WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

CENTRO UNIVERSITÁRIO METODISTA – IPA
CURSO DE DIREITO

CHARLES HADAD LASMAR

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES PÚBLICO CIVIS: UMA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DO DÉFICIT DE TUTELA EFICAZ DAS NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA

PORTO ALEGRE
2013

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

CHARLES HADAD LASMAR

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES PÚBLICO CIVIS: UMA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DO DÉFICIT DE TUTELA EFICAZ DAS NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA

Trabalho de Conclusão de Curso do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista – IPA como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Professora Simone Tassinari Cardoso

PORTO ALEGRE

2013

CHARLES HADAD LASMAR

DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES PÚBLICO CIVIS: UMA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DO DÉFICIT DE TUTELA EFICAZ DAS NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA.

Porto Alegre, 6 de junho de 2013

Professora Dra. Simone Tassinari Cardoso

Apresentada à banca examinadora integrada pelos professores (as)

_____	_____
Prof(a). Dra. Orientadora Simone Tassinari Cardoso	Prof.(a)
_____	_____
Prof(a).	Prof(a).

PORTO ALEGRE

2013

RESUMO

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VII, elenca o direito a greve para os servidores público, entretanto, a doutrina dispõe que tal regra é norma de eficácia limitada, para qual, desde sua inclusão através da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, não foi estabelecida a lei especifica pelo órgão legislativo, dificultando o exercício do direito de greve em face da Administração Pública. Tal omissão obrigou o Supremo Tribunal Federal (STF) a aplicar analogicamente a Lei 7.783 de 1989, que dispõe do exercício de greve na iniciativa privada, para sanar temporariamente a falta da norma específica que, não é apropriada e tão pouco satisfatória para regulamentar o assunto em epigrafe.

Outra situação de bastante relevância é a omissão legislativa a respeito da aposentadoria especial do servidor público, que mesmo protegido pelo art. 40, § 4º, inciso III da CF, não há regulamentação da matéria gerando a restrição de direitos, fazendo com que o judiciário, baseado nos artigos 4º e 5º da LICC e conforme dispõe o art. 40, §12º da CF, com redação imposta pela EC nº 20 de 1998, aplique a Lei 7.783 de 1989 com a finalidade de solucionar parcialmente os inúmeros Mandados de Injunção ajuizados pelos lesados, porém esta aplicação não garante o contentamento.

Esta pesquisa tem, portanto, a finalidade de discutir os direitos fundamentais dos Servidores Públicos, bem como analisar o déficit legislativo na produção de normas específicas, que obrigam a utilização analógica das normas para sanar a inconstitucionalidade por omissão. Derradeiramente constata-se que tal omissão normativa não condiz com a eficácia esperada para direitos fundamentais, prejudicando a classe de trabalhadores que servem a Administração Pública. A pesquisa de caráter normativo dar-se-á pela pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

ABSTRACT

The Constitution, in its article. 37, section VII lists the right to strike to the servers public, however, the doctrine provides that such a rule is the rule of limited effectiveness, to which, since its inclusion through Constitutional Amendment nº. 19, 1998, there was established the law specifies by the legislature, hindering the exercise of the right to strike in the face of public administration. Such failure forced the Federal Supreme Court (FSC) to apply analogously to Law 7783 of 1989, which provides exercise strike in the private sector, to temporarily remedy the lack of a specific standard that is not appropriate and so unsatisfactory to regulate the matter to above.

Another situation is quite relevant legislative omission regarding the special retirement of public servants, even protected by article 40, § 4, paragraph III of the Constitution, there is no regulation of the matter generating the restriction of rights, making the judiciary, based on articles 4º and 5º of the LICC and as provided in art. 40, § 12 of the CF, with wording imposed by Amendment nº. 20, 1998, apply the 7.783 Act 1989 in order to partially solve the numerous Injunctive Writs filed by the injured parties, but this application does not guarantee contentment.

This research is therefore the purpose of discussing the fundamental rights of public employees, as well as analyze the legislative deficit in the production of specific rules, which require the use of analog standards to remedy the unconstitutionality by omission. Is ultimately finds that such failure is not consistent with normative expected effectiveness for fundamental rights, undermining the class of workers who serve the public administration. The normative research will give the literature and case law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 7

1. **EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**. **10**
1.1. MODOS EFICACIAIS E SEUS EFEITOS 10
1.2. LACUNAS E A OMISSÃO LEGISLATIVA 15
1.3. REMÉDIO CONSTITUCIONAL PARA SUPERAR LACUNAS E OMISSÕES LEGISLATIVAS 20
1.3.1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 20
1.3.2. Mandado de injunção 24

2. **O DEFICIT DE NORMAS E A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS** **29**
2.1. MODALIDADES DE SERVIDORES PÚBLICOS 29
2.1.1. Agentes políticos 30
2.1.2. Servidores públicos 31
2.1.2.1. *Servidor público estatutário* 32
2.1.2.2. *Servidor público celetista* 35
2.1.2.3. *Servidor público temporário* 37
2.1.3. Particulares em colaboração com o Poder Público 38
2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS 39
2.2.1. Direitos e deveres dos servidores públicos civis 40
2.2.1.1. *Direitos e vantagens que beneficiam diretamente o servidor* 40
2.2.1.2. *Direitos e vantagens para os dependentes dos servidores* 46

3. **GREVE E APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS COMO EXEMPLO DE LACUNAS LEGISLATIVAS A SEREM SANADAS** **48**
3.1. GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS 48
3.1.1. Análise do direito de greve dos servidores públicos civis e o entendimento jurisprudencial 49

3.2. APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS 54
3.2.1 Análise da aposentadoria especial dos servidores públicos civis e o entendimento do Supremo Tribunal Federal 55

CONCLUSÃO 61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 64

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a restrição de direitos dos servidores públicos civis, ocasionadas pela omissão legislativa em regulamentar dispositivos constitucionais garantidores de direitos a este grupo.

Neste sentido, torna-se importante realizarmos um estudo sobre a eficácia normativa, tendo como base diversos entendimentos doutrinários, no sentido de conceituarmos tais eficácias como plena, contida ou limitada, demonstrando as consequências que cada uma ocasiona no ordenamento jurídico.

Desta forma, será observado que as normas limitadas e contidas restringem direitos àqueles que dependem da regulamentação para satisfazer seu efetivo direito. Ressalta-se que o legislador tem sido inerte por longos períodos, ocasionando, a partir do ato omissivo, e das lacunas legislativas, deficiência de tutela no ordenamento jurídico.

Não obstante, enfatiza-se que existem ações constitucionais com a finalidade de remediar a ausência normativa, na busca de “pressionar” o legislador a cumprir seu dever legal, ou até mesmo, através desta, garantir por outros meios o gozo e a efetividade do direito garantido pela Carta Maior.

Neste sentido, estudaremos dois remédios constitucionais que possuem a finalidade de sanar a omissão legislativa, sendo estes o Mandado de Injunção e a moderna Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, na qual, ambos, reivindicam que o Legislador regulamente as incompletudes do ordenamento jurídico, para garantir a plenitude normativa.

Considerando que o objetivo do presente trabalho é a análise que a falta de regulamentação implica com relação à deficiência na tutela dos direitos fundamentais dos servidores públicos civis, é de máxima importância a identificação dos remédios constitucionais especiais para este fim.

O Mandado de Injunção, que é um meio que o Servidor Público Civil pode encontrar para buscar efetivar seus direitos, em caso de inexistência de regulamentação. Devida à restrição acerca dos legitimados ativos que o Legislador Constituinte impôs para a impetração da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, talvez, esta possa ser uma boa opção. Como é cabível esta ação, a mesma também pode ser benéfica para esta classe, pois, sua finalidade é de buscar a eficácia plena de todas as normas.

Enfatiza-se, ainda, que será demonstrado no presente, as diversas modalidades de Servidores Públicos Civis, relatando as diferenças de cada categoria, bem como, analisando os direitos fundamentais que toda a classe de Servidores Públicos Civis possui, como também seus devidos deveres.

No terceiro capítulo, enfatizam-se dois direitos especiais dos servidores públicos civis garantidos pela Carta Maior, que estão sendo lesados devido à inércia legislativa ao cumprir o dever de regulamentar amplamente as normas faltantes. Trata-se do direito de greve e do direito de aposentadoria especial do servidor público civil.

Neste aspecto, verifica-se que o direito de greve do servidor público civil, esta regulamentado pelos artigos 9º e 37, VII da Constituição Federal, porém, também se constata que, segundo a doutrina majoritária, que será trabalhada no decorrer do trabalho, a eficácia deste direito garantido não é plena, tendo optado o Legislador Originário deixar a complementaridade dele para regulamentação em lei específica. Isso implica necessária reflexão acerca das possibilidades de eficácia deste direito assegurado.

Não diferentemente, os servidores públicos civis, também possuem o direito de obter a aposentadoria especial, caso cumpram os requisitos necessários para tal concessão, mas, da mesma forma que o direito de greve, o disposto no art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal, também necessita da edição de norma regulamentadora, que até o momento não foi editada pelo Legislador, revelando restrição de direitos garantidos a estes servidores públicos civis.

Ressalta-se ainda que, será demonstrado neste presente trabalho, mais especificamente no capítulo 3, a evolução dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal, acerca dos diversos Mandados de Injunção, bem como, relacionará os diferentes votos dos respectivos Ministros, analisando as mais importantes decisões jurisprudenciais correspondente a estas problemáticas, como também, o posicionamento dos mais importantes doutrinadores pátrios.

Portanto, analisaremos neste trabalho as consequências ocasionadas pelo déficit de direitos que as normas chamadas de eficácia limitada, acabam por realizar. Ao invés de efetivá-los, restringem os direitos fundamentais dos Servidores Públicos Civis, sendo necessário pensar em alternativas para viabilizar a concretização de tais direitos.

1. EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

As normas constitucionais possuem papel relevante na instituição de direitos de toda a sociedade, porém, de acordo com uma parte da doutrina, nem todas as normas possuem eficácia plena, devendo ser regulamentadas para cumprir seu papel fundamental.

Este capítulo realizará estudo sobre os modos eficaciais, as lacunas restringentes de direitos, bem como, o remédio constitucional para sanar tal vício.

1.1 MODOS EFICACIAIS E SEUS EFEITOS.

Os modos eficaciais das normas constitucionais são de suma importância na análise do estudo da restrição de direitos fundamentais dos servidores públicos, sendo *sine qua non* conhecermos as eficácias normativas e seus efeitos.

É interessante destacar os efeitos da falta de normas que garantam os direitos fundamentais inerentes aos cargos de servidores públicos, a partir da interpretação de renomados doutrinadores do direito, como também de estudos especializados desta área, além da pesquisa jurisprudencial que ajudará a levantar hipóteses para solucionar a problemática proposta no presente.

Primeiramente, como norteador do entendimento basilar, conceitua-se norma jurídica, para fins deste trabalho, sendo a estrutura fundamental do direito, na qual devem estar gravados preceitos, regras e valores que vão compor toda a ordem jurídica, organizando o Estado e toda a sociedade, com a finalidade de garantir direitos e fixar sanções a condutas contrárias a estes regramentos.

Observa-se que as normas jurídicas estão inseridas no ordenamento jurídico, tornando-as válidas, porem caso esteja em desconformidade com este à norma perderá sua eficácia e em consequência a sua validade.

Neste sentido tem-se que o ordenamento jurídico deve conter normas que discipline diversas áreas da sociedade, construindo direitos e aplicando sanções contra os “não cumpridores” (BOBBIO, 1995, p.115) do disposto em lei, porém neste sistema jurídico encontra-se direitos que não estão completamente regulados, ocasionando prejuízos na busca da garantia de direitos.

Explica Norberto Bobbio que:

> (...) podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna. (1995, p. 115)

O sistema jurídico codificado tem o papel de regular todas as situações jurídicas pensáveis, tendo como fonte principal as leis, que por mais que seus idealizadores tivessem a boa-vontade de regulamentar todas as questões jurídicas relevantes, não conseguiriam devido à complexidade de tal circunstância, ocasionando inúmeras lacunas legislativas que restringem direitos. Esta é a problemática na qual os servidores públicos enfrentam, onde as leis propagam a expectativa do direito, porem a forma de adquiri-los não são efetivos.

A Doutrina clássica classifica em normas autoaplicáveis (autoexecutáveis) e normas não autoaplicáveis (não autoexecutáveis), sendo que se as normas constitucionais não produzirem a plenitude de seus efeitos plenamente, precisarão de alguma complementação pelo legislador. (BOBBIO,1995, p. 115-116)

Cabe uma reflexão a respeito da matéria, na qual consiste em que se todas as normas constitucionais fossem aplicadas de imediato não haveria a omissão legislativa, bem como não teríamos que nos preocupar com a formação de leis infraconstitucionais pelo legislador e os gestores públicos, em contrapartida o texto constitucional seria um livro sem fim, centralizando todas as matérias em si mesmo. (CANOTILHO, 2003, p.1115)

Considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, dividiremos as normas em três modelos, no que tange a sua eficácia, em: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena produzem a plenitude dos seus efeitos, independentemente de complementação por norma infraconstitucional. São revestidas de todos elementos necessários à sua executoriedade, tornando possível sua aplicação de maneira direta, imediata e integral. (BARROSO, 2010, p.144-146)

Assim, José Afonso da Silva conclui:

> Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a

> matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados (2001, p. 99).

