

A AÇÃO DE INJUNÇÃO E OS SEUS EFEITOS CONCRETOS NA HIPÓTESE DO ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ATINENTE À APOSENTADORIA ESPECIAL NO SERVIÇO PÚBLICO

Clemilton da Silva Barros

Advogado da União, pós-graduado em Direito Processual Civil, em Direito do Trabalho e em Direito Processual do Trabalho; mestrando em Direito e Políticas Públicas; Professor da Universidade Estadual do Piauí, e autor de diversos trabalhos jurídicos.

Sumário: 1 Introdução; 2 O mandado de injunção; 2.1 Aspectos históricos, Conceituais e natureza jurídica; 2.2 O objeto da ação de injunção; 2.3 Pressupostos da ação de injunção; 2.4 Legitimidade ativa para a ação de injunção; 2.5 Legitimidade passiva na ação de injunção; 2.6 Distinção entre a ação de injunção e a ADIn por omissão; a) Distinção quanto ao órgão julgador; b) Distinção quanto aos legitimados; c) Distinção quanto à matéria; d) Distinção quanto aos efeitos da decisão; 3 A sentença e seus efeitos na ação de injunção; 3.1 Teorias que estudam os efeitos da decisão na ação de injunção; 3.1.1 Teoria não concretista; 3.1.2 Teoria concretista; a) Teoria concretista geral; b) Teoria concretista individual; 3.2 Evolução histórica da jurisprudência do STF quanto aos efeitos da decisão na ação de injunção; 3.2.1 Adoção da teoria não concretista; 3.2.2 Adoção da teoria concretista individual intermediária; 3.2.3 Adoção da teoria concretista individual direta; 3.2.4 Adoção da teoria concretista geral; 4 Hipóteses de normas essencialmente incompletas; 5 Conclusão; 6 Referências.

Resumo: A ação de injunção tem como foco a denominada “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”. O STF se limitava a declarar a omissão do Poder Público. A partir do final de 2006, passou a adotar uma posição concretista, chegando mesmo a suprir a omissão legislativa com efeitos *erga omnes*. Cogita-se da inaplicabilidade de efeitos concretos em norma desprovida dos seus elementos essenciais de efetividade, cuja regulamentação integra o núcleo do direito que proclama, a exemplo do art. 40, § 4º, da CF, objeto de análise pelo STF no MI nº 721-DF, referente à aposentadoria especial no serviço público.

Palavras-chaves: Mandado de injunção; jurisprudência do STF; aposentadoria especial dos servidores públicos.

1 INTRODUÇÃO

As declarações de direito têm sido tradição em todas as Constituições Brasileiras, a partir mesmo da primeira delas, a Constituição Imperial de 1824, que consagrava as “liberdades públicas”, impondo limitações ao poder do Estado, o que foi seguida de perto pela segunda, a Carta Republicana de 1891, tudo se repetindo na Constituição de 1934, na qual também foram acrescentados os direitos sociais.

A Constituição de 1988 cuidou das declarações de direitos de um modo especial e inédito no constitucionalismo brasileiro, englobando todo o conteúdo já constante das Constituições anteriores, e ampliando-o para inserir pelo menos um dos direitos de solidariedade, o direito ao meio ambiente, com previsão no seu art. 225.

De fato, foi inequívoca a Carta Constitucional de 1988 ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, dedicando-lhes especial importância ao explicitá-los em títulos específicos (Títulos I e II), antes mesmo de dispor sobre a organização política e administrativa do Estado, evidenciando que a prioridade do Estado Brasileiro passaria a ser a promoção de tais direitos e garantias, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à segurança, à não discriminação, ao devido processo legal, à igualdade, aos direitos sociais, econômicos e culturais dentre outros, cujos fins destinam-se a proporcionar a dignidade da pessoa humana.

E ao tempo em que estabeleceu os “direitos”, também cuidou o constituinte de 1988 de prever as “garantias fundamentais”, estas, destinadas a assegurar o exercício dos direitos fundamentais, figurando assim como um manto de proteção destes, incluindo-se ainda nesse contexto uma terceira espécie, que a doutrina nominou de “remédios constitucionais”, consistindo em instrumentos postos a disposição dos cidadãos, enquanto titulares de direitos fundamentais, com o fim de sanar, corrigir ou evitar ilegalidade e abuso de poder que venham a causar lesão ou inobservância dos direitos e das garantias fundamentais.

Via de regra, para cada direito fundamental é outorgada uma garantia fundamental, embora esta quase sempre apareça apenas implicitamente no texto constitucional. E uma vez violada essa garantia, e bem assim o direito fundamental, a Constituição Federal põe à disposição do indivíduo instrumentos específicos para a defesa destes, que são os “remédios constitucionais”.

Na verdade, quando falamos em “remédios constitucionais”, estamos a falar de instrumentos de controle judicial da Administração Pública¹, prevendo expressamente a Constituição as seguintes espécies: *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII); *habeas data* (art. 5º, LXXII); mandado de injunção (art. 5º, LXXI); mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX); mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); ação popular (art. 5º, LXXIII); e ação civil pública (art. 129, III).

Conquanto estabeleça o art. 5º, § 1º, da CF que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, nem todas essas normas têm eficácia plena, eis que muitas delas carecem de atuação normativa ulterior para garantir a sua aplicabilidade, mediante a edição da norma regulamentadora. É nesse contexto que se insere um dos remédios constitucionais sobre o qual nos debruçaremos nesta análise, o mandado de injunção, cuja aplicabilidade pressupõe sempre a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa.

Pois bem, na presente análise buscaremos trazer ao campo das discussões algumas considerações acerca do mandado de injunção, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e, pois, de controle da Administração Pública, quando verificado que, por omissão desta, o exercício de um dado direito subjetivo, apesar de assegurado pela Constituição, torna-se frustrado pela falta da respectiva norma regulamentadora.

