da Constituição de 1988. 4. A teoria Concretista do Mandado de Injunção. 6. Conclusão. 7. Referências

1. INTRODUÇÃO

Quando a Carta Federal foi promulgada, é certo que diversas situações aguardavam, como ainda aguardam, a devida regulamentação posterior, o que é natural, pois, em regra, as constituições são criadas com intuito de se perpetrarem no tempo, contudo não é possível ao poder constituinte originário prever situações futuras e inusitadas, nem tampouco já inserir no texto constitucional soluções exatas e específicas aos fatos sociais que, naturalmente, irão evoluir.

Assim, como solução a evitar uma deterioração, torna-se necessária a alteração da Lei Maior, que se dá através de um poder derivado, criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas.

A existência de disposições constitucionais dependentes de regulamentação levou o constituinte a prever no art. 5º da Carta Federal o mandado de injunção para, quando necessário, garantir o efetivo 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.

Os requisitos constitucionais para a proposição do mandado de injunção são a existência de norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania e a falta de norma regulamentadora, tornado inviável o exercício dos direitos e liberdades e prerrogativas acima mencionados.

Dirley da Cunha Júnior¹ leciona que o mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela dos direitos subjetivos, sendo uma ação constitucional de garantia individual.

A legitimidade ativa cabe a qualquer pessoa que, pela omissão de não se editar norma regulamentadora, tiver inviabilizado o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Importante frisar que a lei de mandado de Injunção, lei 13.300 de 25 de junho de 2016 admite o ajuizamento de mandado de injunção coletivo, onde reconhece a legitimidade ativa de organizações sindicais face a inviabilidade de exercício de direitos constitucionais de seus membros pela falta de norma regulamentadora.

Sobre a possibilidade da pessoa jurídica de direito público poder impetrar mandado de injunção vale lembrar a lição do Ministro Gilmar Mendes em seu voto por ocasião do julgamento do MI 725:

Não se deve negar aos Municípios, peremptoriamente, a titularidade de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de impetração das ações constitucionais cabíveis para sua proteção. Se considerarmos entendimento amplamente adotado de que as pessoas jurídicas de direito público podem, sim, ser titulares de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, parece bastante razoável vislumbrar a hipótese em que o Município, diante da omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício desse direito, se veja compelido a impetrar mandado de injunção. A titularidade de direitos fundamentais tem como consectário lógico a legitimação ativa de propor as ações constitucionais destinadas à proteção efetiva desses direitos.

Interessante observar que neste julgamento foi declarada a inexistência de direito ou prerrogativa constitucional do Município cujo exercício estivesse sendo obstaculizado pela

¹ Dirley da Cunha Júnior, Controle das omissões do poder público, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 553

ausência da lei complementar federal, o que levou ao não conhecimento do mandado de injunção.

Contudo, como fica claro no voto do eminente Ministro, o Supremo Tribunal Federal deixou de forma clara que existe a possibilidade de legitimação ativa da pessoa jurídica de direito público caso exista omissão.

Em breves linhas, estas são algumas das particularidades inerentes a este remédio constitucional que, ao longo dos anos vem apresentando relevante papel ante as omissões constitucionais motivadas pela inércia legislativa, que de forma injusta, torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania de milhares de cidadãos.

2. DIREITOS SOCIAIS E SEU PODER NORMATIVO

Em relação à normatividade e a concretização dos direitos sociais, Bonavides, asseverou que, estes passaram “primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou sua eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de recursos”².

Na obra sempre citada de Bobbio:

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o "programa" é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de "direito"?³

Esta pergunta de Bobbio (os direitos são direitos?) origina-se de uma constatação empírica, uma vez que tais direitos geram custos de implementação e, sendo os recursos estatais limitados, como atender os anseios da sociedade. Eis o problema: são feitas escolhas e o gozo de alguns

²BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* p. 518

³BOBBIO, Norberto. *Op. Cit.* p. 77

direitos é preterido. Então os direitos sociais estão sujeitos a postergação *sine die*, são direitos ou meros conselhos ao que detém o poder?⁴

J.J. Canotilho, ao tratar dos modelos de positivação aborda que, “Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, apontam-se principalmente quatro possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais.” Quais sejam: As “normas sociais” como normas programáticas⁵; como normas de organização; como “garantias institucionais” e; por último, como “direitos subjetivos públicos.”⁶E ainda prossegue:

A força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador⁷.