Dessa maneira, o autor define as normas de eficácia plena como as que podem ser aplicadas imediatamente, independentes de posteriores normas infraconstitucionais que a detalhe, por já conter em si todos os elementos necessários para a sua aplicação imediata.[1]

Assim, as normas de eficácia plena são as que: a) vedam ou proíbem; b) estabeleçam isenções, prerrogativas ou imunidades; c) não indique órgãos ou autoridades especiais a quem cabe executá-las; d) não designem procedimentos especiais para sua execução; e) não necessitem que sejam elaboradas outras normas que completem seu sentido e alcance ou especifique seu conteúdo porque já são completas em si mesmas (SILVA, 2001, p. 101).

Dessa maneira, as normas de eficácia plena são as de aplicabilidade imediata porque possuem todos os elementos e condições necessários a sua plena execução.

Referente às normas de eficácia limitada, as mesmas não produzem a plenitude de seus efeitos, dependendo da integração da lei (lei integradora). Não contêm os elementos necessários para sua executoriedade, assim, enquanto não forem complementadas pelo legislador a sua aplicabilidade é mediata, mas depois de complementadas tornam-se de eficácia plena. Um exemplo que nos remete a este estudo e será tratado com maior ênfase no decorrer deste, trata-se do disposto no art. art. 37, VII da CF, na qual relata que, “O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”, porem a lei aplicada aos servidores públicos para exercer o direito de greve não existe, e devido a isto classifica a norma como eficácia limitada. (BARROSO, 2010, p. 145-146)

Observa-se que existem dois tipos de normas de eficácia limitada, sendo elas as normas de princípio programático (ou norma programática), que estabelecem programas constitucionais a serem seguidos pelo executor, que se

---

[1] Como exemplo, José Afonso da Silva (2001, p.101) cita os artigos 1º, 15 e o artigo 17, §4º da Constituição Federal de 1988.

impõem como diretriz permanente do Estado[2], e as normas de princípio institutivo[3], que fazem previsão de um órgão ou entidade ou uma instituição, mas a sua real existência ocorre com a lei que vai dar corpo.

As normas constitucionais de princípio programático são esquemas genéricos que destacam programas a serem desenvolvidos posteriormente pelo legislador infraconstitucional. Apesar da dificuldade de receberem precisão de conceito, José Afonso da Silva, assim as define:

> Podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçarlhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (2001, p. 138).

As normas constitucionais programáticas apesar de terem eficácia limitada, impõem limites e restrições aos sujeitos que elas se dirigem, e, portanto, exercem importante papel na ordem jurídica e no regime político do Brasil (SILVA, 2006, p. 139).

A introdução dessas normas são resultado do conflito de interesses que estavam em vigor na época da redação da Constituição e suas emendas e elas tendem a instaurar um regime de democracia real, menos formal com objetivo de forçar o Estado a atuar no sentido de elaborar programas e agir na direção apontada pelas normas programáticas (SILVA, 2006, p. 156).

Assim, as normas programáticas indicam para legislação infraconstitucional um caminho a seguir. Elas podem não obrigar o legislador a normatizar no sentido apontado por elas, mas pelo menos, com certeza elas obrigam que ele não legisle em sentido contrário.

Por fim, as normas de eficácia contida, produzem a plenitude dos seus efeitos, mas pode ter o seu alcance restringido. Também têm aplicabilidade direta, imediata e integral, mas o seu alcance poderá ser reduzido em razão da existência

---

[2] Estas normas caracterizam a Constituição Dirigente (REALE, 1973, p.297-298), como por exemplo o disposto no art. 215 da CF "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais". (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 215. 1988)

[3] Conhecido também como normas de princípio organizativo ou orgânico. (CANOTILHO, 2003, p. 1116)

na própria norma de uma cláusula expressa de redutibilidade ou em razão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo que, enquanto não materializado o fator de restrição, a norma terá eficácia plena. (BARROSO, 2010, p.145-146)

A Cláusula Expressa de redutibilidade dispõe que o legislador poderá contrariar ou excepcionar o que está previsto na norma constitucional contida, pois há na própria norma uma cláusula de redutibilidade. (BARROSO, 2010, p.146)

As normas de natureza contida, assim, têm atributos imperativos, positivos ou negativos que limitam o Poder Público. Enfim: em geral, elas estabelecem direitos subjetivos de indivíduos e entidades privadas ou públicas. A contenção da eficácia dessas normas consubstancia-se em limitações a tais direitos subjetivos e autonomias (SILVA, 2001, p. 115).

Eis a definição clássica de José Afonso da Silva sobre as normas de eficácia contida:

> Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados (2001, p.115).

Portanto, as normas de eficácia contida são aquelas que o legislador constitucional já normatizou o suficiente sobre o assunto, no entanto, deixou o legislador infraconstitucional com a faculdade de estabelecer restrições adicionais. No entanto, cabe ressaltar que a faculdade do legislador infraconstitucional de estabelecer restrições não é ilimitada. Ela deve observar, evidentemente, os limites impostos pelas próprias normas constitucionais.

Um exemplo de norma de eficácia contida encontra-se no art. 5º, inciso XIII da Constituição Federal: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Nesse aspecto, a regulamentação dada pelo legislador para as normas constitucionais de eficácia contida deve ser a mais restrita possível, pautando-se apenas pelo limite do absolutamente necessário para assegurar o exercício da liberdade de cada um em harmonia com os preceitos constitucionais. Qualquer normatização dada pelo legislador que vá além desse limite deveria ser considerada inconstitucional por exceder as restrições impostas pelo próprio texto constitucional.

É inconcebível que o legislador, ao regulamentar um preceito de eficácia contida, traga mais restrições ao Administrado do que as já estabelecidas na Constituição ou que sejam absolutamente necessárias para evitar a afronta inaceitável de outras garantias constitucionais.

Destaca-se ainda que o legislador não é livre para limitar a matéria do modo que ele “julgar melhor”, mas sua atuação deve ser a mínima possível, a absolutamente necessária para que a atuação individual ou institucional não torne ineficazes as outras normas da Constituição como um todo. Qualquer normatização que exceda esses limites, torna-se abusiva e inconstitucional.

Por fim, é importante mencionar, o entendimento de José Afonso da Silva que afirma não existir norma constitucional desprovida de eficácia. Segundo ele:

> Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude de seus efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida (2001, p. 81-82).

Dessa maneira, desde que a norma seja capaz de produzir efeitos no mundo jurídico, ela será considerada eficaz, independente da forma de regular se ela regula no caso concreto.

1.2 LACUNAS E A OMISSÃO LEGISLATIVA.

Ao confeccionar uma lei o legislador define parâmetros a serem seguidos, que deverão regrar uma determinada atividade, conduta, ou garantir direitos e deveres, porém, como o de costume, existem situações em que a lei precisa ser complementada por outra mais específica, na qual alguém será impelido a discorrer sobre a matéria na qual houve o silêncio legislativo. Em suma, esta situação é conhecida como lacuna legislativa. (MENDES; BRANCO, 2012, p.100-101)

A lacuna legislativa aparece quando a lei é omissa ou falha em determinado caso, ou seja, existe uma incompletude no sistema normativo, não garantindo a satisfação do direito em um determinado caso. (MENDES; BRANCO, 2012, p.100-101)

Neste sentido, destacam-se o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, conforme segue abaixo:

> (...) o interprete pode ver-se convencido de que a hipótese concreta examinada pelo aplicador não foi inserida pelo constituinte no âmbito de certa regulação, porque o constituinte não quis atribuir ao caso a mesma consequência que ligou as hipóteses similares de que tratou explicitamente. A omissão da regulamentação, nesse âmbito, terá sido o resultado do objetivo consciente de excluir o tema da disciplina estatuída. Fala-se, em situações tais, que houve um "silêncio eloquente" do constituinte, que obsta a extensão da norma existente para a situação não regulada explicitamente. (2012, p.100-101)

Ou seja, existem lacunas em que o constituinte exclui algumas possibilidades por motivos de convicção, sendo que não atribui a uns o mesmo que foi dado a outros. Um exemplo deste caso é encontrado no art. 102, I, a, da Constituição Federal de 1988:

> Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: *a)* a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal[4].

No caso o silêncio aos atos normativos e leis municipais foi proposital, tendo uma fiscalização específica, que no caso trata-se da ação direta no STF.

Sendo assim entende-se que lacuna legislativa é um vazio existente no ordenamento legislativo, tornando o sistema normativo incompleto, pois, ocorre a inexistência de uma norma jurídica aplicada *in concreto*. (SILVA, 2001, p. 81-82)

Não obstante, observa-se que algumas leis estabelecem direitos, garantias e deveres, de uma maneira geral, estipulando ao legislador que venha tratar de alguns assuntos mais especificamente, como pode ser encontrado nos códigos civis, tributários, penais, na CLT, como também na própria Carta Magna, estipulando ao legislador a complementação da mesma.

Teoricamente, em casos de lacunas, ocorre que a lei mais ampla precisará ser complementada, sendo emitido um novo regramento, regulando tal matéria com a finalidade de garantir o direito anunciado na norma anterior. (MENDES; BRANCO, 2012, p.123-126)

Ainda, cabe mencionar que, estas leis mais amplas não podem regular e discorrer sobre todos os tipos de matéria, pois se assim o fosse além de se tornarem

[4] BRASIL, COSNTITUIÇÃO FEDERAL, art. 102, I, a. 1988.

um “livro” sem fim, perderiam sua importância, já que nunca seria completa o suficiente. (MENDES; BRANCO, 2012, p.123-126)

Observa-se que se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 regulasse todas as matérias, não deixando qualquer outro ato normativo pronunciar sobre algum tema. Certamente seria o regramento mais completo, porém o mais falho, já que não teria condições de tratar todos os assuntos. Inevitavelmente perderia sua importância e sua essência. (BARROSO, 2010, p.189-194)

Outro sim é importante refletir que apenas a positivação do direito não garante a aplicação do mesmo, ou seja, se existe uma lei garantidora de direitos, porem, existe lacunas a serem complementadas, e estas não forem reguladas conforme o demandado haverá uma frustração da garantia, tornando tal positivação apenas uma simples expectativa de direito.

É importante esclarecer que a omissão legislativa depara-se com a inobservância do legislador em legislar, que resulta de direcionamentos da Lei Magna, como também de decisões fundamentais da Constituição ao interpretá-la. (PIOVESAN, 2003, p.94-101)

Quando o legislador silencia-se, partindo do principio que o mesmo tem o dever de legislar, ocorrerá à frustração de direitos, ocasionando a insatisfação do direito regrado com a vigor da omissão legislativa. (PIOVESAN, 2003, p.94-101)

Nos casos decorrentes de omissão do legislador, cabe a identificação, no caso especifico, do tipo de inconstitucionalidade no caso *in concreto*, sendo que, neste estudo, destacaremos a inconstitucionalidade por omissão, devido a sua importância ao tema proposto, porém, com a finalidade de esclarecer, definiremos sucintamente a inconstitucionalidade por ação. (BARROSO, 2010, p.189-194)

A Inconstitucionalidade é muito bem analisada por Flávia Piovesan, ao destacar que:

> A inconstitucionalidade advém sempre uma relação de contrariedade com a Constituição: de um lado a Constituição e de outro um comportamento ameaçador e violador à ordem constitucional.
> Vale dizer, constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, a relação que se estabelece entre a constituição e um comportamento, que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível. (2003, p. 86)

Esta relação, entre Constituição e um comportamento não compatível com a mesma, que Flávia Piovesan destaca, não se satisfaz apenas com a atuação positiva em de acordo com a Constituição, mas, também, o de omitir a aplicação de normas constitucionais quando esta assim determina a fazer. (PIOVESAN, 2003, p.86-97)

Ou seja, toda lei que contrariar, no todo ou em parte, algum preceito da Constituição, como também, a falta de cumprimento de imposições constitucionais, acarretará na inconstitucionalidade da norma ou da omissão desta.

Desta forma, temos que, a inconstitucionalidade por ação, resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição, sendo a problemática a norma ao ser contraria com o texto constitucional, seja no plano do direito material ou formal, havendo, portanto uma incompatibilidade com a Constituição.

A inconstitucionalidade por ação advém de um comportamento positivo, no caso uma prática violadora a Constituição, diferentemente, a inconstitucionalidade por omissão é de status negativo, ou seja, resulta da inércia ou silêncio do poder publico que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição.

O silêncio do legislador, em não confeccionar leis, conforme a previsão constitucional, é um ato negativo, e portanto, considerado inconstitucional pela omissão legislativa, sendo que, tal inércia é prejudicial aqueles que estão na expectativa de seu direito. (PIOVESAN, 2003, p.86-97)

Destaca-se que o reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão é um entendimento recente, pois, antes entendia-se que toda inconstitucionalidade era por uma ação do legislativo, porém, conforme demonstrado anteriormente, o silêncio legislativo também configura a inconstitucionalidade.

Os atos omissos do legislativo, configura a inobservância do dever de legislar, sendo que afronta as diretrizes constitucionais.

Vejamos três características da inconstitucionalidade por omissão, conforme anota muito bem Flávia Piovesan:

> A omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública. (PIOVESAN, 2003, p.90)

Para fins deste estudo, destas três espécies de inconstitucionalidades por omissão, analisaremos apenas a primeira, por se tratar do objeto central da investigação.