Do mesmo modo, buscaremos fazer uma análise em torno da jurisprudência do STF no tocante aos efeitos da decisão concessiva da injunção, e a título exemplificativo demonstraremos a aplicabilidade da ação de injunção à hipótese do art. 40, § 4º, incisos II e III, da CF, referente ao direito de aposentadoria especial do servidor público vinculado a regime próprio de previdência social, em atividades de risco ou sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, direito este que depende de regulamentação mediante lei complementar, objeto de apreciação pelo STF no MI nº 721-DF.

1 Ao que chamamos aqui de “remédios constitucionais”, José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 873) chama de “meios específicos” de controle da Administração Pública.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1 Aspectos históricos, conceituais e natureza jurídica

A definitiva consolidação do Estado Democrático de Direito está intimamente vinculada à ideia de irrestrita efetividade das normas constitucionais, especialmente aquelas garantidoras dos direitos fundamentais, eis que estas representam os reais anseios da sociedade, visando, sobretudo, a implementação de melhores condições da coexistência humana, a partir mesmo da garantia da dignidade da pessoa. Desse modo, não se concebe a existência de normas desse padrão que sejam desprovidas de qualquer aplicabilidade.

É certo que não se pode falar de absoluta ineficácia das normas constitucionais. Vale dizer, toda a normatividade que emana do texto constitucional possui eficácia, porém, sendo esta diferenciada de acordo com o grau de aplicabilidade que quis dar-lhe o constituinte. O fato é que, apesar de dotadas de um certo teor de eficácia, nem todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, por si só, têm aplicação imediata em sua plenitude, como parece fluir art. 5º, § 1º da CF, porquanto muitas delas dependem de regulamentação futura pelo legislador ordinário. Daí a própria Constituição ter previsto instrumentos voltados para reparar as omissões do Poder Público no tocante à sua missão legiferante, como é caso da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF/88) e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF/88).

No que toca à eficácia ou aplicabilidade das normas constitucionais há uma classificação clássica, estabelecida por Rui Barbosa, que divide as normas constitucionais em autoaplicáveis (não necessitam de qualquer norma complementar para adquirir eficácia, têm eficácia direta, imediata) e não autoaplicáveis (necessitam de outras normas regulamentadoras, têm eficácia mediata, indireta).

A partir da classificação de Rui Barbosa, José Afonso da Silva² propõe outra, considerando todas as normas constitucionais como autoaplicáveis, pois são todas revestidas de eficácia jurídica, ou seja, são dotadas de capacidade para produzir efeitos no mundo jurídico, seja em maior ou menor grau. Assim consta da classificação do referido autor:

² José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 163/164.

- a) *normas de eficácia plena*, são as auto-aplicáveis;
- b) *normas de eficácia contida*, têm aplicabilidade imediata, mas podem ser restringidas, desde que haja previsão constitucional dessa restrição, contudo, enquanto não for criada a legislação infraconstitucional limitadora, a eficácia será plena; e
- c) *normas de eficácia limitada*, correspondendo às não auto-aplicáveis, divididas em normas de *princípio institutivo* - aquelas pelas quais o constituinte institui um determinado órgão e repassa ao legislador ordinário o mister da regulamentação; - e *normas programáticas* - dispõem sobre programas ou projetos de governo que devem ser implementados.

É exatamente por força desses distintos graus de eficácia das normas constitucionais e, sobretudo, pela inaptidão de algumas delas por si sós, produzirem de imediato os seus mais relevantes efeitos, que a Constituição Federal previu os dois instrumentos acima destacados capazes de fazer valer a disposição do art. 5º, § 1º, da CF, conferindo efeitos imediatos às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, embora carecedoras de regulamentação.

Pois bem, prescreve a Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LXXI, que será concedido 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.

A previsão foi inovadora não somente no âmbito da ordem jurídica brasileira, mas também no âmbito mundial, eis que, embora preexistam medidas com nome semelhante, a exemplo do *writ of injunction* no direito inglês, não se consegue identificar no direito comparado a fonte de inspiração do constituinte de 1988, porquanto a nossa ação de injunção é única nos moldes em que se encontra prevista.

Apesar do nome “mandado de injunção”, como consta da própria Constituição Federal, a exemplo do “mando de segurança”, afigura-se mais adequado chamá-lo de “ação de Injunção”, vez que a expressão “mandado de injunção” mais se adequa para exprimir o seu objeto, um mandado judicial destinado a suprir a omissão legislativa.

Enfim, trata-se a ação de injunção de um instrumento constitucional civil, de natureza mandamental, pois, de procedimento especial, destinado exclusivamente ao controle do Poder Público em caso de omissão legislativa, cujo provimento positivo resultará num “mandado injuncional” destinado a viabilizar o exercício de um direito, de uma liberdade ou de uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. É instituto processual vocacionado a dar efetividade aos direitos constitucionais subjetivos inviabilizados por ausência da norma regulamentadora.

2.2 O objeto da ação de injunção

Ao impetrar uma ação de injunção a parte autora propugna pela concessão de uma sentença que declare a omissão legislativa, consistindo tal sentença num verdadeiro “mandado” (de injunção) endereçado ao órgão omissor, reclamando deste a adoção das medidas necessárias à aplicação da norma constitucional que se encontra inerte por falta da regulamentação.

O propósito do mandado de injunção não é o de garantir todo e qualquer exercício de direitos inseridos na Constituição. Conforme já expressado, esta garantia jurídica só é cabível quando a falta de norma regulamentadora que obsta o pleno exercício dos direitos e liberdades constitucionais, compreendidos como oriundos das clássicas declarações de direitos individuais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Em suma, na esteira de Hely Lopes (2007, p. 245), podemos dizer que o objeto fundamental da ação de injunção é o “mandado injuncional”, destinado à proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição diante da omissão do Poder Público em expedir as normas regulamentadoras pertinentes.