O atual Ministro do Supremo Luís Roberto Barroso ensina que o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, principalmente dos direitos sociais, foi uma importante conquista do jusconstitucionalismo.

Não obstante, os direitos fundamentais sociais possuem uma efetiva força jurídica e não apenas moral, simbólica ou política.

O art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, determina que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A cláusula da aplicação imediata é a consagração expressa do princípio da máxima efetividade, que é inerente aos direitos fundamentais.

O texto constitucional de 1988 reconhece formalmente que os direitos fundamentais têm uma força jurídica especial e potencializada. Ainda que o dispositivo tenha caráter

⁴RAMOS, André de Carvalho; SERRANO, Pablo Jiménez. *Op. Cit.* p. 140

⁵“O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao ‘seguro desemprego’ em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente, frustrada pelo legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na ‘desproteção’ da família”. (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p.120.)

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.* p. 464-465.

⁷ Idem. p. 370-371

princípiológico, tal norma deverá ser interpretada de acordo com a necessidade do caso concreto⁸, lembrando que, devem ser respeitado preferencialmente os interesses do cidadão.

A principal observação que deve ser analisada é que os direitos sociais não são normas meramente programáticas, porque, mesmo que os direitos sociais fossem considerados normas programáticas, houve uma evolução quanto à força jurídica das normas dessa espécie, de tal fato que, hoje, mesmo as normas ditas programáticas possuem força jurídica suficiente para permitir a atuação judicial em uma situação de violação por ação ou omissão do Legislador.

Diante do exposto, os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador discipline um direito já estabelecido constitucionalmente para, só assim, ele ser aplicável.

Atribuir aplicação direta e imediata aos direitos fundamentais sociais representa um grande passo para a concretização da democracia plena, mas perdura o entendimento que essa aplicabilidade pode ser estendida a todos os direitos fundamentais. Como se observa nas instruções de Gilmar Ferreira Mendes:

Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são auto-aplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador⁹.

Portanto, a normatização potencializada aplicada aos direitos fundamentais sociais representa um importante instrumento de engrandecimento e concretização destes direitos.

3. A Judicialização dos Direitos Sociais na ótica da Constituição de 1988

No Estado liberal, a tarefa do Poder judiciário estava bem limitada, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto, evitando interferência dos demais poderes na esfera de liberdade dos cidadãos. Assim o magistrado não ampliava o alcance da lei, uma vez que não era dotado de

⁸Para Luís Roberto Barroso, “o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquele que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329).

⁹MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 252

legitimidade constitucional para criação e interpretação, essa tarefa era exclusiva do legislador.

Entretanto, com o surgimento das normas programáticas, o Poder Judiciário foi convocado a decidir a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos dos demais poderes. Houve, portanto, uma mudança de paradigma na atuação dos magistrados, a apreciação dos direitos fundamentais sociais invadiu as chamadas “controvérsias de classe”, o que demandou um certo grau de criatividade e ativismo judicial.¹⁰

Logo, no caso de irrazoável omissão estatal, seja pelo Poder Legislativo ou Executivo em concretizar os direitos fundamentais sociais, surge o questionamento se o indivíduo pode solicitar a intervenção do Poder Judiciário na concretização desses direitos.