A falta ou insuficiência de medidas legislativas traduz, pelo descumprimento do legislador de confeccionar normas necessárias para efetividade da Constituição, sendo que a não realização desta obrigação afronta uma ordem concreta de legislar.

Neste sentido, é cabível o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet:

> Tem-se *omissão absoluta ou total* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1085)

Observa-se no ensinamento a cima duas possibilidades de omissão, a total e a parcial. A primeira demonstra o desinteresse por completo do legislador, que mesmo tendo a ordenança constitucional para emitir norma sobre alguns casos específicos, o mesmo não o faz, prejudicando os interessados na confecção normativa. Em contrapartida, na omissão parcial, é previsto a elaboração de uma norma, sendo que o legislador realiza a ordem constitucional de fazê-lo, porém, a pretensão não foi efetivamente satisfatória, pois está incompleta, devendo ser complementada. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1085-1086)

Por fim, como observado nesta seção, a omissão legislativa, ocasionada pelo silêncio do legislador, gera lacunas, que devem ser preenchidas de acordo a ordenança constitucional, para não restringir direitos aqueles que dependem da elaboração da norma, sendo que, a falta de norma deve ser combatida judicialmente, pelos órgãos competentes através da ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 103 da Constituição Federal de 1988[5], como também, se a norma a ser confeccionada, versar sobre direito subjetivo, deverá ser

---

[5] BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 103.: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” 1988.

combatida através do mandado de injunção, que está fundamentado no art. 5, LXXI da Constituição Federal de 1988[6].

Destaca-se ainda que, algumas destas omissões legislativas são solucionadas através da analogia, na qual será demonstrado em momento oportuno neste trabalho.

1.3 REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS.

A falta de norma regulamentadora acaba por restringir direitos e liberdades constitucionais, e não garante a vontade do constituinte de que todas normas possuam eficácia plena.

Neste sentido, encontram-se dois remédios constitucionais de objetivos diferentes, porém com finalidades semelhantes, em que, trata-se de sanar o vício omissivo, ocasionado pela inércia legislativa.

É neste cenário, que se inserem as duas ações constitucionais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, na qual analisaremos a seguir.

1.3.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Previsto no art. 103 da Constituição Federal de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem o objetivo de tornar efetiva a norma constitucional, garantindo eficácia plena à norma que contem a lacuna.

Destacam-se os dizeres de Michel Temer a cerca do assunto:

> A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Ou seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se que é que a inação (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a

[6] BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º.: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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”.1988;

> quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado. (LULIA,1994,p.50)

Ou seja, os direitos constitucionais não podem ficar sem respaldo, devido à indisponibilidade de atos normativos, devido a isto que o constituinte, criou meios que viabilizam a emissão de normas, como é o caso da ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção.

Observa-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, está relacionada diretamente ao direito objetivo, com respaldo no art. 103, § 2º da Constituição Federal[7], já que com a ação pretende-se suprimir as lacunas inconstitucionais da ordem constitucional, tornando tal norma efetiva. (PIOVESAN, 2003, p. 113)

Flávia Piovesan analisa a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme é demonstrado:

> Trata-se, pois, de instrumento voltado a preencher, de forma geral e abstrata, as lacunas inconstitucionais do ordenamento. A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos. (2003, p. 113)

Desta forma, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem relevante importância no ordenamento jurídico, pois, a mesma, busca remediar todas as lacunas jurídicas, tornando a ordem constitucional mais completa.

Ressalta-se ainda que, o Poder Judiciário deverá declarar, nas ações julgadas procedentes, a omissão inconstitucional, como também cientificar o órgão competente da decisão, para que adotem providencias necessárias. (PIOVESAN, 2003, p. 113-114)

Neste sentido, os legitimados para propor ação, estão elencado no art. 103, I, a IX da Constituição Federal[8], nas quais, podem propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a Mesa do Senado Federal, Mesa da Camara dos Deputados, o Presidente da República, a Mesa da Assembleia Legislativa, Mesa da

---

[7] BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 103: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. 1988.

[8] BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 103, I,: “o Presidente da República”. 1988.

Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado, ou Governador do Distrito Federal, e os entes representativos da sociedade civil, como o Conselho Federal da Ordem do Advogados do Brasil,confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Da mesma forma, como já informado anteriormente, os legitimados passivos são os órgãos competentes na edição da norma.

Destacam-se, neste aspecto, que a omissão legislativa é praticada inúmeras vezes pelos próprios entes políticos legítimos na propositura da ação, sendo óbvio que estes não impetrarão ação direta de inconstitucionalidade por omissão, já que o vicio é em sua própria casa, desta forma, os entes representativos da sociedade civil, principalmente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, são *sine qua non* para a manutenção da ordem constitucional.

A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é do Pleno do Supremo Tribunal Federal, sendo preciso ter no mínimo oito dos onze Ministros na casa para realização do julgamento, sendo necessário o mínimo de seis votos procedentes declarando a inconstitucionalidade por omissão.

No caso de procedência da ação, declarando a inconstitucionalidade por omissão, os efeitos serão *erga omnes*, ou seja, estendido a todos. Observa-se assim, que se o Legislativo é o órgão omisso, não existirá qualquer prazo fixado pelo Constituição Federal para edição da norma faltante, mas, sendo a omissão algum órgão administrativo, aplica-se o prazo de trinta dias para realização da medida necessária. (LULIA,1994,p.47-50)

Michel Temer analisa o assunto, como segue a baixo:

> Verifica-se que, em se tratando de órgão administrativo, o agente público encarregado da pratica do ato poderá ser responsabilizado se não o praticar no prazo fixado de 30 dias. Mas, em se tratando de medidas legislativas, não havendo a Constituição Federal fixado prazo para a adoção da providência, qual a sanção para o não cumprimento da ordem judicial que declarou a inconstitucionalidade por omissão e determinou a pratica da medida? Não há previsão no texto constitucional, no que a nossa Constituição reproduziu o sistema da Constituição portuguesa (...). Tudo indica que o constituinte pátrio confia no estabelecimento de mecanismos regimentais internos no Poder Legislativo, capazes de viabilizar o disposto na determinação judicial. (1994,p.47-48)

Neste sentido, Flávia Piovesan também analisa o cumprimento da decisão pelo Poder Legislativo, conforme é demonstrado a seguir:

> Com efeito, em face desta sistemática, não há como assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional, ou seja, nada está a garantir que o Poder Legislativo irá legislar e, ao mesmo tempo, caso, não legisle, não há como imputar sanção ao comportamento inconstitucional deste poder. (2003, 121-122)

Ademais, observa-se que, com a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo órgão omisso o Poder Legislativo, deverá este cumprir com a decisão, porém, a não realização desta, não implica em sanções ao órgão, já que o legislador constituinte preferiu confiar no Poder Legislativo e seus mecanismos regimentais internos, para sanar a lacuna. (PIOVESAN, 2003, 121-127)

Ora, o efeito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é meramente declaratória, não solucionando efetivamente o problema da falta normativa, deixando ainda, o ordenamento incompleto, não obtendo a eficácia plena das normas.

Flávia Piovesan sustenta que a solução adequada seria:

> A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omisso suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do art. 64, par. 2, do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada , poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o principio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais. (2003, 126-127)

Atente-se, que esta proposta, ponderada por Flávia Piovesan cumpriria com o real objetivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, de suprimir as lacunas inconstitucionais, no sentido de alcançar a eficácia plena da norma constitucional.

Sendo assim, percebem-se avanços no processo de controle de constitucionalidade, a cerca dos legitimados na propositura da ação, porém, ainda é preciso ajustes para que os preceitos constitucionais sejam realmente garantidos e não apenas declarados.

1.3.2 Mandado de Injunção.

O mandado de injunção é uma inovação constitucional que surge na luta contra a falta de normas regulamentadoras que restringem direitos e liberdades constitucionais, como também, prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, conforme previsto no art. 5, LXXI da Constituição Federal de 1988[9].

Para um maior entendimento, serão explicados resumidamente três pontos sobre o mandado de injunção, sendo estes, o cabimento, os legitimados (ativos e passivos) e o órgão competente para julgar.

Quanto ao cabimento, o mesmo será concedido quando houver a impossibilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, ocasionada pela lacuna legislativa.

Já sobre os legitimados ativos no mandado de injunção, os mesmos são todos àqueles que possuem seus direitos afligidos pela falta da norma regulamentadora, podendo ser impetrado por entes coletivos, como associações legais, organização sindical, entidades de classe entre outros, em contrapartida, os legitimas passivos, serão sempre os órgãos que não cumpriram o seu dever de legislar, omitindo a regulamentação da norma.

Nesta mesma baila, entende-se que "norma regulamentadora" é toda medida efetiva a norma constitucional, ou seja, incluem-se leis complementares, ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, dentre outros.

Sobre o órgão competente para o julgamento do mandado de injunção, destaca-se que, o mesmo será sempre superior ao órgão impetrado, observando que a procedimento no STF encontra-se no art. 102, I, q, da Constituição Federal[10], e o procedimento STJ no art. 105, I, h, da Constituição Federal[11].

---

[9] BRASIL.CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5, LXXI.: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdade constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." 1988

[10]BRASIL.CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 102, I, q,: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;". 1988.

[11] BRASIL.CONSTITUIÇÃO FEDERAL.Art. 105, I, h,: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou

Após esta exposição genérica, a cerca do cabimento, legitimidade e o órgão competente para julgar o mandado de injunção, analisam-se os efeitos da decisão, sendo está a analise mais importante sobre a referida ação constitucional.

Como discutido anteriormente, o impetrante do mandado de injunção busca através desta ação a regulamentação da lacuna que fere seus direitos, sendo o meio jurídico a alternativa necessária para a satisfação desejada, que por hora esta sendo lesado pelo não cumprimento legal do órgão responsável pela regulamentação. (PIOVESAN, 2003, p.145-148)

Não obstante, encontramos inúmeros mandados de injunção a espera de uma solução definitiva, pois, os efeitos da decisão procedente não satisfazem a expectativa de direito de muitos impetrantes, desta forma, diversas correntes doutrinárias surgem como respaldo na busca de uma solução eficaz. (PIOVESAN, 2003, p.145-148)

Este problema advém da eficácia declaratória da decisão do mandado de injunção, ou seja, com a procedência dos pedidos, o julgador declarará inconstitucional a omissão, sendo avisado o órgão competente para que o mesmo adote as providências necessárias, a fim de sanar a lacuna com a regulamentação normativa necessária. (BARROSO,2009, p.261-266)

Contudo, observa-se que apenas a ciência ao órgão legislativo não é suficiente para garantir o direito lesado pela falta de norma, pois o legislador não esta sendo obrigado a regulamentar, e sim apenas notificado que existe uma lacuna e a mesma está ferindo um direito constitucional. (BARROSO,2009, p.261-266)

Algumas indagações são oportunas: o legislador não sabia que estava sendo inerte? Qual a solução normativa pretendida pelo impetrante? E se o órgão legislativo não emitir a norma regulamentadora faltante? (PIOVESAN, 2003, p.145-148)

O fato é que o judiciário brasileiro entende que após o julgamento do mandado de injunção, sendo ele procedente, a ciência ao legislador omisso é a medida a ser adotada, pois esta ação visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a finalidade apenas de cientificar dessa declaração, para que adote as providências necessárias, semelhante ao que ocorre

---

indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;".1988.

com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, analisada anteriormente. (PIOVESAN, 2003, p.145-148)

Este entendimento jurisprudencial, na qual serão analisados alguns mandados de injunção em capítulo especifico, que versa sobre o direito de greve e aposentadoria especial do servidor publico, não assegura ao impetrante o exercício imediato de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, no caso concreto.

Além deste posicionamento do STF a cerca do mandado de injunção, que de passagem é muito questionável, duas vertentes doutrinárias se destacam, conforme serão analisadas a seguir.

A primeira corrente defende que cabe ao Poder Judiciário elaborar a norma regulamentadora faltante, suprindo, deste modo, a omissão legislativa, porém, alguns questionamentos pertinentes a esta corrente devem ser feitas, conforme pondera Flávia Piovesan:

> (...) importaria em converter o mandado de injunção, de instrumento de tutela de direito subjetivo em instrumento de tutela de direito objetivo. (...) Já se disse que, ante a Carta de 1988, em caso de omissão inconstitucional, constitui a ação direta de inconstitucionalidade por omissão instrumento de defesa do direito objetivo. Isto é, enquanto esta ação apresenta por objeto a ordem jurídica lacunosa propriamente dita, o mandado de injunção tem como objeto o direito subjetivo, que se encontra violado no caso concreto, posto que viabilizado por falta de regulamentação. (2003, p.148)

Neste mesmo sentido, o mandado de injunção teria como finalidade em completar o sistema constitucional, com objetivo de excluir as lacunas em busca da eficácia plena das normas constitucionais, porem, o mandado de injunção tem como objetivo a restauração de um direito constitucional lesado em razão da lacuna, não a supressão de lacunas inconstitucionais, pois, esta é a função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

> Alem desta critica a este entendimento, observa-se também que a aplicação desta doutrina “implica e afronta ao principio da tripartição dos poderes, tendo em vista que a produção de norma geral e abstrata é atividade típica e própria do Poder legislativo. (2003, p.148)

Outro entendimento a cerca deste tema, é a viabilização do Poder Judiciário, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, na falta da norma regulamentadora.