2.3 Pressupostos da ação de injunção

A partir da previsão constitucional da ação de injunção, a doutrina aponta os seguintes pressupostos para o seu regular ajuizamento:

- a) a existência de um direito constitucional, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; e

- b) a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição desse direito ou prerrogativa.

É de se destacar que o interesse de agir na ação de injunção decorre da titularidade do bem reclamado. A sentença que conferir a pretensão há de ter direta utilidade para o impetrante. Por exemplo, não cabe a sua impetração para pleitear a garantia de relação de emprego quando o autor já se encontra desempregado.

Não cabe ação de injunção se o direito constitucional subjetivo reclamado não está a depender de regulamentação normativa infraconstitucional obrigatória, ou para suprir deficiência de norma infraconstitucional regulamentadora de direito constitucional subjetivo. Igualmente é incabível se houver possibilidade de outra ação judicial para viabilizar o direito pleiteado ou ainda *se a norma constitucional for de eficácia plena ou de eficácia contida*.

Segundo a jurisprudência dominante do STF e do STJ, não se admite a ação de injunção para obrigar o Judiciário a substituir o legislador na sua função legiferante, sob pena de agressão à separação do poderes. A interpretação estritamente literal desse entendimento fez prevalecer a teoria não concretista por muito tempo na jurisprudência da Corte. Contudo, é preciso observar que não caracteriza substituição do legislador a simples aplicação de efeitos concretos na decisão concessória da injunção, tratando-se apenas de uma função normativa pelo Judiciário, conforme prevê a Constituição, e não propriamente de função legislativa. Tanto é assim que sobrevindo a lei, esta suplantará o conteúdo da decisão concretista.

Na citação de Hely Lopes (2007, p. 248), o direito resguardado pela via da ação de injunção é aquele desde logo assegurado pela Constituição, porém pendente de regulamentação. Se a Carta Política simplesmente faculta ao legislador a outorga de um direito, sem ordená-lo, o mandado de injunção é juridicamente impossível (STF, MI nº 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RT 677/235; MI nº 425-1-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, ADV 1995, Ementa nº 68.804). Enfim, somente as *normas de eficácia limitada* podem ser objeto de ação de injunção.

2.4 Legitimidade ativa para a ação de injunção

É titular do direito de ação injuncional qualquer pessoa que se sinta impedida de exercitar um direito ou prerrogativa assegurados na

Constituição, por falta da respectiva norma regulamentadora. Mas é preciso que o bem perseguido esteja realmente assegurado constitucionalmente e que haja um comando de obrigatoria regulamentação.

Diferente é a situação em que a Constituição apenas outorga expectativa de direito e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar essa mera expectativa de direito em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe ação de injunção e sim ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, parágrafo 2º)³.

Apesar da ausência de previsão expressa da Constituição Federal, como destaca Alexandre de Moraes (2004, p. 182), admite a jurisprudência do STF ser plenamente possível a ação de injunção coletiva, tendo sido reconhecida a legitimidade para as associações de classe devidamente constituídas, seguindo os mesmos moldes da ação do mandado de segurança coletivo.

2.5 Legitimidade passiva na ação de injunção

A ação de injunção é proposta sempre em face da autoridade, órgão ou Poder omissos, a quem cabe a regulamentação da norma constitucional que resguarda o bem invocado pelo impetrante. Assim, a legitimidade passiva é da pessoa estatal enunciada pela Constituição como titular da competência para deflagrar o procedimento legislativo, ou seja, a autoridade ou órgão público competente para a feitura da norma infraconstitucional regulamentadora, jamais as entidades de direito privado nem as pessoas físicas que não sejam autoridades públicas, uma vez que somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos.

Os particulares não se revestem de legitimidade passiva *ad causam* para o processo injuncional, pois não lhes compete o dever de emanar as normas reputadas essenciais ao exercício do direito vindicado pelo impetrante. Dessa forma, a natureza jurídico-processual do instituto não permite a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entre estatais.

Ressalte-se, como assevera Moraes (2004, p. 183), que se a omissão for legislativa federal, a ação de injunção deverá ser ajuizada

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, [19-], p. 250/251.

em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa da lei for privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º), quando então a ação de injunção deverá ser ajuizada em face do Presidente da República, nunca em face do Congresso Nacional. Isso nos leva a enfatizar que a legitimidade passiva há de ser sempre daquele a quem cabe deflagrar o procedimento regulamentar, e não necessariamente do órgão legislativo.

2.6 Distinção entre a ação de injunção e a ADIn por omissão

A ação de injunção e a ADIn por omissão têm propósitos comuns. Destinam-se a combater a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, inércia constitucional decorrente da omissão do Poder Público na efetivação da norma regulamentadora.

Canotilho⁴, ao discorrer sobre as perspectivas da ação de injunção e da inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro, faz a seguinte observação:

Resta perguntar como a ação de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir “o rochedo de bronze” da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos.

O que pretendeu o constituinte de 1988 foi dar solução ao problema cultural da norma constitucional carecedora de regulamentação. Desse modo, visando a plena eficácia da Constituição, previu mecanismos para combater a inércia legislativa⁵, tradicional

4 CANOTILHO, J.J.Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367.

5 Para uma interessante análise dos debates ocorridos durante a Assembléia Constituinte de 1988 acerca dos dois mecanismos, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 167-177.

estratégia jurídico-política que frustra as possibilidades de pleno uso dos direitos constitucionalmente assegurados. Assim, inovou com a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, parágrafo 2º) e com a criação do mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI).