A jurisdição, como enfatiza de forma precisa Cândido Rangel Dinamarco, “não é um poder; mas o próprio estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual”¹¹

Para Habermas ainda não foi resolvida a seguinte questão: “de que modo a prática de interpretação, que procede construtivamente, pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de direito, sem que a justiça lance mão de competências legisladoras (o que a faria soterrar a ligação estrita que deve haver entre a administração e a lei)?¹² Ainda Habermas “A crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes.”¹³

Diante de uma análise dogmática, tendo em vista o princípio da separação dos poderes, positivado no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário não poderia intervir em atribuições reservadas aos outros poderes (Legislativo e Executivo), para controlar, discricionariamente, as preferências de organização e prestação dos serviços de efetivação referente a tais poderes.

Para Habermas, a competência para recursos constitucionais e para o controle de constitucionalidade é problemática, ao menos sob pontos de vista da divisão de poderes. A concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas.¹⁴

¹⁰CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80

¹¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1, p. 294.

¹²HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. tradução: Flávio Beno Siebeneichler. v.1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. p.297

¹³Idem. 298

¹⁴HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.* p.299

O controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial.¹⁵

Entretanto, não se esta mais diante de um modelo rígido da separação dos poderes, baseado em uma absoluta independência, sem rivalidades, sem conflitos entre os poderes. Esse modelo, hoje, resta abolido das constituições modernas.

Como Observa Fábio Konder Comparato, é necessário na atualidade, antes de qualquer coisa, afastar a clássica objeção de que o Judiciário não tem competência, pelo princípio da divisão de Poderes, para julgar “questões políticas.” Ainda o autor nos elucida que:

Interpretada em sua literalidade, a norma significaria inegável amesquinamento do poder de julgar a constitucionalidade de certos atos, considerados discricionários, das câmaras legislativas ou de Chefes do Poder Executivo. Esclarecida, assim, essa clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais, estabeleçamos, desde logo, que o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tempor objeto não só as finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingirem esses fins. No tocante a esta última hipótese, por exemplo, é de se assinalar que uma política de estabilidade monetária fundada na prática de juros bancários extorsivos e na sobre valorização do câmbio, pode-se revelar, de modo geral, incompatível com os fundamentos constitucionais de toda a ordem econômica, quais sejam a valorização do trabalho humano e a exigência de se assegurar a todos existência digna[...]¹⁶

Fernando Facury Scaff ensina que a atribuição do “Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo” ou o Poder Executivo, transformando o que é “discricionariedade legislativa” em “discricionariedade judicial”, mas solucionar conflitos nos termos da lei.¹⁷

¹⁵Idem. p. 301.

¹⁶COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. de 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/364>> Acesso em: 12 abr 2014.

¹⁷SCAFF, Fernando Facury (Org.); ROMBOLI, R. (Org.); REVENGA, M. (Org.). **A Eficácia dos Direitos Sociais**- I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 29

Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, analisando a discricionariedade dos direitos sociais, ensina que o administrador terá o dever jurídico de praticar "não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei"¹⁸

O grande problema está em entender políticas públicas como atos administrativos de competência discricionária e, neste sentido, não veem grandes possibilidades de seu controle pelo Poder Judiciário, atendendo ao princípio da separação dos poderes. Necessário destacar que políticas públicas são mais do que meros atos administrativos discricionários e menos do que atos legiferantes.

Contudo, como dissertado anteriormente, os direitos sociais são direitos fundamentais, gerando demandas por parte do poder estatal e portanto são prontamente exigíveis.

Ainda Habermas, as decisões dos Tribunais têm quase sempre o caráter principiológico, "As decisões do Tribunal Constitucional Federal qualificam os direitos fundamentais como princípios de uma ordem jurídica geral, cujo conteúdo normativo estrutura o sistema de regras em seu todo". E continua "(...) está fora de dúvida que existe uma mudança na conceitualização dos direitos fundamentais, que se reflete na jurisprudência constitucional – uma mudança nos princípios de uma ordem jurídica que garantem a liberdade e a legalidade da intervenção." ¹⁹

Ronald Dworkin defendia a possibilidade de transferência de questões políticas para o Poder Judiciário com o intuito de garantir a concretização de direitos individuais: "Estou afirmando agora apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobredireitos"²⁰. Para Dworkin, ao se atribuir ao Judiciário a função de decidir os conflitos políticos busca-se que tais conflitos sejam resolvidos não com base em fundamentos políticos, mas jurídicos²¹.