Este entendimento parece ser o mais correto, pois, o impetrante alcançaria seus direitos, ao passo que ao impetrado seria imposto o cumprimento efetivo da norma constitucional, segundo o direcionamento da decisão judicial.

Neste sentido, destacamos os ensinamentos de Luis Roberto Barroso:

> (...) o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. Não há, pois, maior dificuldade, nem se exige do Judiciário uma atuação de integração da ordem jurídica. (2009, p.265)

Observa-se que, concedida à pretensão do impetrante, o órgão jurisdicional não irá propriamente exercer função normativa abrangente, mas, sim, possibilitar ao impetrante o gozo do direito não exercitado pela falta de norma regulamentadora, devendo, portanto, ser criada uma norma jurídica individual pelo Judiciário, para aplicar o direito ao caso concreto, sanando os obstáculos na concessão efetiva do direito.

> A decisão proferida em mandado de injunção, nesta ótica, permite remover, no caso concreto, a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais. Em outras palavras, no caso de lacuna inconstitucional, caberá ao Poder Judiciário criar norma de decisão para o caso concreto, dentro da teleologia do sistema normativo existente, sendo lhe vedado editar normas de regulação gerais e abstratas (...). (PIOVESAN, 2003, p.159)

Desta forma, conforme analisado, o Poder Judiciário criaria normas individuais para o preenchimento da lacuna existe, satisfazendo a expectativa de direito do impetrante que obteve a procedência judicial, porem, destaca-se que, a decisão judicial alcança apenas ao impetrante, não eliminando do sistema jurídico a lacuna, pois, a edição da norma jurídica geral e abstrata faltante, é o dever do Poder Legislativo. (PIOVESAN, 2003, p.148-162)

Destaca-se que a lacuna, conforme analisado anteriormente, é uma incompletude do sistema jurídico, na qual o mandado de injunção deve ser utilizado como um meio de sanar a inércia legislativa, tornando assim um sistema jurídico menos incompleto. (PIOVESAN, 2003, p.148-162)

Nas lições de Bobbio (1995), encontram-se dois métodos diferentes para complementar um ordenamento jurídico, a heterointegração e a auto-integração. O primeiro consiste na integração de recursos a ordenamentos diversos e fontes

diversas da dominante, sendo que, o recurso à outra fonte diferente da legislação, em caso de lacuna da lei, o juiz terá o poder criativo, chamado por Bobbio de Direito Judiciário. Quanto ao segundo método, à complementação pela auto-integração, consistirá no cumprimento através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência de outros ordenamentos, bem como de fontes diversas do direito, aplicando especialmente a analogia e os princípios gerais do direito.

Michel Temer, afirma que cabe ao Judiciário:

> (...) declarar o direito, mediante exercício de jurisdição ampliada, tal como fixado pela Constituição, no sentido de impedir que a omissão de autoridade regulamentadora vulnere direitos indefinidamente. (1993, p.199)

Desta forma, o Poder Judiciário deve viabilizar o direito constitucional no caso concreto, em virtude da falta de norma regulamentadora, considerando assim, o mandado de injunção um meio de grande importância jurídica e política.

Por fim, enfatiza-se que deve o Judiciário escolher um tipo de solução que melhor possa atender aos legítimos interesses do impetrante, porem atendendo os limites de sua competência, verificando também se a contornos jurídicos mínimos autorizadores do conhecimento e da concessão da injunção.

Sendo assim, considerando a discricionariedade dos Tribunais, o impetrante deve ter apreciado o seu caso, sendo que com a procedência do mandado de injunção o julgador não apenas deve notificar o órgão omisso, mas, também garantir o gozo do direito.

2. O DÉFICIT DE NORMAS E A RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS.

Como observamos anteriormente, as lacunas existentes no ordenamento jurídico, ocasionadas pela omissão legislativa, restringem direitos dos que dependem da regulamentação da mesma.

Neste capítulo, trataremos da restrição de direitos inerentes aos servidores públicos civis devido a falta de regulamentação, bem como será demonstrado e definido as diversas modalidades de servidores públicos civis.

2.1 MODALIDADES DE SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS

A Constituição Brasileira de 1988, no capítulo referente à Administração Pública, define como “Servidores Públicos Civis” as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Publica direta e indireta, autarquias, fundações públicas, empresas publicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado.

Alem disso, outras pessoas exercem funções públicas, não apenas no âmbito da função administrativa, como também na função legislativa e judiciária, sendo tratado pela Constituição Federal em capítulo específico como também outras pessoas que exercem função pública, sem vínculo com o Estado.

Como existem muitas modalidades de servidores públicos, diversos doutrinadores como Maria Sylvia Zanella di Pietro (2000, p.353) e Hely Lopes Meirelles (2004, p. 75), adotaram o vocábulo “Agentes Públicos” para designar as pessoas físicas que exercem função pública, com ou sem vínculo empregatício.

Neste sentido correlaciona o pensamento de Hely Lopes Meirelles, que define sobre agentes públicos:

> (...) todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções múltiplas e genéricas ao órgão, as quais são repartidas especificamente entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargo. (2004, p. 75)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello agentes públicos são:

> (...) os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumento expressivo de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. (2003, p. 228)

Segundo Dirley da Cunha Jr.,

> Agentes ou servidores administrativos do Estado são todos aqueles agentes públicos que mantêm com o Estado ou suas entidades da Administração Indireta relação de trabalho de natureza Profissional e caráter não eventual, sob vinculo de dependência, para o desempenho de funções puramente administrativas mediante contraprestação pecuniária (2008, p. 188).

Desta forma, pode-se dizer que são três categorias de agentes públicos civis: agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público (PIETRO, 2000, p.353).

Adiante, analisar-se á cada um deles.

2.1.1 Agentes Políticos.

Os agentes políticos são os formadores da vontade superior do Estado, que ocupam lugares estratégicos na Administração Pública. Estão presentes principalmente no Poder executivo e no Legislativo. São os Chefes do Poder Executivo em todas as esferas, Presidente, Governadores, Prefeitos, seus assessores Diretos (Ministros e Secretários), Deputados Federais, Estaduais e Distritais, senadores, Vereadores.

A forma de investidura no cargo é a eleição, salvo para os cargos de Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do executivo e provido mediante nomeação. (PIETRO, 2000, p. 350-355)

A ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando ideia de órgão e, a segunda, de atividade.

É importante o entendimento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, destacando que:

> Essas funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexiste, pois a sua função se

> restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle a posteriori.
> O mesmo se diga com relação aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, o primeiro exercendo uma das funções essenciais à justiça, ao lado da Advocacia Geral da União, da Defensoria Pública e da Advocacia, e o segundo a função de auxiliar do Legislativo no controle sobre a Administração. Em suas atribuições constitucionais nada se encontra que justifique a sua inclusão entre as funções de governo; não participam, direta ou indiretamente, das decisões governamentais.
> Não basta o exercício de atribuições constitucionais para que se considere como agente político aquele que as exerce. (2000, p. 353-354)

Ou seja, a categoria de agentes políticos concentram-se, em grande parte nas funções Executivas, porém, podem ser encontrados também no âmbito do poder Legislativo e Judiciário.

Com relação ao vinculo que os agentes possuem com o Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

> O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado *não é de natureza profissional*, mas de *natureza política*. Exercem um *munus* público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadão, membros da *civitas* e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade.
> A relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advem de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis. Donde, são por elas modificávceis, sem que caiba procedente oposição às alterações supervenientes, *sub color* de que vigoravam condições diversas ao tempo das respectivas invetiduras. (2009, p.247)

Desta forma, verifica-se que os agentes políticos exercem uma função pública (*munus público*) de alta direção do Estado, ingressando, em regra, por meio de eleições, desempenhando mandatos fixos, nas quais ao término sua relação com o Estado desaparece com o fim do prazo previsto, e, portanto sua vinculação com o aparelho governamental não é profissional, mas institucional e estatutária.

2.1.2 Servidores Públicos

Outra situação diz respeito aos servidores públicos civis ocupantes de cargo de provimento efetivo ou cargo em comissão, regidos pela Lei nº 8.112/90 e são passíveis de responsabilização administrativa, apurada mediante processo administrativo disciplinar ou sindicância de rito punitivo. (MELLO, 2009, p. 245-250)

No sentido amplo, consideram-se as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que:

> "Servidor público, como se pode depreender da Lei Maior, é a designação genérica ali utilizada para englobar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho *profissional* com as entidades governamentais, *integradas em cargos ou empregos* da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público. Em suma: são os que entretêm *com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta* relação de trabalho de natureza *profissional* e caráter não eventual sob vínculo de dependência." (2009, p. 248)

Em suma, conforme o entendimento acima, esta modalidade subdivide em três categorias: servidor público estatutário, servidor público celetista e o servidor público temporário.

2.1.2.1 Servidor Público Estatutário.

O servidor estatutário refere-se às pessoas físicas, que ocupam cargos públicos, mediante concurso público e estão sujeitas ao regime jurídico estatutário estabelecido pela lei de cada uma das unidades federativas. (PIETRO, 2000, p. 350 - 355)

Estes servidores submetem-se a regime estatutário, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo funcionário. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse, não havendo possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do funcionário, porque se trata de normas de ordem pública, não derrogáveis pelas partes. (PIETRO, 2000, p. 354)

Enfatiza-se que o regime estatutário é o comum de contratação de agentes públicos pela Administração Direta, isto é, União, Estados, Distrito Federal e

Municípios, assim como pelas pessoas jurídicas de direito público da Administração Indireta, como autarquias[12], fundações públicas[13] e associações públicas[14].

No âmbito federal, o regime de cargo público vem disciplinado na Lei n. 8.112/90 – o Estatuto do Servidor Público Federal.

Os servidores estatutários são selecionados por concurso público para ocupar cargos públicos, tendo vinculação de natureza estatutária não contratual, e adquirem estabilidade após se sujeitarem a um estágio probatório, podendo haver alteração unilateral no regime aplicável a estes, porém as alterações unilaterais, inerentes ao regime estatutário, não podem prejudicar direitos adquiridos. (PIETRO, 2000, p. 347-354)

O regime de cargo público é mais vantajoso e protetivo para o agente do que o de emprego público. Isso porque o regime de cargo foi concebido para garantir maior estabilidade no exercício das funções públicas, protegendo o servidor contra influências partidárias e pressões políticas provocadas pela constante alternância na cúpula diretiva do Estado. (PIETRO, 2000, p. 347-354)

A principal vantagem conferida aos estatutários é a estabilidade adquirida após o estágio probatório. Essa estabilidade consiste na impossibilidade de perda do cargo, a não ser nas hipóteses constitucionalmente previstas.[15]

Ressalte -se, entretanto, que, no caso dos três cargos públicos vitalícios (magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas), adquirida a vitaliciedade, a perda do cargo somente pode ocorrer por sentença judicial transitada em julgado.

---

[12] “Palavra derivada do grego autos-arkhé, com a significação de autonomia, independência, foi trazido para linguagem jurídica, notadamente do Direito Administrativo, para designar toda organização que se gera pela vontade do Estado, mas a que se dá certa autonomia ou independência, organização esta que recebeu mais propriamente a denominação de Autarquia administrativa” (MEIRELLES, 2008. p. 347.)

[13] Decreto-Lei nº 200. 1967. art. 5º, IV. "Fundação pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes"

[14] “(...) trata-se de acordos de vontades para a consecução de fins comuns”(PIETRO, 2009, p. 4449)

[15] BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 41.: São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. 1988.

Assim, é possível identificar dois regimes diferentes aplicáveis aos servidores estatutários, os regimes de cargos vitalícios e os regimes de cargos efetivos.

Os regimes de cargos vitalícios têm como destaque a situação dos magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas, pois, nos cargos vitalícios, o estágio probatório é reduzido, tendo duração de somente dois anos, após o qual o agente adquire vitaliciedade, podendo perder o cargo unicamente por meio de sentença judicial transitada em julgado; (MAZZA, 2012, p.441)

Em contrapartida nos regimes de cargos efetivos, que abrangem todos os cargos públicos, com exceção dos três vitalícios acima indicados, verifica-se que o estágio probatório é maior, sendo de três anos. Após este, o servidor adquire estabilidade, podendo perder o cargo por quatro formas: sentença judicial transitada em julgado; processo administrativo disciplinar; avaliação de desempenho; para redução de despesas com pessoal. (MAZZA, 2012, p.441)

Aos servidores públicos estatutários são garantidos os seguintes direitos trabalhistas[16] (MAZZA, 2012, p.442-443): Salário mínimo; garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; salário -família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de seis meses; licença -paternidade, nos termos fixados em lei; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de

[16] BRASIL. COSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 39.: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. 1988.

saúde, higiene e segurança; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

2.1.2.2 Servidores Públicos Celetistas (Empregados Públicos)

Outra categoria de servidores públicos são os celetistas, ou como são conhecidos, os empregados público, que ingressam por meio de concurso público para ocupar empregos públicos, tendo uma vinculação contratual com o Estado regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por isso, são conhecidos como “celetistas”.

Nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca da categoria em epigrafe:

> *Empregos públicos* são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como alias, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II, “a”.
> Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra *inevitáveis influencias advindas da natureza governamental da contratante,* basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto, a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho. (2009, p.252)

Desta forma, observa-se que o regime de emprego público é menos protetivo do que o regime estatutário de cargo público e está constitucionalmente definido como o sistema de contratação a ser utilizado nas pessoas jurídicas de direito privado da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais e consórcios privados.