Contudo, é importante não confundir a ação injuncional com a ação de inconstitucionalidade por omissão. São diferentes os legitimados, não são necessariamente julgados pelo mesmo órgão judicial, e as matérias sobre as quais podem incidir a ação de injunção são bem mais estritas do que no caso da ADIn por omissão. Aliás, é mister observar que a única semelhança entre os dois institutos reside no fato de ambos agirem contra a falta de regulamentação de determinados direitos e liberdades constitucionais.

a) Distinção quanto ao órgão julgador

Há notável distinção entre os dois institutos, na medida em que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de órgãos administrativos e legislativos federais somente pode ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, I, *a*, da Constituição Federal.

Já a ação de injunção tanto pode ser impetrada perante o Supremo Tribunal Federal, como perante outros juízos.

O STF aprecia a ação de *injunção em sede de competência originária* na forma do art. 102, I, alínea *q*, 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. Em sede de *competência recursal ordinária*, na forma do art. 102, II, alínea *a*, cujo teor expressa que compete ao STF julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão. E, por fim, em sede de *competência recursal extraordinária*, na forma disciplinada pelo art. 102, inciso III.

A competência do STJ para julgar originariamente a ação de injunção encontra-se estabelecida no art. 105, I, alínea *h*, quando a

elaboração da norma reclamada for atribuição dos Ministros de Estado, dos Comandantes das Forças Armadas e do próprio STJ. Não há previsão de competência recursal ordinária do STJ; há apenas a competência especial, na forma do inciso III do art. 105, em causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

Não traz a Constituição expressa competência dos Tribunais Regionais Federais e dos juízes federais para apreciar a ação injuncional. A única referência em relação à justiça Federal é que consta do art. 105, I, *h*, da CF, como exceção à competência do STJ. Daí muitos entenderem que houve descuido do Constituinte, eis que a sede própria para estabelecer tal competência seria a Constituição e não a Lei. Aliás, nessa linha já julgou o STF⁶, entendendo que o mandado de injunção contra entidade federal da administração indireta deve ser processado e julgado pelo STJ, por força do já citado art. 105, I, *h*, da CF.

Há, porém, quem entenda que o MI será originariamente julgado por Tribunal Regional Federal, se o ato impugnado for do próprio tribunal ou de juiz que lhe for vinculado; e pelos juízes federais, quando o ato omissivo atribuído a autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais, da justiça estadual, da eleitoral, da trabalhista e da militar, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição, nos termos do art. 105, I, *h*, CF.

No âmbito estadual a competência para apreciar o MI será estabelecida na respectiva Constituição e nas leis de organização judiciária, observados os princípios estabelecidos na Constituição da República.

b) Distinção quanto aos legitimados

Enquanto a ADIn por omissão só pode ser ajuizada pelos legitimados previstos no art. 103, incisos I a IX da CF⁷, o mandado de

6 MI-002/DF. Rel. Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento em 13 out. 1988. Tribunal Pleno (DJ 24 fev. 1989), p.1890.

7 O Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa (física ou jurídica) que se sentir prejudicada diante da falta de norma regulamentadora que impossibilite ou dificulte o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

c) Distinção quanto à matéria

Conforme já destacado linhas atrás, o mandado de injunção possui objeto material limitado, só podendo ser impetrado em caso de ausência de norma regulamentadora referente a direitos e liberdades constitucionais, ou a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Em sentido diverso, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não possui limite material, podendo ser ajuizada em relação a qualquer norma constitucional que esteja carente de regulamentação, contudo, submetendo-se à comprovação da pertinência temática⁸ por parte de alguns dos legitimados previstos no art. 103 (Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, confederações sindicais ou por entidades de âmbito nacional).

Em suma, tanto um quanto outro só se aplica às norma de eficácia limitada, sendo que a ação de injunção busca amparar o exercício do direito subjetivo ao passo que a ADIn por omissão ampara a efetividade da Constituição como um todo.

d) Distinção quanto aos efeitos da decisão

O mecanismo de controle do Poder Público no caso de omissão legislativa realizado pela via da ação direta encontra-se incluído no universo do controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado,

⁸ A pertinência temática decorre da jurisprudência do STF. Constitui em verdadeira condição da ação no controle abstrato de constitucionalidade, exigindo a relação entre a norma atacada e as atividades próprias exercidas pelo(a) respectivo(a) autor(a). Contudo, a maioria dos legitimados para propor ações no controle concentrado possuem legitimação ativa universal, de modo que podem ajuizá-las contra qualquer ato normativo, são eles: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o partido político com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Em relação a tais legitimados, em face de suas próprias atribuições institucionais, presume-se uma pertinência temática absoluta.

ao passo que a via da ação de injunção está mais afeita ao controle concreto, ou por exceção, evidentemente que com algumas restrições.

Isso já basta para se inferir que os efeitos das decisões preferidas assumem posturas distintas, bastando dizer que na ação de inconstitucionalidade por omissão o efeito é sempre *abstrato e erga omnes*, enquanto que na ação injuncional o efeito é *sempre concreto* e, por regra, *inter partes*. Apenas excepcionalmente esse efeito pode ser estendido para além das partes, em sendo adotada a teoria concretista geral, a exemplo do que ocorreu no julgamento dos MI n° 670; 708 e 712, de 25 out. 2007.

É preciso aqui observar que até bem pouco tempo o entendimento do STF era no sentido de que o mandado de injunção e a ADIn por omissão teriam efeitos igualmente abstratos, recaindo a diferença entre esses institutos no fato de o mandado de injunção se prestar a salvaguardar direitos, liberdades e prerrogativas subjetivas, ao passo que a ADIn por omissão visa salvaguardar a Lei Fundamental como um todo, independentemente de interesse específico.

Enfim, diversas são as diferenças entre os dois institutos aqui confrontados, destacando-se os seguintes aspectos: na ação direta a matéria é versada, tão somente, em abstrato, daí o alcance amplo da decisão; na injunção a matéria é versada, tão somente, em caso concreto, restringindo-se a tutela conferida ao âmbito das partes.