Flavia Piovesan ressalta que para se aperfeiçoar a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos sociais, como verdadeiros direitos subjetivos, é necessário a participação efetiva da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo.²²

¹⁸MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 33.

¹⁹HABERMAS, Jürgen. Op. Cit. p.307-308

²⁰DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 27.

²¹Idem. p. 111.

²²PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. et al.; **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69.

Outro argumento constitucional que autoriza a intervenção do Poder Judiciário é o inciso XXXV do mesmo artigo 05º, preceito este que trata do princípio da inafastabilidade da função jurisdicional. Ora, quando verificada a ausência de atuação do Poder Público, seja na inexistência de lei regulamentando preceito constitucional, ou na ineficácia administrativa em prover adequadamente as políticas públicas, ao indivíduo só resta buscar o Judiciário para satisfação daqueles direitos também positivados na Constituição.

Consoante a esse dispositivo constitucional, todas as lesões a direitos fundamentais sociais levadas ao conhecimento do judiciário, este está obrigado a apreciar a matéria, desde que, é claro, sejam respeitados os ritos processuais, uma vez que a Constituição, ao positivar o princípio da inafastabilidade amplia consideravelmente a atuação e a competência do Poder Judiciário.

Portanto, o Poder Judiciário poderá intervir nas questões de políticas públicas dos demais poderes, no que tange a efetivação e concretização dos direitos sociais. Esse poder é denominado “judicialização da política”. Trata-se assim de uma intervenção excepcional que não fere o princípio da separação dos poderes, mas, pelo contrário, é um instrumento de fortalecimento do Estado Democrático garantidor de direitos.

4. A Teoria Concretista do Mandado de Injunção

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 8.213/91.²³

Sobre a omissão constitucional apresentada, em especial, o julgado sob comento, importante frisar que o STF assim noticiou:

“O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador. (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007).²⁴

²³ MI 721, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142

²⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>

Este julgado revela importante mudança de paradigma na atuação do tribunal, dando nova orientação jurisprudencial ao tema e, ainda, autoriza, em sede de questão de ordem, que os Ministros decidam monocraticamente os casos idênticos.

Ocorre que por muito tempo o STF adotou uma posição não concretista²⁵, onde a decisão apenas decretava a mora do poder omissivo, reconhecendo-se formalmente a sua inércia, o que era criticado pela doutrina, vez que em tais moldes, persistindo a inércia legislativa, a decisão seria inócua.

No tema em debate, tais efeitos seriam catastróficos, pois enquanto não se elaborasse a norma ninguém poderia aposentar-se pelo regime especial.

A omissão tem início já na redação primitiva do art. 40 da Constituição que, ao dispor sobre aposentadoria voluntária no parágrafo primeiro do inciso III, previa a possibilidade de lei complementar estabelecer exceções:

Art. 40. O servidor será aposentado:

(...)

§ 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.

(...)

Pouco mais dez anos após, nenhuma lei havia sido criada, e com a Emenda Constitucional nº 20/98, houve a alteração do § 4º do artigo 40, que passou a ter a seguinte redação:

§ 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.

²⁵ Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, pag. 593, 15. Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo. Saraiva, 2011

Neste momento, observe-se, foi retirada a expressão “poderá”, dando caráter imperativo à expedição de norma regulamentadora aos direitos fundamentais relativos à aposentadoria, mais especificamente os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Em 2005 a Emenda Constitucional nº 47, altera § 4º, incluindo também os portadores de deficiência física e aqueles que exercem atividades consideradas de risco, e determinando a edição de leis complementares para cada caso:

§ 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.

Assim, verifica-se que a norma constitucional evoluiu ampliando a aplicação do direito de aposentadoria especial, incluindo em seu rol diversos casos outrora não abordados.