Além das pessoas de direito privado, admite -se contratação por regime de emprego também nas pessoas jurídicas de direito público, desde que para funções materiais subalternas.

É possível encontrar também empregados públicos em pessoas jurídicas de direito público contratados antes da Constituição Federal de 1988, quando não havia tanta restrição ao uso do regime de emprego. (MELLO, 2009, p. 258-263)

Outro ponto a ser destacado é que a Emenda Constitucional n. 19/98 alterou a redação do art. 39[17] da Constituição, permitindo ao legislador escolher entre os regimes de cargo ou de emprego, independentemente da natureza jurídica da entidade contratante. Entretanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135/4, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar suspendendo a nova redação da norma, de modo a restabelecer o regime de cargo como predominante nas contratações para pessoas jurídicas de direito público da Administração[18].(MELLO,2009, p.253-255)

É interessante destacar que diferentemente do servidor estatutário, após a posse, os empregados públicos não têm de cumprir estágio probatório, mas se sujeitam ao período de experiência com duração de noventa dias, previsto no art. 455, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho[19].

Como já relatado os empregados públicos não possuem a estabilidade típica do regime estatutário, porém, isso não quer dizer que o empregado público possa ser despedido livremente, como um empregado comum.

Entende a doutrina administrativa que os empregados públicos somente poderão sofrer dispensa motivada após processo administrativo, observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, pois seria ilógica a dispensa, já que o empregado público ingressou na função mediante concurso público e foi dispensado sem justa causa. (MELLO,2009, p.255)

Enfatiza-se que a dispensa imotivada, comum na iniciativa privada, é incompatível com os princípios administrativos da obrigatória motivação, impessoalidade, finalidade, legalidade, moralidade, entre outros[20]. Isso porque o regime aplicado ao emprego público é predominantemente privado, mas não exclusivamente privado, sofrendo marcante influência de princípios e normas do

---

[17] Alteração feita pela EC19/98: (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 39.: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. 1988).

[18] Redação vigente: (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 39.: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. 1988.

[19]BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS, art. 455.: Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo. 1943.

[20] BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 37. 1988.

Direito Administrativo com base no regime empregatício privado. (PIETRO, 2000, p. 355-356)

Os principais aspectos do regime de emprego, influenciados pelas regras públicas, relacionam-se com a entrada e a saída na função, ou seja, quanto às exigências, respectivamente, de concurso público para ingresso e de processo administrativo para dispensa. Essas duas características especiais não se aplicam às vinculações empregatícias comuns da iniciativa privada. (PIETRO, 2000, p. 354-356)

2.1.2.3 Servidores Públicos Temporários

Sucintamente, esclarece-se que o servidor público temporário é contratado por tempo determinado desempenhando funções públicas desvinculadas de cargos ou de empregos públicos, de forma precária e temporária, como os contratados por tempo determinado para necessidade temporária de interesse público, sendo a contratação desobrigada de concurso público.[21]

Neste sentido, correlaciona o ensinamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> Os da terceira categoria são contratados para exercer funções temporárias, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação. Eles substituem os servidores a que fazia referência o artigo 106 da Constituição de 1967, que previa, também, um regime especial para duas hipóteses: servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada. No Estado de São Paulo, esse regime foi instituído pela Lei nº 500, de 13-11-1974, que acabou por desvirtuar a norma constitucional e com ela conflitar, ao estabelecer, para os servidores "temporários", regime jurídico praticamente igual ao do funcionário público, com a agravante de aplicá-lo a funções de caráter permanente. (2000, p. 354-355)

Ou seja, Hoje, não mais se tolera a admissão, mas apenas a contratação, que somente pode ocorrer "por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público"; não existe mais a contratação para serviços de natureza técnica especializada.

Nas palavras do jurista Diógenes Gasparini, sobre os servidores públicos temporários:

[21] Regulados pela Lei nº 8.745, de 09/12/93, não se sujeitam aos dispositivos da Lei nº 8.112/90.

> são agentes públicos que se ligam à Administração Pública, por tempo determinado, para atendimento de necessidades de excepcional interesse público, consoante definidas em lei (2003, p. 149).

Não é de hoje que se revela altamente dificultosa a delimitação do regime jurídico que rege o vínculo empregatício dos servidores públicos temporário. A ausência de tal fixação vem causando grande controvérsia no tocante aos direitos e deveres intrínsecos ao exercício da função dos servidores em questão, o que gera grande insegurança jurídica e comprometimento do desenvolvimento normal da atividade desempenhada por esses servidores.

2.1.3 Particular em colaboração com o Poder Público

Também conhecido como “Agentes Honoríficos”, os particulares em colaboração com a Administração pertencem a uma classe de agentes públicos que, por via de regra, não estão vinculados permanentemente ao Estado, bem como não recebem remuneração deste. (MAZZA, 2012, p. 445)

Devido à falta de remuneração e de vinculação com o Poder Público, os mesmos são considerados servidores públicos apenas para fins penais, apesar de exercerem a função pública em algum momento.

Alexandre Mazza divide em categorias os agentes honoríficos, conforme observa-se:

> a) **requisitados de serviço:** como mesários e convocados para o serviço militar (conscritos);
> b) **gestores de negócios públicos:** são particulares que assumem espontaneamente uma tarefa pública, em situações emergenciais, quando o Estado não está presente para proteger o interesse público. Exemplo: socorrista de parturiente;
> c) **contratados por locação civil de serviços:** é o caso, por exemplo, de jurista famoso contratado para emitir um parecer;
> d) **concessionários e permissionários:** exercem função pública por delegação estatal;
> e) **delegados de função ou ofício público:** é o caso dos titulares de cartórios.
> Importante destacar que os particulares em colaboração com a Administração, mesmo atuando temporariamente e sem remuneração, podem praticar ato de improbidade administrativa (art. 2º da Lei n. 8.429/92). (2012, p. 445)

Ou seja, conclui-se que os agentes honoríficos são cidadãos chamados para, transitoriamente, colaborarem com o Estado na prestação de serviços públicos

específicos, em razão de suas condições cívicas, de suas honorabilidades ou de suas notórias capacidades profissionais, como por exemplo: os jurados, os mesários eleitorais, os comissários de menores, os amigos da escola, os médicos que prestam serviço ao hospital público de forma voluntária, dentre outros.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS.

Os direitos e garantias fundamentais constituem um dos pilares do tripé do Estado de Direito, ao lado do enunciado da Legalidade e do Princípio da Separação de Poderes. Desta forma, é importante a análise, conhecimento e interpretação dos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, sobre a figura dos direitos e garantias fundamentais são válidas as palavras de José Afonso da Silva, acerca do tema: “são aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (2001, p. 179).

Exatamente por conta desta natureza básica para a própria existência das pessoas e, quiçá, sua sobrevivência, reconheceu-se ainda as seguintes características: historicidade; inalienabilidade (não é possível a transferência de direitos fundamentais, a qualquer título ou forma, ainda que gratuita); irrenunciabilidade (não está sequer na disposição do seu titular, abrir mão de sua existência); imprescritibilidade (não se perdem com o decurso do tempo); relatividade ou limitabilidade (não há nenhuma hipótese de direito humano absoluto, eis que todos podem ser ponderados com os demais); Universalidade (são reconhecidos em todo o mundo). (SILVA, 2001, p.184-186)

Por outro lado, nem todo direito fundamental sempre foi expressamente previsto nas Constituições, ainda que a grande maioria ali esteja. Neste sentido, extrai-se da Carta de 1988 o exemplo de que a mesma não trata de alguns direitos da personalidade, como o nome. Exatamente para que não fosse entendida tal previsão como uma lacuna, o próprio art. 5° contemplou o §2° com a admissão de que existiriam outros decorrentes dos sistemas adotados pelo país.

Ademais, esta discriminação não se deu na Constituição de forma exaustiva ou taxativa, a exemplo o parágrafo segundo do próprio artigo. Trata-se, na verdade, de rol apenas exemplificativo:

> §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5°, §2°. 1988)

Portanto, considera-se que os direitos fundamentais representam verdadeiros princípios do ordenamento jurídico, vez que contêm um direito constitucional objetivo que vincula todos os ramos do ordenamento jurídico, emanando diretrizes e regras de interpretação e, também, possuem um poder de regulação de toda ordem jurídica, da qual emanam diretamente direitos subjetivos privados dos indivíduos.

2.2.1 Direitos e deveres dos servidores públicos civis.

Anteriormente, analisaram-se os diversos tipos de servidores públicos civis demonstrando algumas diferenças entre os mesmos. Nesta seção, pretende-se demonstrar os direitos fundamentais inerentes aos colabores com a Administração Pública, bem como, os deveres que os mesmos possuem.

Neste sentido, classificam-se em dois grupos os principais direitos do servidor público. Esses direitos estão previstos na Lei 8112/90, que dispõe sobre o regime jurídicos dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, observando que, os servidores estaduais e municipais seguem leis específicas dos entes federados, porém, não há grande diferença com o Estatuto do Servidor Público Federal.

Desta forma, subdividem-se esses dois grupos, referentes aos direitos e vantagens dos servidores públicos em: Direitos e vantagens que beneficiam diretamente o servidor; e, Direitos e vantagens para os dependentes dos servidores.

2.2.1.1 Direitos e vantagens que beneficiam diretamente o servidor.

Cabe destacar que os direitos e vantagens que bendeficiam diretamente o servidor público civil, subdividem-se em três categorias: a) ordem pecuniária (subsídios, vencimentos) e vantagens pecuniárias (indenizações, gratificações, adicionais e benefícios); b) ausência ao serviço (férias, licenças e greve); c) aposentadoria (possui regime próprio de previdência social).

A respeito da ordem e vantagens pecuniárias, tendo como base dois dispositivos expressos da Constituição Federal, são irredutíveis e seu reajustamento periódico tem que protegê-los da inflação. É o que está literalmente escrito nos parágrafos 3º[22] e 17º[23] do artigo 40 e no inciso XV do art. 37[24], ambos da Constituição.

Não há dúvidas que o legislador constituinte de 1988, estendeu a todo o funcionalismo a garantia da irredutibilidade de vencimentos, mas, e se da mudança do regime jurídico aplicável sobrevier redução da remuneração do servidor, como deve proceder a Administração? Ficará impossibilitada de levar adiante a modificação pretendida? Reconhecendo a existência de um impasse, a própria Suprema Corte se ocupou de conceber mecanismos conciliadores. Veja-se a orientação conferida no julgamento do RE n.º 212.131/MG.

> EMENTA: ADMINISTRATIVO. ESTADO DE MINAS GERAIS. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CONVERSÃO COMPULSÓRIA DO REGIME CONTRATUAL
> EM ESTATUTÁRIO. REDUÇÃO VERIFICADA NA REMUNERAÇÃO. ART. 7º, VI, C/C ART. 39, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO.
> Situação incompatível com o princípio da irredutibilidade que protegia os salários e protege os vencimentos do servidor, exsurgindo, como solução razoável para o impasse, o enquadramento do servidor do nível mais alto da categoria funcional que veio a integrar, convertido, ainda, eventual excesso remuneratório verificado em vantagem pessoal a ser absorvida em futuras concessões de aumento real ou específico. Recurso conhecido e provido. Votação: Unânime. (RE-212131/MG, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, publicação DJU 29-10-99, PP-00019, EMENTA VOL-01969-03, PP-00474, julgamento 03/08/1999 - Primeira Turma).

Ainda a propósito do tema, é relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal rejeita, em regra, a possibilidade de controle de constitucionalidade abstrato de normas sob a alegação de violação ao art. 37, XV, da Constituição. Entende a Excelsa Corte que a garantia da irredutibilidade de vencimentos não é capaz de afetar a validade, em tese, de uma norma, mas somente de obstar a sua incidência,

---

[22] BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 40, § 3º.: "Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei". 1988.

[23] BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 40, § 17º.: "Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3° serão devidamente atualizados, na forma da lei".1988.

[24] BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 37, XV.: "o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I".1988.

em concreto, se dela resultar diminuição nominal dos vencimentos (BARROSO, 1996, p.141-143).

Registremos, mais, que a norma constitucional de que ora se cuida, além de só garantir a continuidade da expressão nominal da remuneração, protege, única e exclusivamente, aqueles valores licitamente percebidos pelo servidor. Com efeito, à Administração é sempre possível, no uso do poder de autotutela de seus atos, anular a concessão de vantagens ou corrigir a forma de apuração de determinada parcela remuneratória do servidor, vindo, com isso, a reduzir-lhe os estipêndios, sem incorrer em qualquer violação da garantia do art. 37, XV, da Constituição Federal[25].

No caso, trata-se apenas de um conflito aparente de normas constitucionais: entre o princípio da legalidade de um lado e a garantia da irredutibilidade de vencimentos do outro. Os princípios, na verdade, são normas constitucionais dotadas de maior teor de abstração, que se irradiam pelas demais, funcionando como "critério de interpretação e integração da Constituição" (BARROSO, 1996, p.141-143). Portanto, seria impossível imaginar que a garantia da irredutibilidade de vencimentos pudesse ficar imune à abrangência do princípio da legalidade, previsto no próprio caput do art. 37 da CF/88. Desse modo, não há como fugir à conclusão de que a aplicação da norma do art. 37, XV, da Carta Magna pressupõe a licitude dos valores percebidos.