3 A SENTENÇA E SEUS EFEITOS NA AÇÃO DE INJUNÇÃO

Acirrado debate ainda prevalece entre os doutrinadores no que diz respeito à natureza da decisão a ser proferida pelo órgão jurisdicional no caso de procedência da ação de injunção. Mas já não se duvida de que tal decisão não é ato legislativo, nem em sentido formal nem material, mas provimento jurisdicional gozando da garantia do art. 5º, XXXVI, da CF, estando sujeita, inclusive, a ação rescisória.

3.1 Teorias que estudam os efeitos da decisão na ação de injunção

A propósito do tema, seguindo Alexandre de Moraes (2004, p. 185), destacaremos o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira⁹, o

⁹ Ata da 7ª sessão extraordinária do STF, realizada em 16 mar. 1995 (DJ de 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265).

qual, com maestria e clareza, resumiu as posições existentes no Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos do provimento jurisdicional na ação de injunção. Confira-se:

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. [...].

No destacado pronunciamento o Ministro Néri da Silveira adotou posição *intermediária*, entendendo que se devesse, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, estabelecendo prazo para este então providenciar a indispensável regulamentação ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Asseverou, entretanto, que, em se mantendo inerte o Congresso Nacional no prazo assinalado, o Supremo Tribunal Federal poderia tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*.

Nessa linha, completou o Ministro, tanto estaria resguardada a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, enquanto órgão competente para a criação da norma, como também a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício do direito nela assegurado, mesmo não havendo a elaboração da lei.

Em suma, as diversas posições em relação aos efeitos do provimento jurisdicional em sede de ação de injunção podem ser categorizadas em dois grupos, quais sejam: uma corrente concretista e uma corrente não concretista.

3.1.1 Teoria não concretista

Para esta corrente, a decisão judicial apenas decreta a mora do Poder Público, reconhecendo formalmente a sua inércia. Foi este o entendimento adotado pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, desde o advento da vigência da Carta de 1988 até bem pouco tempo, firmado no sentido de que o Poder Judiciário não reunia competência para suprir a inércia de outro Poder, limitando-se a proferir, na ação de injunção, um comando sentencial de mera ciência ao Poder competente para que este providenciasse a produção da norma faltante.

3.1.2 Teoria concretista

Segundo esta corrente, constatados os requisitos constitucionais exigidos para a ação de injunção, o Poder Judiciário, mediante decisão de natureza constitutiva, afirma a existência da omissão do Poder Público e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional reclamada, até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição admite duas variações:

a) Teoria concretista geral

Segundo os seus partidários, o provimento jurisdicional terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional mediante uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Trata-se de uma posição de pouca aceitação, vez que estaria o Poder Judiciário substituindo o Poder Legislativo, incidindo em inegável agressão à separação dos poderes consagrados no art. 2º da CF.

b) Teoria concretista individual

Proclama que o provimento jurisdicional só produzirá efeitos em relação ao autor beneficiário do mandado de injunção, que exercerá plenamente o seu direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional.

Esta corrente ensejou duas derivações no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

- (I) *concretista individual direta*, defendida pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, para quem, ao julgar procedente a ação de injunção, o Poder Judiciário, de imediato, já implementa a eficácia da norma constitucional ao autor; e
- (II) *concretista individual intermediária*, produto da fusão entre a *corrente não concretista e a concretista individual*, defendida pelo próprio Ministro Néri da Silveira, para quem, sendo conferida a injunção, deve ser fixado um prazo de 120 dias para o Congresso Nacional providenciar a elaboração da norma regulamentadora. Somente ao fim desse prazo, se ainda ausente a perseguida norma, é que o Poder Judiciário poderá fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.

3.2 Evolução histórica da jurisprudência do STF quanto aos efeitos da decisão na ação de injunção

Nessas quase duas décadas de existência da ação de injunção, muita divergência tem marcado a questão dos efeitos da decisão de provimento da injunção, tendo o Supremo Tribunal Federal por inúmeras vezes se manifestado sobre a matéria, contentando-se num primeiro momento em declarar a omissão do Poder Público, negando efeitos concretos ao mandado de injunção, tendo então de suportar duras críticas da doutrina, muitos doutrinadores chegando a proclamar que o STF transformara o mandado de injunção em letra morta, em instrumento absolutamente ineficaz.

3.2.1 Adoção da teoria não concretista

Ao se deparar com a matéria pela primeira vez, quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 107-3/DF¹⁰, os membros do Supremo Tribunal Federal já puderam sentir o tormento que teriam de enfrentar dali em diante. O julgamento foi marcado por muitos debates e divergências, formando-se, logo ali, duas correntes, a concretista e a não concretista. Venceu a corrente não concretista.

A partir desse primeiro debate prevaleceria por muito tempo o entendimento *não concretista*, segundo o qual o efeito da decisão na

10 MI nº 107/DF. STF - Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento de 21 nov. 1990. DJ de 2 ago. 1991.

ação de injunção é idêntico ao da ação de inconstitucionalidade por omissão, na forma do art. 103, § 2º, da CF. Restringia-se, portanto, o Supremo, a imprimir ao mandado de injunção basicamente os mesmos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão, consistentes na mera declaração da omissão, sob o argumento de não poder obrigar o legislativo a legislar, mas apenas apontar a mora e recomendar que esta seja suprida.

Essa posição era defendida no próprio Supremo pelos ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Octávio Galotti, Sydney Sanches, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Na doutrina, por Manoel Gonçalves Ferreria Filho e Hely Lopes, dentre outros.

