Judiciário paulista aponta omissão do Legislativo e legisla em seu lugar

O Tribunal de Justiça de São Paulo determinou que, na falta de lei estadual, o Judiciário pode sim regulamentar direitos. Diante da omissão do Executivo e Legislativo, o TJ paulista criou norma disciplinando aposentadoria especial em atividades insalubres. A postura ativa da cúpula da Justiça paulista causou surpresa. O julgamento envolveu a aplicação do Mandado de Injunção. A exemplo do que já fez o Supremo Tribunal Federal, o tribunal de São Paulo transformou o mandado de ação meramente declaratória em mandamental. Não satisfeito, o colegiado ampliou o alcance do recurso, determinando aplicar efeito *erga omnes* à decisão.

O julgamento analisou pedido de um funcionário da Universidade Estadual Paulista (Unesp) para que fosse garantido o direito à aposentadoria especial por exercício de atividade insalubre. A aposentadoria é garantida pela Constituição Federal e Estadual, mas ainda não foi regulamentada por lei. O autor do Mandado de Injunção trabalha no hospital universitário de Botucatu e alega executar atividade em grau máximo de insalubridade.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça, por votação unânime, reconheceu a mora legislativa e regulamentou como se daria o exercício desse direito. A decisão surpreendeu pela ação legislativa do Judiciário que formulou, em caráter supletivo, uma norma ainda não existente no ordenamento jurídico paulista.

“É necessário dar efetividade ao texto constitucional”, afirmou o relator do recurso, desembargador Mathias Coltro, que lembrou decisão do STF que, por unanimidade, reconheceu a omissão legislativa do Estado e garantiu o direito dos servidores públicos a contagem especial do tempo de serviço. O voto condutor foi proferido em agosto de 2007 pelo ministro Marco Aurélio.

O colegiado paulista, agora em votação majoritária (vencidos os desembargadores Luiz Tâmbara e Marco César), foi além do pedido formulado e determinou que a decisão passasse a ter efeito sobre todos os casos envolvendo contagem de tempo para aposentadoria especial dos servidores que exercem atividade insalubre. Essa medida livrou o Judiciário de uma enxurrada de recursos.

“Nem o Supremo teve a audácia de ir tão longe”, contestou Tâmbara ao negar o efeito *erma omnes*. “A decisão segue o princípio da economia processual e garante unidade jurisprudencial”, contestou o desembargador Walter Guilherme.

O colegiado entendeu que a contagem diferenciada de tempo para esse tipo de aposentadoria é um direito assegurado pela Constituição paulista aos servidores públicos estaduais desde 1989. Para os julgadores, enquanto o Executivo e o Legislativo estadual não regulamentam o tema, valem as regras da Lei Federal 8.213/91, *que dispõe sobre os benefícios do regime geral de previdência social.*

Estava na pauta do Órgão Especial dessa quarta o julgamento de cinco Mandados de Injunção. O colegiado apreciou apenas um, que teve como relator o desembargador Mathias Coltro, e aplicou a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

decisão sobre os demais. A partir de agora, os servidores públicos estatutários do estado, que comprovadamente exerçam atividade insalubre, não mais precisam ingressar na Justiça para ter assegurado o direito de pedir aposentadoria especial.

O desembargador Mathias Coltro entendeu que não havia dúvida quanto à existência do direito constitucional para a adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que trabalham sob condições especiais e em funções que prejudiquem a saúde e integridade física.

Com o Mandado de Injunção, o Judiciário pode determinar que o Legislativo regulamente um dispositivo. Ou pode dar as diretrizes para que o direito não regulamentado seja exercido, até que o Legislativo faça a sua parte.

Leia a ementa da decisão:

"Mandado de injunção – Aposentadoria especial de servidor público, que trabalha em hospital de universidade estadual – Ausência de Lei Complementar Nacional disciplinando os requisitos e critérios para sua concessão, conforme o reclamado pelo artigo 40, § 4º, da Constituição da República – Lei complementar que encerra norma geral, a exemplo do que se passa com o Código Tributário Nacional – Hipótese de competência concorrente, nos termos do artigo 24, XII, da Lei Maior, sendo ela conferida supletivamente aos Estados e ao Distrito Federal que, na falta de norma geral editada pelo Congresso Nacional, podem exercer competência plena para fixar normas gerais e, em seguida, normas específicas destinadas a atender suas peculiaridades – Competência da União que, em tema de direito previdenciário, somente exsurge privativa quando se tratar de regime geral de previdência social e previdência privada, mas não de previdência dos servidores – Interpretação que se extrai do cotejo das normas dos artigos 22, XXIII E 24, XII, da Constituição da República – Afastamento da Ilegitimidade do Governador do Estado para figurar no pólo passivo da presente impetração.

Mandado de injunção – Natureza jurídica de ação mandamental, e não de mera declaração de mora legislativa – Necessidade de se dar efetividade ao texto constitucional – Judiciário que, ao conceder a injunção, apenas remove o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada ao caso concreto, não se imiscuindo na tarefa do legislador – Existência de um poder-dever do Judiciário de formular, em caráter supletivo, a norma faltante – Aplicação, por analogia, para o fim de contagem de tempo para aposentadoria especial, do quanto previsto no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios do regime geral de previdência social – Precedente, em caso análogo, do Colendo Supremo Tribunal Federal (MI 721/DF) que modificou, sobremaneira, o modo de o Excelso Pretório enxergar o alcance do mandado de injunção, superando a timidez inicial, como referido pelo próprio Relator, Eminente Ministro Marco Aurélio – Possibilidade de concessão de efeitos erga omnes, consoante o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no MI 708/DF, até e porque a decisão proferida em sede de mandado de injunção não se difere daquela prolatada no exercício do controle abstrato de omissões legislativas – Injunção concedida – Demais impetrações prejudicadas.

Mandado de Injunção 168.151-0/5-00

Date Created
02/04/2009

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.