Finalmente, não fere a garantia da irredutibilidade de vencimentos a supressão das chamadas gratificações *pro labore faciendo* ou de verbas de natureza indenizatória da remuneração do servidor. À evidência, o caráter transitório de tais parcelas, ínsito de sua natureza, não pode gerar no servidor a expectativa de que venham a se integrar, de forma irredutível, à sua remuneração, assim como também não se adquirem direitos à respectiva percepção (BARROSO, 1996, p.141-143).

---

[25] Nesse sentido, o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Mandado de Segurança n.º 21.216- DF, em 5/12/90: "No Parecer que ofereci como Procurador-geral da República, na Representação 1.379, sustentei, por isso, que, salvo disposição expressa na lei, determinando a redução dos vencimentos, a garantia da irredutibilidade não se prestava ao controle abstrato da constitucionalidade das leis. Disse na ocasião: 'De fato. Nem a proteção do direito adquirido, nem a irredutibilidade de vencimentos inibem a alteração in pejus da lei preexistente. São ambas regras de direito intertemporal, que substanciam garantias, não contra a validade de lei posterior, mas, isto sim, contra a sua incidência — não obstante, válida —, em prejuízo de situações individuais juridicamente constituídas sob o direito anterior. Por isso, em tese, a lei pode, não apenas suprimir parcelas, mas até mesmo atribuir a determinado cargo de magistratura, vencimentos globais inferiores àqueles que, antes, lhes correspondessem. A redução, porém, não incidirá em detrimento do juiz que, antes dela, já percebera, de acordo com a lei antiga, remuneração superior." (BRASIL. MANDADO DE SEGURANÇA. 05/12/1990)

A ausência ao serviço pelo servidor público dará pelo gozo de direito as férias, licenças, bem como, poderá ser em consequência de greve.

As férias é um direito constitucional de repouso temporário do trabalhador, com o fito de garantir-lhe um descanso relativamente prolongado proporcionando ao trabalhador a recuperação das forças físicas e mentais despendidas com o labor. Ressaltamos que para todos os efeitos, referido período é considerado como de efetivo exercício da atividade.

O inciso XVII do art. 7 º da Constituição Federal de 1988 trata do direito às férias:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;[26]

O § 3º do art. 39 da Constituição estende a aplicação dessas regras aos servidores, aplicando-se a estes o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Os artigos 77 a 80 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, tratam do assunto em nível infraconstitucional.

> Art. 77. O servidor fará jus a trinta dias de férias, que podem ser acumuladas, até o máximo de dois períodos, no caso de necessidade do serviço, ressalvadas as hipóteses em que haja legislação específica.
> § 1º Para o primeiro período aquisitivo de férias serão exigidos 12 (doze) meses de exercício.
> § 2º É vedado levar à conta de férias qualquer falta ao serviço.
> § 3º As férias poderão ser parceladas em até três etapas, desde que assim requeridas pelo servidor, e no interesse da administração pública.
> Art. 78. O pagamento da remuneração das férias será efetuado até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período, observando-se o disposto no § 1º deste artigo.
> § 1° e § 2° (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)
> § 3º O servidor exonerado do cargo efetivo, ou em comissão, perceberá indenização relativa ao período das férias a que tiver direito e ao incompleto, na proporção de um doze avos por mês de efetivo exercício, ou fração superior a quatorze dias.
> § 4º A indenização será calculada com base na remuneração do mês em que for publicado o ato exoneratório.
> § 5º Em caso de parcelamento, o servidor receberá o valor adicional previsto no inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal quando da utilização do primeiro período.

[26] BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 7º, inciso XVII. 1988.

> Art. 79. O servidor que opera direta e permanentemente com Raios X ou substâncias radioativas gozará 20 (vinte) dias consecutivos de férias, por semestre de atividade profissional, proibida em qualquer hipótese a acumulação.
> Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).
> Art. 80. As férias somente poderão ser interrompidas por motivo de calamidade pública, comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral, ou por necessidade do serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade.
> Parágrafo único. O restante do período interrompido será gozado de uma só vez, observado o disposto no art. 77. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 77-80, 1988)

Passados o interstício mínimo de doze meses do início do exercício, ressalvando alguns casos que suspendem o lapso temporal, o servidor terá incorporado a garantia e o direito às férias, na qual, fará jus o correspondente a 30 dias.

Outro direito dos colaborados com o Poder Público, são as licenças: à gestante, à adotante, ao premio de assiduidade, paternidade, para tratamento de saúde, para tratar de interesses particulares, à incentivada sem remuneração (LISR), por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro, para capacitação.[27]

Ainda a respeito aos direitos dos servidores públicos, destacamos uma das mais importantes garantias constitucionais adquiridas pela classe trabalhadora, trata-se do direito a greve.

Greve, segundo o art. 2º da Lei n. 7.783, de 1989 é a “suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

Nos dizeres de Maurício Godinho Delgado:

> “Seria a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exerce-lhes pressão, visando a defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos.” (2007, p.1414)

O direito de greve para os trabalhadores em geral está previsto no art. 9º da Constituição Federal e vem assim descrito:

> Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

[27] Todas as licenças acima estão previstas na lei 8.112/90.

> § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.
> § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.[28]

Referido artigo está inserido no Capítulo II (que cuida dos direitos sociais) do Título II, da Constituição Federal, que traz os direitos e garantias fundamentais. Desta maneira, ao lado do direito fundamental ao trabalho, insere-se o direito de greve, conquista histórica dos trabalhadores, na medida em que permite a necessária movimentação e articulação do trabalhador em busca de melhores e dignas condições de trabalho.

O direito de greve para os servidores públicos, por sua vez, está previsto no inciso VII, do art. 37 da Constituição, conforme demonstramos:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;[29]

Este artigo está inserido no capítulo da Constituição que cuida da Administração Pública (Capítulo VII, do Título III). Tal previsão topológica diferenciada decorre do regime jurídico diferenciado que se dispensa ao serviço público, que sempre deve atender aos interesses da coletividade.

Por outro lado, o regime jurídico diferenciado entre trabalhadores empregados e servidores públicos, não lhes pode impor violação a direitos fundamentais, na medida em que são, todos, trabalhadores.

Em terceiro lugar ressalta-se que, o direito a aposentadoria é outra garantia do servidor público, sendo este objeto de muito debate entre os diversos doutrinadores, devido a EC 41/03, que estipulou mudanças nas regras de aposentadoria dos servidores públicos, porém esta não é a questão central deste trabalho, sendo analisada em outra oportunidade.

Os servidores públicos possuem direito a aposentadoria: por invalidez (proventos “integrais” se causada por acidente em serviço, moléstia profissional, grave ou incurável, tipificada em lei; e proporcional ao tempo de contribuição); compulsória (quando atingida a idade de 70 anos, homens e mulheres, com

[28] BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 9º, § 1º e § 2º. 1988.
[29] BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 37, inciso VII. 1988.

proventos proporcionais ao tempo de contribuição); voluntária por idade (65 anos homem e 60 mulher, com proventos proporcionais); e, voluntária por tempo de contribuição (cujas regras variam de acordo com a data de ingresso no serviço). (IBRAHIM, 2010, p. 777-782)

Da mesma forma que as espécies de aposentadorias anteriores, entende-se que os servidores também possuem o direito a aposentadoria especial, pois, encontra-se diversos colaboradores com o Poder Público, trabalhando sob o enfoque de atividades penosas, insalubres ou perigosas.

A Constituição Federal garante este direito no art. 40, §4º, incisos II e III[30], porém, dependente de regulamentação por lei complementar, que, no âmbito federal, nunca existiu, restringindo direitos aos servidores públicos.

2.2.1.2 *Direitos e vantagens para os dependentes dos servidores.*

Uma conquista dos servidores públicos refere-se à inclusão da família dos mesmos como dependentes, tornando-os beneficiários de direitos como pensão por morte, auxilio funeral e auxilio reclusão.

Acerca da pensão por morte, a Constituição Federal assegura, regime de previdência de caráter contributivo e solidário, participando de sua manutenção o governo federal, os servidores ativos inativos e os beneficiários de pensão. (IBRAHIM, 2010, p. 790-793)

Quando o beneficiário de pensão, na forma do inciso I, § 1º do artigo 186 da Lei nº 8.112/90, for portador de doença incapacitante, a contribuição para a seguridade social incidirá apenas sobre a parcela de pensão que supere o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.

Tratando-se sobre, o auxílio-reclusão, o mesmo é um benefício devido aos dependentes do segurado recolhido à prisão, durante o período em que estiver preso sob regime fechado ou semi-aberto. Não cabe concessão de auxílio-reclusão

[30] (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 40, §4º, incisos II e III) “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência 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 e o disposto neste artigo. § 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: II que exerçam atividades de risco; III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. 1988”

aos dependentes do segurado que estiver em livramento condicional ou cumprindo pena em regime aberto.

Observa-se que, à família do servidor que perceba renda bruta mensal igual ou inferior a R$ 971,78 é devido o auxílio reclusão, sendo o valor do auxílio reajustado anualmente pelos mesmos índices de reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Referente ao benefício de auxílio funeral é devido em decorrência de óbito de servidor público federal, ativo ou aposentado, à família deste, em valor equivalente a um mês da remuneração ou proventos devido ao ex-servidor no mês do óbito.

Portanto, as conquistas históricas dos servidores públicos, na luta pelos seus direitos, abrangem também seus dependentes, garantindo desta forma, uma vida digna aos mesmos e aqueles que sustentam.

3. GREVE E APOSENTADORIA ESPECIAL COMO EXEMPLO DE LACUNAS LEGISLATIVAS A SEREM SANADAS.

Até o presente momento, foi discutida a eficácia das normas e o déficit normativo em conjunto com as restrições de direitos advindos da falta de regulamentação pelo legislador.

Neste capítulo serão demonstrados dois direitos dos servidores públicos que encontram restrições em função da teoria das normas de eficácia limitada. São eles o direito de greve e a aposentadoria especial, na qual ambos são garantidos pela Constituição, porém os não estão em gozo dos servidores públicos civis devido a mora em legislar.

Pretendemos neste capítulo demonstrar alguns entendimentos de renomados doutrinadores, e, em especial a forma como a Suprema Corte considera tais assuntos.

3.1 GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS.

O direito de greve no Brasil, que desde a carta de 1937 é concedida ao trabalhador de iniciativa privada (DELGADO, 2007, p. 1407), nem sempre foi permitido ao servidor público, chegando a ser considerado um delito penal até a conquista com o advento da atual Constituição (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1325-1344).

Contudo, tal matéria, em âmbito do Poder Público, deve ser regulamentada pelo legislador ordinário, conforme previsto no inciso VII do art. 37 da Constituição Federal, com a finalidade de conciliar o direito de greve com os princípios da Administração Pública, devendo o Congresso Nacional editar lei especifica para este fim.

Demonstra-se claramente que tanto o legislador constituinte, assim como o reformador diferenciaram o direito de greve dos trabalhadores privados, do direito de greve do servidor público. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo, relaciona alguns critérios que devem ser observados na aplicação do direito de greve de forma analógica:

> a) Que a desequiparação não atinja de modo atual e absolutamente um só indivíduo;
> b) Que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
> c) Que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica
> d) Que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido, seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundamentada em razão valiosa -ao lume do texto constitucional- para o bem público. (2005, p.11)

Neste sentido, diferenciando a greve da iniciativa privada e pública, deve ser considerado não apenas o indivíduo (servidor público), mas num todo (todos servidores públicos) que, são distintos dos trabalhadores da iniciativa privada. (MELO, 2005, p.11)

Por fim, menciona-se que a lacuna normativa, resultou em diversos mandados de injunção por inúmeras classes trabalhadoras, que buscaram a satisfação de seu direito garantido pela Constituição, porém, observa-se que apesar da conquista através da aplicação analógica da lei 7.783/89, a mesma não é efetiva.

3.1.1 Análise do direito de greve do servidor público civil e o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Como analisado anteriormente (no tópico 2.2.2.1 Direitos e vantagens que beneficiam diretamente o servidor), a greve segundo o art. 2º da Lei n. 7.783, de 1989 é a “suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”, sendo que a Lei em epígrafe é aplicada analogicamente aos servidores públicos, devido à falta de regulamentação pelo legislador.

A omissão legislativa ao regulamentar o direito de greve aos servidores públicos, ocasionou inúmeros mandados de injunção (como tratado anteriormente no tópico 1.3.2. Mandado de injunção), que possuem a finalidade de suprir a lacuna legislativa, podendo ser impetrado por todos àqueles que possuem seus direitos afligidos pela falta da norma regulamentadora. (BARROSO,2009, p.261-266)

Todavia, percebe-se, como já explicado anteriormente, que os efeitos da decisão do mandado de injunção não satisfazem o direito pleiteado (PIOVESAN,

2003, p.145-148), pois, o legislador não será obrigado a legislar, bem como, o órgão julgador não se acometerá desta competência.