Foi duradoura a prevalência do entendimento não concretista, cujo efeito mais profundo atribuído ao mandado de injunção, como assinalado, era o reconhecimento da inércia da autoridade ou do órgão público. Para alguns isso representou uma verdadeira esterilização do instituto, que assumiu a mesma função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quando o simples fato de coexistirem os dois institutos no texto constitucional já era o bastante para afastar tal identidade, eis que, nem por hipótese, pode-se admitir a criação de dois institutos para cumprir a mesmíssima função na ordem jurídica.

3.2.2 Adoção da teoria concretista individual intermediária

A posição não concretista predominou desde o nascimento da ação de injunção, com a chegada da Constituição Federal de 1988, e apenas excepcionalmente, num caso ou noutro, era adotada uma posição mais avançada, quando então o STF se aventurava a estabelecer um prazo para o órgão declarado omissor sanar a omissão, sob pena de se efetivar o direito reclamado, porém, valendo este apenas para a parte impetrante.

Como dito, era um entendimento excepcionalmente adotado, consistindo em posição intermediária entre a corrente não concretista e a concretista individual, logo passando a ser chamada de corrente concretista individual intermediária, defendida pelo Ministro Néri da Silveira. Por essa ótica, a Corte, ao declarar a omissão do Poder Público, fixava-lhe um prazo para suprir a omissão apontada, sob pena de, vencido esse prazo, o requerente passar a gozar o direito.

Esse posicionamento era comumente voto vencido do Ministro Néri da Silveira, mas acabou prevalecendo no julgamento do MI nº 232/RJ, cuja ementa assim enuncia:

Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impoem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. MI nº 232/RJ. STF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento de 02/08/1991. DJ de 27/03/1992.

Repita-se, esse posicionamento só prevaleceu em alguns poucos casos isolados, no que também destacamos aqui o julgamento do MI nº 438-1/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19 dez. 1994.

3.2.3 Adoção da teoria concretista individual direta

Recentemente o órgão máximo do Poder Judiciário resolveu modificar sua postura no tocante ao mandado de injunção, apontando para a possibilidade de se firmar sobre uma posição concretista, salientando em recentes julgamentos o caráter mandamental e não simplesmente declaratório da ação de injunção, no sentido de 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 e liberdades constitucionais, as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o seu real exercício, afastando as consequências da inércia do legislador.

Talvez esse aceno do STF para a modificação da sua tradicional postura se deve à sua atual composição. O fato é que a partir do final de 2006 o STF passou a dar demonstrações de que está a rever sua posição quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção, adontando uma postura de vanguarda, apontando para a consolidação de uma posição

concretista, ora sob a versão concretista individual direta e ora sob a versão concretista geral.

Assim, deixou bem claro no julgamento da ação de injunção nº 721, datado de 27 set. 2006, no qual, adotando a *teoria concretista individual direta*, ante da constatação da lacuna legislativa, já cuidou em apontar uma solução concreta para o caso específico, viabilizando, desde logo, o exercício do direito pelo impetrante, com efeito apenas *inter partes*, defendida inicialmente pelos ministros Carlos Veloso e Marco Aurélio, e na doutrina, por Michel Temer, Flávia Piovesan, José Afonso da Silva, dentre outros.

No MI nº 721-DF, a parte impetrante, aduzindo laborar sob condições especiais, objetivava a *supressão da lacuna legislativa referente ao exercício do direito à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º da CF/88*, com a consequente efetivação da pretendida aposentadoria pela aplicação do art. 57, da Lei nº 8.213/91. A Corte concluiu pela procedência parcial do pleito, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que cogita o referido art. 40, § 4º, da CF, efetivando-se tal aposentadoria mediante a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91. Confira-se o seguinte trecho do voto condutor do julgamento, do Ministro Marco Aurélio¹¹:

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 a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos Tribunais do Trabalho,

11 MI nº 721/DF. STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento de 30 ago. 2007. DJ de 30 nov. 2007, p. 29

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. [...].

A doutrina aplaudiu a nova postura, creditando ao voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, um fato inconfundível na evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto ao mandado de injunção, ensejando novos julgamentos sob essa mesma linha de idéias.

3.2.4 Adoção da teoria concretista geral

No dia 25 out. 2007, antes de completado um mês do julgamento do MI nº 721, com o julgamento de três mandados de injunção de uma só vez (MI nº 670, 708 e 712, contendo a mesma matéria), o STF demonstrava que não retomaria a postura tímida, *não concretista*, que lhe marcara por quase duas décadas. Decidiu nos referidos processos que o direito de greve dos servidores públicos civis, garantido na forma do art. 37, inciso VII, da CF, inviabilizado por falta de regulamentação, poderia ser exercido na forma da Lei nº 7.783/1989 (Lei Geral de Greve), utilizada por analogia, com algumas limitações e adaptações.

Em suma, decidiu o Tribunal, por maioria, conhecer dos referidos mandados de injunção, solucionando a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/89, a qual dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada¹².

Até então, o entendimento da Corte quanto ao direito de greve dos servidores públicos estava orientado pela teoria não concretista, na forma decidida no MI nº 20/DF (Rel. Min. Celso de Mello). Com o julgamento dos MI nºs 670; 708 e 712, o STF superava todas as expectativas doutrinárias, saltando da *teoria não concretista* para a *teoria concretista geral*, portanto, indo além dos postulados da *teoria concretista individual direta*, adotada no julgamento do MI nº 721-DF, no qual a providência concreta determinada se restringia à seara da parte impetrante, ao contrário da nova postura, pela qual, além de declarar a omissão do Poder Público, adotou providência de caráter ultra partes, alcançando assim todos os servidores públicos.

¹² Informativos nºs 308, 430, 462, 468, 480 e 484.

As três decisões acima destacadas foram resumidas na seguinte ementa:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei n° 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.