Contudo é certo que transcorridos dez anos da edição da última emenda, não houve a edição de norma complementar alguma a regulamentar o rol estabelecido na Carta Federal, justificando a impetração de mandado de injunção, vez que caracterizada a inércia legislativa.

Interessante apontar que em sede de defesa, a AGU chegou a apresentar alegação de que a decisão judicial em Mandado de Injunção caracterizaria invasão de competência violando o Princípio da Separação dos Poderes, o que foi rechaçado pelo Supremo, vez que quando se dá a prestação jurisdicional em sede de mandado de injunção, viabiliza-se o exercício do direito, da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania, ante o caso concreto apresentado.

Ante a inexistência de legislação a regulamentar o disposto nos incisos art. 40 da Constituição, foi requerida a aplicação do disposto no regime geral da previdência social, especificamente no § 1º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, o qual dispõe:

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

§ 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.

Tal omissão na concretização do preceito constitucional obriga o STF ao exercício de seu dever-poder, ao qual está vinculado, por força nos dispositivos constitucionais acima apresentados, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Melo²⁶, e para remoção do obstáculo criado por essa omissão legislativa, supletivamente, dá provimento ao mandado de injunção para tornar viável a aplicação do direito consagrado no artigo 40, §4º, da Constituição, aplicando, ao caso concreto, os termos do artigo 57 da Lei 8.213/91.

3. DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 33 STF

Como já apontado, este julgado revela importante mudança de paradigma na atuação do tribunal, o que já vinha ocorrendo, haja vista o Mandado de Injunção n. 107, *"leading case" na matéria relativa à omissão*, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida, e no caso sob comento, dando nova orientação jurisprudencial ao tema e, ainda, autoriza, em sede de questão de ordem, que os Ministros decidam monocraticamente os casos idênticos.

²⁶ In "Verba de representação" in RT 591/43, janeiro de 1985.

Após a mutação do entendimento, milhares de mandados de injunção foram protocolados no Supremo Tribunal Federal buscando a mesma reparação.

O grande volume de ações idênticas originou a proposta de edição de súmula vinculante, apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, com fundamento em diversos precedentes, sendo o mais antigo o Mandado de Injunção 721.

É espantosa a proporção apresentada pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto sobre mandados de injunção buscando o direito a aposentadoria especial:

”É que, de 2005 a 2013, pelo levantamento que eu fiz, o Tribunal recebeu cinco mil duzentos e dezenove mandados de injunção, e, desses, quatro mil oitocentos e noventa e dois, ou seja, 94% tratam a respeito do artigo 40, § 4º, da Constituição. E o Tribunal enfocou vários aspectos, mas praticamente repetiu sempre a mesma decisão.”²⁷

A relevância do tema levou ainda à manifestação na condição de *amicus curie* de diversos interessados, que vão desde órgãos públicos a entidades representativas de classe.²⁸

Desta forma, na Sessão Plenária de 09/04/2014, o Tribunal, por unanimidade, acolheu e aprovou a proposta de Súmula vinculante nº 33²⁹, nos seguintes termos:

“Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.”

4. CONCLUSÃO

Assim, o mandado de injunção junto ao Supremo Tribunal Federal não só cumpriu sua função constitucional como também ante a omissão e inércia legislativa no que tange à aposentadoria especial de servidor cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, provocou a edição de súmula vinculante que dá solução provisória ao caso, mas de forma concreta, não deixando ao desamparo, mas verdadeira e efetivamente tornando viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania dos servidores públicos, conforme garantido na Constituição Federal.

²⁷ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_33__PSV_45.pdf

²⁸ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_33__PSV_45.pdf

²⁹ DJe nº 77 de 24/04/2014, p. 1. DOU de 24/04/2014, p. 1.

BIBLIOGRAFIA

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Juspodivm. 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle das Omissões do Poder Público**. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 553.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza – 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2012.

MI 721, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142.

MORAES, Alexandra de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo. Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

Site: www.stf.jus.br.