É neste parâmetro que encontra um dos problemas deste trabalho, na qual, os interessados na regulamentação do direito de greve na Administração Pública, ficaram sem a garantia de seus direitos, pois a decisão dos mandados de injunção não obriga o legislador a regulamentar a matéria omissa. (PIOVESAN, 2003, p.145-148)

Em 22 de novembro de 1996, o Mandado de Injunção n. 20, na qual o Relator era o Ministro Celso de Mello, firmou-se o entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores, não poderia ser exercido antes da edição da lei regulamentadora, pois a norma que reconhece o direito aos mesmos possui eficácia limitada, sendo assim é desprovida de autoaplicabilidade. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1325-1344)

Neste mesmo sentido, outros mandados de injunção, como os MI 485 e MI 585, seguiram o mesmo entendimento, porém, o Tribunal sempre mencionou o dever do legislador de regulamentar a matéria. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1325-1344)

Ao citar, como exemplo, os Mandados de Injunção número 20, 485 e 585, Gilmar Ferreira Mendes relatou que, nas diversas vezes que o Tribunal se manifestou sobre o direito de greve dos servidores públicos, reconheceu unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1325-1344).

Finalmente em 2007, o STF concluiu o julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES e 712/PA, impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do estado do Espírito Santo- Sindpol e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do estado do Pará. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1325-1344)

A impetração dos Mandados de Injunção teve a finalidade de pressionar o Congresso Nacional em regulamentar o art. 37, VII da Constituição Federal, esperando com que não só fosse declarada a omissão do Poder Legislativo, assim como, a supressão da lacuna legislativa, através da regulamentação do direito de greve no serviço público, bem como, pleiteou que o direito de greve fosse reconhecido. (MARTINS, 2001, p. 51)

Com o julgamento, ficou decidido em conferir ao Mandado de Injunção eficácia plena, declarando a omissão legislativa e, por maioria, a aplicação da Lei 7.783/89, não integralmente, mas com as adaptações que as peculiaridades do serviço público.

Já os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio sob os fundamentos de que a Lei 7.783/89 não se adequa às especificidades do serviço público e de que a decisão deveria limitar-se aos impetrantes.

Analisando o Mandado de Injunção número 712/PA, observa-se que, o Ministro Eros Grau modificou seu ponto de vista, acerca da eficácia normativa do art. 37, VII. expondo:

> Isso me leva alterar posição que anteriormente assumi, ao afirmar que a norma veiculada pelo art. 37, VII é de eficácia contida. Pois é certo que ela reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. Por isso, ao adotarmos a classificação usual das normas constitucionais segundo o critério da eficácia, devo necessariamente tê-la como de eficácia limitada; e assim a tenho porque esta é a conclusão que necessariamente se extrai da Constituição no seu todo. (MI 712/PA Voto do relator, Ministro Eros Grau, p. 20 disponível em - www.stf.jus.br)

A respeito dos efeitos da decisão, no MI 712/PA, observa-se o entendimento do relator:

> Também aqui é preciso ter presente que não cumpre ao tribunal remover um obstáculo, que só diga respeito ao caso concreto, mas a todos os casos constituídos pelos mesmos elementos objetivos. (MI 712/PA Voto do relator, Ministro Eros Grau, p. 20 disponível em - www.stf.jus.br)

Desta forma, decidiu-se a maioria que não se deveria regular apenas o caso concreto, excluindo, assim, de se criarem tantas normas regulamentadoras, o que viria a ferir o princípio da igualdade.

Já no MI 670, o relator defendeu a eficácia *inter partes* da decisão:

> (...) ao emprestar-se eficácia erga omnes à tal decisão, como se pretende, penso que esta Suprema Corte estaria intrometendo-se, de forma indevida, na esfera de competência que a Carta Magna reserva com exclusividade aos representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto. (MI 670/ES)

Ainda, cabe discutir sobre as soluções para suprir a lacuna legislativa, destacando o entendimento do Ministro Eros Grau, no MI 712/PA, na qual sustentou

que a Lei 7.783/89 não é suficiente para regulamentar a greve do servido público, cabendo a Corte traçar os parâmetros para que o direito de greve no setor público seja exercido. Conforme observa-se:

> Por isso, tenho que a Lei n. 7.783, de 20/06/89, atinente à greve dos trabalhadores em geral, não se presta, sem determinados acréscimos, bem assim algumas reduções do seu texto, a regular o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Este reclama, em certos pontos, regulação peculiar (...). (MI 712. voto do relator Eros grau pp. 13-14)

Neste mesmo sentido, observa-se o entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no MI 708, em que propôs a solução para concretizar o direito de greve do servidor público, diante da mora injustificada do Poder Legislativo, apresentando um documento por ele elaborado conjugando a aplicação da Lei 7.783/89 com o projeto de lei da Deputada Federal Rita Camata. Destaca-se a passagem do voto:

> Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa à inoperância das decisões desta Corte. Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”.
> A esse respeito, em apêndice, ao meu voto, elaborei documento comparativo da Lei 7.783/1989 e o texto substitutivo ao Projeto de Lei n. 4.497/2001 (“que dispõe sobre os termos e limites do exercício do direito de greve pelos servidores públicos”), de autoria da então Deputada Federal Rita Camata, para disciplinar o exercício do direito de greve dos servidores públicos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e a dos Municípios, previsto no art. 37, inciso VII da Constituição Federal. (MI 708, p. 16.)

Os ministros observaram a necessidade de compatibilizar a Lei 7.783/89 com as peculiaridades do serviço público, sendo que desta forma, sugeriram algumas modificações, como: (MANDADO DE INJUNÇÃO 708)

Considerar legítimo o exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária, pacífica, parcial, de prestação pessoal de serviços ao empregador. Contudo, não é lícita a paralisação total; A administração deve ser notificada da paralisação com antecedência mínima de 72 horas; É obrigatório que o sindicato dos servidores, responsável pela declaração da greve, entre em acordo com o estado para garantir a continuidade do serviço público; A Administração Pública poderá contratar agentes para garantir a continuidade dos serviços paralisados, firmado um

contrato por prazo determinado; O não cumprimento da regular continuidade da prestação de serviço público caracterizará abuso do direito de greve.

Já no MI 670, o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que a decisão não deve ser meramente declaratória, nem tão pouco constitutiva. Ao discorrer sobre as três correntes a serem seguidas em sede de mandado de injunção, o ministro defendeu garantir o exercício do direito de greve, sem legislar.

> Embora comungue da preocupação de que é preciso dar efetividade às normas constitucionais, sobretudo àquelas que consubstanciam direitos fundamentais, estou convencido que o Judiciário não pode ocupar o lugar do poder ao qual o constituinte, intérprete primeiro da vontade soberana do povo, outorgou a sublime função de legislar. (MI 670)

Conclui-se assim que, o STF evoluiu seu posicionamento, não só reconhecendo a omissão do Legislativo, mas fixando um prazo para o suprimento da referida lacuna, embora sem sucesso. Todavia, só com os julgamentos dos Mandados de Injunção n. 670/ES, 708/DF e 712/PA, foi possível concretizar um direito constitucionalmente insculpido, mas carente de regulamentação. Ademais, regulamentou-se a omissão, com efeito *erga omnes*, equiparando o Mandado de Injunção à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. (MARTINS, 2001, p. 43-55)

Em face do exposto, mister se faz nos posicionarmos no que tange à nova posição da Suprema Corte.

Embasado no tópico 1.3.2 deste trabalho, referente ao Mandado de Injunção, não há como não concordamos com a opinião de que as decisões do judiciário não devem apenas declarar o direito aventado, e sim, serem dotadas de eficácia, pois se assim não for, não haverá a garantia do direito pleiteado. (PIOVESAN, 2003, P. 148-166)

Destaca-se ainda que, o direito de greve do servidor público está inscrito na Constituição e, portanto, qualquer lei que venha a discipliná-lo não poderá suprimir esse direito, mas somente traçar parâmetros para que não ocorra abuso do mesmo. (MARTINS, 2001, p. 43-55)

Desta forma, mesmo sendo o art. 37, VII, norma de eficácia limitada e, por conseguinte, dependente de regulamentação, o Mandado de Injunção é um remédio jurídico constitucional posto à disposição da sociedade para que haja o controle das omissões legislativas. Por conseguinte, é poder-dever do Judiciário dar ao Mandado

de Injunção o seu real alcance, eis que lhe incumbe aplicar as normas constitucionais. (MARTINS, 2001, p. 43-55)

Antônio Álvares da Silva entende que o Judiciário deve desempenhar papel mais incisivo, sob pena de seu próprio descrédito diante da sociedade. Conforme observa-se:

> Essas leis não vieram, nem o STF agia no sentido de colmatar a lacuna. Assistia, simplesmente, como espectador neutro, ao drama social sem nele intervir, embora pudesse prestar relevante serviço à sociedade, como agora de fato prestou, dando ao MI a função que a Constituição lhe indicou. Não se limita mais a um mero "noticiar" de mora legislativa ao poder omisso. Agora se ergue em autêntico supridor da omissão no caso concreto até que a norma geral de competência do Legislativo venha. (2008, p. 44)

José Afonso da Silva ensina que, a finalidade dessa ação constitucional consiste em conferir imediata aplicabilidade à norma que não foi regulamentada, ou seja, deve realizar concretamente em favor do impetrante, mas não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional.

> É equivocada, portanto, data vênia, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa à expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. (2001, p. 448)

Por fim, esclarece que, qualquer lei que venha a disciplinar o direito de greve do servidor público não deve tratá-lo como análogo ao direito de greve da iniciativa privada, pois, na situação de greve no serviço público a sociedade é quem sofre com a falta dos serviços, diferente da greve no setor privado. (MARTINS, 2001, p. 43-55)

Contudo o exposto é fundamental conferir o direito de greve ao servidor público, porém deve ser regulamentado, para que tanto a o servidor tenha seus direitos adquiridos, como também a sociedade seja assegurada na prestação de serviços a que tem direito, porém, para isto é preciso esperar a mora legislativa.

3.2 APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS

A aposentadoria especial é concedida para os trabalhadores que exercem sua profissão em meios insalubres, ou seja, é concedido a trabalhadores expostos permanentemente a agentes nocivos, de ordem física, química ou biológica e em

ambiente insalubre, sendo sua previsão legal disposta no art. 57 da lei n. 8.213/91[31]. (IBRAHIM, 2010, p. 645)

Ou seja, a lei prevê que aqueles trabalhadores que exercem atividade que de alguma forma possam lhe prejudicar a saúde - insalubre -, tenham um benefício de se aposentar em um prazo menor que os demais trabalhadores. (IBRAHIM, 2010, p. 645)

Ocorre que, da mesma forma que o direito de greve, a aposentadoria especial, desde a Constituição de 1988 por falta de regulamentação legal não se aplica a servidores públicos civis, assim médicos, enfermeiros, químicos, operários, enfim toda espécie de trabalhadores, cujos colegas do setor privado têm direito a aposentadoria especial, simplesmente não possuem este direito, apesar da garantia constitucional disposta no art. 40, §4º, III da Constituição Federal[32].

Ou seja, embora esteja explicitamente tutelada, não encontra efetividade e aplicabilidade, por falta de norma específica. Resta evidente que se esta diante de uma nítida ilegalidade, pois a lei esta tratando de forma desigual os iguais, por tal, da mesma forma que os direitos de greve, o poder judiciário tem reconhecido o direito dos trabalhadores do setor público a usufruírem da aposentadoria especial por insalubridade, mesmo sem a regulamentação em lei, porém para a concessão do beneficio é necessário ajuizar ação judicial, através do mandado de injunção. (IBRAHIM, 2010, p. 645-655)

3.2.1 Análise da aposentadoria especial dos servidores públicos civis e o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O Art. 40, §4º, III da Constituição Federal garante o direito de aposentadoria especial para os servidores públicos civis, porém, tais leis complementares citadas

---

[31] Lei n. 8213. 1991. 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.

[32] CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência 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 e o disposto neste artigo. § 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: III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

no referido dispositivo constitucional não foram editadas, impedindo a concessão do benefício aos servidores destinatários da norma, resultando no descumprimento ao comando do legislador constituinte derivado e restringindo direitos fundamentais. (SILVA, 2008, p. 357-365)

Devido a este empecilho, o Supremo Tribunal Federal vem determinando a integração da norma, em sede de mandado de injunção, com a finalidade de determinar a aplicação subsidiária das normas do Regime Geral de Previdência Social aos servidores públicos que se enquadrem em uma das situações especificadas no art. 40, §4º da CF. (SILVA, 2008, p. 357-365)

Assim sendo, destaca-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

> E M E N T A: MANDADO DE INJUNÇÃO 1194 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – APOSENTADORIA ESPECIAL (CF, ART. 40, § 4º) – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONCEDEU A ORDEM INJUNCIONAL, PARA, RECONHECIDO O ESTADO DEMORA LEGISLATIVA, GARANTIR, À PARTE IMPETRANTE,O DIREITO DE TER O SEU PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPECIAL CONCRETAMENTE ANALISADO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE,OBSERVADO, PARA TANTO, O QUE DISPÕE O ART. 57 DA LEI Nº 8.213/91 – DECISÃO QUE SE AJUSTA, NO PONTO, AOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,EM ESPECIAL O MI 721/DF, REL. MIN. MARCO AURÉLIO,E O MI 2.195 AGR/DF, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA. CONSEQÜENTE INVIABILIDADE DA POSTULAÇÃO RECURSAL – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.(MI 1194 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2011, DJe 098 DIVULG 24 05 2011 PUBLIC 25 05 2011 EMENT VOL 02529 01 PP 00023)

Ainda, observa-se, que a aplicação subsidiária das normas do RGPS aos servidores públicos federais encontra expressa previsão no §12 do art. 40 da Constituição Federal:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência 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 e o disposto neste artigo.
> § 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (Constituição Federal, 1988, art. 40, §12)

Ou seja, enquanto não houver norma especifica regulando a matéria aplicar-se-á o disposto no art. 57 da Lei 8.213/91, no que couber.