4 HIPÓTESES DE NORMAS ESSENCIALMENTE INCOMPLETAS

Não se duvide de que o pensamento humano deve sempre estar voltado para um sentido que indique a evolução da humanidade. Todavia, não se pode ignorar certas particularidades efetivamente existentes entre o real e o imaginário.

Com efeito, em que pese a indiscutível necessidade de se buscar cada vez mais a concretização dos direitos, garantias e prerrogativas constitucionais, e nisso vêm trabalhando incansavelmente a doutrina e a jurisprudência, é necessário alertar, como bem observa Ferreira Filho (2007, p. 158), que nem sempre será possível uma solução concretista na ação de injunção, porquanto nem todas as normas constitucionais sobre as quais incidem a ação injuncional são dotadas dos mínimos elementos indispensáveis a uma imediata efetividade no plano das concretudes. Confirmam-se os dizeres do referido autor:

Vale insistir que uma norma cai - normal e necessariamente - na categoria das não-auto-executáveis quando não é completa. Ora, em razão dessa incompletude é impossível seja ela aplicada, se não houver a regulamentação. Assim, quando a norma for intrinsecamente incompleta, e, portanto, inexecutável, o decurso de um prazo

fixado pelo STF nada acrescenta, nem muda, a norma continua impossível de ser executada, o direito que dela decorre não pode ser utilizado. No máximo, daí resultaria a obrigação de ressarcir perdas e danos. É verdade que, como já se apontou, muitas das normas constitucionais que esperam regulamentação não são incompletas, mas sim condicionadas a lei posterior que essencialmente dispõe sobre o momento de incidência - a oportunidade. Neste caso, sim, a orientação do STF é correta.

Apesar da louvável iniciativa da Corte Suprema de dar efetividade à ação de injunção, distinguindo-a da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em certas hipóteses afigura-se impossível a adoção da posição concretista, afastando, desde logo, as conseqüências da inércia do legislador, com a implementação do exercício do direito obstado. É o que se verifica, por exemplo, na hipótese discutida no MI nº 721, em cuja decisão determinou o STF a aposentadoria especial do servidor público mediante a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

A hipótese merece maior ponderação, porquanto o art. 40, § 4º, II e III, da CF, não autoriza a concessão de aposentadoria especial ao servidor público. Apenas prevê a possibilidade de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelos regimes próprios de previdência social, no caso de servidores que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Admitindo-se que o referido dispositivo confere realmente o direito à uma aposentadoria especial, como entendeu a excelsa Corte, não se pode olvidar do regramento constante do art. 40 *caput*, também da CF, segundo o qual o regime de previdência dos servidores públicos é de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Pois bem, revolvendo o teor da decisão proferida pelo STF no MI nº 721-DF, que determinou a imediata aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91, satisfazendo concretamente a pretensão da impetrante mediante a concessão da aposentadoria especial, logo se constata que a Corte Suprema não atentou para o fato de que não se concede benefício previdenciário sem o devido custeio, custeio este que, em se tratando de servidor público, não pode simplesmente ser efetuado pela regras

aplicadas ao Regime Geral de Previdência Social, na forma da Lei nº 8.212/91, eis que os regimes de previdência dos servidores públicos adotam regras absolutamente distintas, não se resolvendo a questão por simples analogia.

Com efeito, os requisitos das prestações previdenciárias do RGPS e da Lei nº 8.112/1990 são distintos, assim como são diferentes as bases de financiamento e de diversos outros elementos a serem considerados quanto ao cálculo da renda mensal do benefício. Nos regimes próprios, há regras específicas e exclusivas, a exemplo do limite máximo do salário-de-benefício, proibição de retorno à atividade pela qual se deu a aposentadoria e outras particularidades indissociáveis do conjunto de cada plano de benefícios de caráter previdenciário. De todo modo, resta indiscutível que a linha decisória adotada pelo STF no MI nº 721-DF é temerária ao futuro dos regimes previdenciários dos servidores públicos.

Noutro giro, afigura-se absolutamente irrazoável admitir-se tão somente o alcance das normas consideradas benéficas aos segurados, na medida em que a Constituição professa, pelo menos desde o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, que sejam observadas na definição de regras para a concessão de benefícios, tanto no RGPS (art. 201, *caput*) quanto nos RPPS (art. 40, *caput*), as diretrizes mínimas no sentido de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial desses sistemas securitários.

Alerta-se para o teor do § 5º do art. 195, o qual exige expressamente a precedência da fonte de custeio e do equilíbrio financeiro e atuarial. Por não estar regulamentada a aposentadoria especial dos servidores públicos, obviamente que não existe ainda, no plano concreto, o benefício e nem a sua fonte de custeio, propiciando o Pretório Excelso o exercício do direito prescrito, em tese, no § 4º do art. 40 da CF/88, *criando* assim uma nova modalidade de aposentadoria diferenciada no serviço público, congênere à figura da aposentadoria especial prevista nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. No âmbito do RGPS, deverá observar o referido § 5º do art. 195, indicando também a respectiva fonte de custeio para fazer face à nova despesa previdenciária.

Vale acrescentar que aposentadoria especial congênere do Regime Geral conta com fonte de custeio específica e destacada das

demais contribuições, consoante o disposto no art. 22, inc. II, da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, que trata da contribuição ao Seguro Acidente do Trabalho (SAT), *in verbis*:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

[...].

II - *para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) 1% (*um por cento*) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (*dois por cento*) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (*três por cento*) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave (grifos acrescidos).

Além da contribuição ao SAT, mais afeita às prestações acidentárias, há também no RGPS a previsão de contribuição específica para o financiamento da aposentadoria especial, o chamado “adicional do SAT”, criado pela Lei nº 9.732/98, próprio para subsidiar a aposentadoria daqueles segurados expostos a agentes nocivos, após 15, 20 ou 25 anos de trabalho, cujos percentuais contributivos são, respectivamente, de 12%, 9% ou 6%, conforme a atividade exercida, incidente sobre a remuneração do segurado sujeito a condições especiais.

A fonte de custeio diferenciada para esta espécie de benefício tem uma razão de ser, harmonizando-se com o primado da isonomia. Primeiro, não é justo que aquele que se aposenta mais cedo contribua com os mesmos percentuais dos demais. Depois, se a aposentadoria especial aproveita somente a um certo número de segurados, não se justificaria ser o seu custeio rateado e suportado igualmente por todos os demais atores do sistema previdenciário.

Enfim, a execução da medida determinada certamente causará um grande embaraço no âmbito do RPPS ao qual se encontra vinculada a impetrante beneficiária da decisão, cuja sobrevivência está assentada na estreita observância de critérios que resguardem o equilíbrio financeiro e atuarial. Não estamos aqui a afastar a culpa do ente, órgão ou agente omissos a quem cabe a regulamentação da norma. Estamos, sim, louvando a nova postura do STF, ao tempo em que também ponderar sobre o que seria mais razoável e justo: efetivar-se o direito do impetrante individualmente considerado, comprometendo assim o direito de muitos; ou negar o direito ao impetrante e preservar o direito dos demais? Não se pode olvidar de que o sistema previdenciário constitui patrimônio social de toda a sociedade brasileira, cuja saúde financeira e atuarial é indispensável para a sua sobrevivência.

5 CONCLUSÃO

Conforme restou enunciado, a ação de mandado de injunção é criada do constituinte de 1988, sem nenhum outro instituto jurídico semelhante no direito comparado, tratando-se, portanto, de um instituto *made in Brazil*, cujo fim exclusivo é suprir a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5º, LXXI).

O mandado de injunção não é instrumento a ser utilizado para viabilização de direito assegurado apenas em lei, mas na Constituição, nos termos do art. 5º, LXXI, da CF/88, cuja normatividade carece de ulterior regulamentação. Destarte, a simples ausência de um direito assegurado em lei não basta para a impetração do *mandamus*, sendo *necessária a índole constitucional do direito*. Assim como a ADIn por omissão, a ação de injunção visa combater a “síndrome de inefetividade” das *normas constitucionais*, devendo ser satisfeitos os seguintes requisitos para o seu regular processamento: (I) a existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades *constitucionais* e prerrogativas inerentes à *nacionalidade*, à *soberania* e à *cidadania*; e (II) a falta de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas acima mencionados.

Infelizmente, até o final de 2006, pouca praticidade teve o referido instituto, tendo em vista a postura tímida da jurisprudência predominante no STF, mediante a adoção da teoria não concretista,

restringindo-se a declarar a omissão legislativa, e permanecendo o indivíduo com seu direito obstado.

Isso gerou muito desgosto no meio doutrinário, chegando a produzir até mesmo um sentimento de descrédito em relação ao Poder Judiciário e aos entes e agentes públicos em geral incumbidos de deflagrar o procedimento normativo, e bem assim a decepção de todos por verem ignorado e ineficaz o instrumento jurídico inovador na Carta de 1988, criado justamente para combater a síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Mas a jurisprudência do STF aponta para novos horizontes. Primeiro com a adoção da teoria concretista individual direta; em seguida já rumo à máxima expectativa doutrinária pela adoção da teoria concretista geral. Possivelmente jamais nos livraremos da *síndrome da ineficácia das normas constitucionais*, mas o presente indica um futuro no qual contaremos com um instrumento capaz de realizar o intento do constituinte de 1988, que é plena eficácia da Constituição.

Efetivamente, não se pode deixar guiar pela idéia difunda por uns e outros, no sentido de que estaria o STF a legislar quando da adoção de uma teoria concretista e, pois, violando a separação dos poderes. Ao contrário, está apenas cumprindo o seu papel constitucional, sanando a falha existente no ordenamento jurídico até que se manifeste o órgão legiferante, afinal de contas, resta inequívoco que a Constituição Federal de 1988, ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, evidenciou que a promoção de tais direitos e garantias seriam tratados com absoluta prioridade pelo Estado Brasileiro, consolidando a máxima de que “a razão de ser do Estado é o bem-estar do seu povo”, e não o contrário.

De todo modo, a missão do Poder Judiciário é aplicar o direito ao caso concreto, não podendo ser obstado de exercer esse mister pela inércia de outro Poder, permitindo assim que haja lesão aos direitos constitucionalmente resguardados. Enfim, nos dizeres do Min. Eros Grau em seu voto-vista no MI nº 721-DF, “ao formular supletivamente a norma regulamentadora o Judiciário está exercendo função normativa e não legislativa”.

Entretanto, não se duvide da existência de situações em que não cabe a adoção de uma solução concretista na ação de injunção, porquanto nem todas as normas constitucionais sobre as quais incidem

a ação injuncional são dotadas dos mínimos elementos indispensáveis a uma imediata efetividade no plano das concretudes, configurando uma situação em que a regulamentação infraconstitucional acaba constituindo o núcleo do direito reclamado.

Enquadram-se nessa espécie as normas constitucionais concessivas de benefícios previdenciários, as quais normalmente dependem de regulamentação sobretudo quanto ao custeio, eis que a própria Constituição não admite a concessão de benefícios previdenciários sem que haja um prévio custeio. É o caso do art. 40, § 4º, da CF, objeto de análise pelo STF no MI n° 721-DF, cujo direito conferido, a aposentadoria especial, carece da imprescindível delimitação dos seus contornos, especialmente no que toca ao seu custeio, haja vista sua índole previdenciária e não assistencial.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira; BARROS, Clemilton da Silva. *Manual para concursos das carreiras jurídicas da AGU*. Campinas: Servanda Editora, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11. ed., São Paulo: Método, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.