Já o parágrafo 1º do artigo 57 da Lei 8.213/91, dispõe que:

> Art. 57 - A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.
> § 1º - A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário de benefício. (Lei 8.213, 1991, art. 57, §1º)

Desta forma, serão utilizados analogicamente as regras aplicadas aos Segurados da Previdência Social, ou seja, os vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, na qual, será abrangido para os servidores ocupante de cargo cujas atribuições estejam sujeitas a exposição a agentes nocivos que demonstrem a as condições especiais. (SILVA, 2008, p. 357-365)

Destaca-se o entendimento de José Afonso da Silva ao comentar os direitos sociais previdenciários do servidor público, na qual segue:

> ´Servidor Público` é uma categoria importante de trabalhador; importante porque a ele incumbem tarefas sempre de interesse público. É por meio dele que o Estado realiza todas as suas atribuições. A despeito disso, tem ele sofrido, nos últimos tempos, desprestígio e desvalorização. Como trabalhador, cabem-lhe todas as formas de direitos sociais previstos no art. 6º da (Constituição da República), em igualdade de condições que se reconhecem a todos os trabalhadores. Há porém, diferenças que se assinalam, especialmente no que tange aos seus direitos trabalhistas e previdenciários, que estão sujeitos a regimes jurídicos especiais. A relação de trabalho subordina-se a um regime estatutário, a que ele adere por via de concurso público. Desse estatuto é que decorrem, para ele, os direitos e deveres funcionais, embora se lhe estendam alguns dos direitos trabalhistas previstos para os trabalhadores em geral (art. 39, § 3º).
> (...) Em principio, é vedada a adoção de requisitos e critérios (para a aposentadoria) diferentes dos (abrangidos pelo art. 40 e §§, da Constituição da República), ressalvados, nos termos definidos em lei complementar, os casos de servidores portadores de deficiência ou que exercem atividades de risco e aqueles cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física(Emenda Constitucional n.47/2005). Lembre-se que o § 1º do art. 40 na redação original era especifico, permitindo a redução de tempo de serviço para fins de aposentadoria no caso de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. O texto da Emenda Constitucional n.20/98 é mais aberto, mas é razoável pensar que a lei complementar vai incluir as atividades penosas, insalubres e perigosas, que são as mais suscetíveis de prejudicar a saúde e a integridade física. Por isso, manteremos aqui, a consideração que expendemos de outra feita a respeito desses termos. “Penosas” são atividades que exigem desmedido esforço para ser exercício e submetem o exercente a pressões físicas e morais intensas, e por tudo isso gera nele

> profundo desgaste. “insalubres” são atividades que submetem seu exercente a permanente risco de contrair moléstias profissionais. “perigosas”, quando o servidor, por suas atribuições fica sujeito, no seu exercício, a permanente situação de risco de vida – como certas atividades policiais. A lei complementar o dirá. (SILVA, 2008, p. 360-362)

Neste sentido destaca a importância do Servidor Público, pois o mesmo exerce atividade de interesse público, sendo que o mesmo demonstra o descaso Estatal em regular o direito garantido na Carta Maior. (SILVA, 2008, p. 360-362)

Ainda, cabe destacar que, diferentemente dos segurados do Regime Geral de Previdência Social, o Servidor Público não precisa apresentar o formulário e laudo técnico previsto no art. 58, §1º da Lei 8.213/91[33] para fins de comprovação do tempo de trabalho exercido sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade, pois os órgãos não expedem estes documentos devido a falta de previsão legal. (MORAES, 2004, p. 40-45)

Sendo assim, a percepção do adicional de insalubridade ou periculosidade é suficiente para esta comprovação, pois conforme o art. 68 da Lei 8.112/91[34] em conjunto com a previsão legal do art. 40, §4º, III da CF[35], conclui-se que a vantagem somente é devida aos servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias nocivas. (MORAES, 2004, p. 40-45)

TRF da 5ª Região, em decisão similar, manifestou sobre o tema:

> MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA ESPECIAL. MÉDICO PERITO DO INSS. MANDADO DE INJUNÇÃO IMPETRADO JUNTO AO

---

[33] Lei 8.213, 1991, art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. § 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

[34] Lei 8.112, 1991, art. 68. Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo.

[35] CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, art. 40, §4º, III. Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência 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 e o disposto neste artigo. § 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: III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

> STF. PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPECIAL APRECIADO À LUZ DO ART. 57 DA LEI Nº 8.213/91. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA. PROVA PRÉ CONSTITUÍDA.ATIVIDADE INSALUBRE.
> O mandado de injunção impetrado pelo requerente junto ao STF em face do Presidente da República apenas permitiu que a pretensão de aposentadoria especial do impetrante, à falta de edição da lei complementar, fosse apreciada à luz do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, reconhecendo se a mora da iniciativa legislativa quanto à matéria. Preliminar de inadequação da via eleita que se rejeita.
> O cargo de médico enquadra-se no elenco de atividades profissionais previstas no anexo do Dec. nº 53.831/64, código 2.1.3, bem como no Dec. nº 83.080/79, código 1.3.4 (anexo I), ficando demonstrado nos autos, com base em ato interno expedido pela própria autarquia (Orientação Interna nº01/INSS/DRH, de 19 de janeiro de 2009, fls. 279) e ante a demonstração de recebimento de adicional de insalubridade nos contracheques colacionados nos autos,que o impetrante continua desempenhando sua atividades profissionais em ambiente insalubre, fazendo jus, portanto, à aposentadoria especial vindicada, eis que conta com mais de 25 anos de tempo de serviço prestado como médico perito junto ao INSS, conforme certidão de tempo de serviço acostada aos autos. Instituída a aposentadoria após a promulgação da EC nº 41/2003, a qual extingui com a regra da paridade ou da integralidade das aposentadorias e pensões de seus dependentes em relação aos servidores da ativa, o referido beneficio deve observar as suas disposições. Apelação do INSS não provida. Remessa oficial parcialmente provida apenas. para que se observe na instituição da aposentadoria a EC nº 41/2003. (APELREEX 200983000197285; 4ª Turma;Rel. Desembargador Federal Frederico Dantas; DJE Data::19/05/2011);

Ou seja, com base nos parágrafos 3º e 17 do art. 40 da Constituição Federal[36], a aposentadoria especial do autor deverá ser calculada segundo as regras do dispositivo legal, em especial os, que preveem o cálculo do benefício pela média das remunerações, devidamente atualizadas, normas que, ademais, reproduzem a disciplina constitucional aplicável aos benefícios do RGPS, cuja aplicação subsidiária ora se postula. (SILVA, 2008, p. 357-365)

Desta forma, considerando os dispositivos legais invocados, temos que o servidor público que trabalhou por 25 anos sob condições insalubres faz jus a aposentadoria especial com proventos integrais, segundo o entendimento do STF. (IBRAHIM, 2010, p. 645-655)

Observa-se a Ementa do primeiro julgado do STF sobre o assunto:

> MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de

[36] CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, art. 40, § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. § 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3° serão devidamente atualizados, na forma da lei.

> 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.
> Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, deferiu o mandado de injunção. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Menezes Direito. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 01.07.2008. DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008. EMENT VOL-02334-01 PP-00037 RDECTRAB v. 15, n. 174, 2009, p. 157-167.

Como já se sabe inúmeros Mandados de Injunção, versando sobre o tema em epígrafe vem ocorrendo, e após está decisão em destaque o Plenário do STF autorizou no sentido de que os Ministros relatores decidissem definitiva e monocraticamente os casos idênticos, agilizando a demanda processual, bem como garantindo o direito dos Servidores Públicos que trabalham em condições especiais. (IBRAHIM, 2010, p. 645-655)

Tal fato vem gerando inúmeras discussões, na qual se espera a regulação pelo legislador, para garantir a plenitude das normas, o direito fundamental garantido pelo Constituinte Originário, porém, até que sobrevenha disciplina específica destinada aos servidores públicos, deve ser adotado para fins de aposentadoria especial os critérios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, em conjunto com as regras próprias dos servidores públicos.

CONCLUSÃO

A proposta do trabalho “DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS SERVIDORES PÚBLICO CIVIS: UMA ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DO DÉFICIT DE TUTELA EFICAZ DAS NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA”, possui a finalidade de realizar um estudo normativo que aborda a restrição dos diretos fundamentais dos servidores públicos civis, sendo que tal restrição é ocasionada pela a omissão legislativa.

Ainda, verifica-se que, este estudo substanciou na pesquisa de diversas leis do ordenamento pátrio, como também, diversos entendimentos de respeitáveis autores doutrinários e através das análises das decisões do Supremo Tribunal Federal, durante toda a vigência do direito garantido pela Constituição Federal de 1988.

Ressalta-se que, nesta pesquisa acadêmica duas problemáticas foram trabalhadas, referentes a falta de norma regulamentadora acerca do direito de greve e da aposentadoria especial dos servidores públicos civis.

No capítulo referente ao direito de greve dos servidores públicos civis, observou a omissão normativa em regulamentar o direito garantido pelo Legislador Constituinte de 1988, sendo que, a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal que aplicaram medidas analógicas para solucionar o problema verificou que as mesmas eram inadequadas. Primeiramente mascarava-se o problema da omissão legislativa, fazendo com que esta medida fosse confortável ao Legislador já que a problemática foi solucionada, como também, observa-se que por se tratar de prestação de serviço a sociedade, não poderia haver a aplicação dos parâmetros contidos na Lei de Iniciativa Privada (Lei 7.783 de 1989), devido ao interesse público envolvido na questão.

Tratando-se do direito de aposentadoria especial dos servidores públicos civis, verificou que a negativa na concessão deste direito deve-se ao dispositivo garantidor na Constituição, pois, o mesmo é reconhecido pela doutrina como de eficácia limitada, observando ainda, que devido à mora do Legislador em regulamentar a matéria, a alternativa para satisfazer o direito encontra-se através do pleito jurídico.

Ressalta-se que, tanto o direito de greve como o direito de aposentadoria especial dos servidores públicos civis devem ser regulamentadas, pois, além da garantia constitucional que ordena o Legislador regulamentar a matéria, verifica-se

que a norma precisa também alcançar a plenitude de seus efeitos, pois este sempre foi o interesse do Legislador Originário e a negativa deste direito acarretará no descrédito da Carta Maior frente a Sociedade.

Neste estudo, observou também que, as ações constitucionais (Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão), não produzem os melhores efeitos para solucionar a falta normativa, porém, conforme verificado, o Supremo Tribunal Federal, tem realizado medidas para diminuir o dano causado pela mora em legislar.

A partir deste trabalho, baseado em diversos doutrinadores, entende-se que o Supremo Tribunal Federal, deveria fixar prazos razoáveis para o Legislador confeccionar a matéria em lei especifica, solucionando a lacuna no ordenamento jurídico, ressaltando que, apesar desta imposição, na qual compartilhamos, não haverá o confronto hierárquico entre os poderes, pois, isto aconteceria se o Supremo Tribunal Federal confeccionasse alguma norma com a finalidade de regulamentar a matéria, pois assim, ocorreria o desvio de competência.

Ainda neste âmbito, observa-se neste trabalho que o vicio legislativo vem acarretando inúmeras ações de Mandado de Injunção, acumulando ainda mais o sobrecarregado Sistema Judiciário.

É imprescindível que o Legislador se conscientize do problema enfrentado pelos servidores públicos civis, como também dos demais problemas referentes às lacunas legislativas, para que além de cumprir o descrito na Magna Carta, garanta a satisfação do direito estabelecido pelo Constituinte Originário.

Salienta-se que, apesar do estudo ser normativo, o mesmo não abordou as soluções em direito comparado, porém, tal comparação é importante para avaliar as diversas decisões nos demais Estados Soberanos, como também as consequências geradas a partir destas, tornando-se esta medida interessante para refletir a respeito dos impasses ocasionados pela inércia legislativa.

Outrossim, apesar de não abordado com maior intensidade, ainda assim é interessante avaliar as diversas modalidades de servidores públicos civis, analisando estudos de casos para verificar as condições dos mesmos em usufruir destes direitos fundamentais trabalhados, com a finalidade de traçar parâmetros a serem respeitados na concessão destes direitos, bem como, definir quais modalidades de servidores públicos civis terão o direito a recebê-los.

Da mesma forma destaca-se que existem alguns projetos de lei acerca do tema em questão, porém, verifica-se que falta um maior entendimento específico sobre a matéria por parte dos legisladores que propuseram estes projetos de lei. Desta forma, torna-se interessante apresentar propostas aos parlamentares que representam esta classe, para que não apenas encontre a solução da lacuna, mas, que o faça de maneira eficaz.

Importante destacar que, existem poucas obras tratando especificamente sobre este assunto, pois, observa-se que no meio jurídico ainda não existe uma conscientização da importância em discutir a matéria a fim de definir requisitos mínimos na concessão destes direitos fundamentais e a partir deste regramento coibir o abuso dos Servidores Públicos Civis em gozo do direito que foi adquirido.

Portanto, é imprescindível que o Legislador sane as lacunas no ordenamento jurídico para alcançarem a plenitude que se espera, de forma a garantir os direitos fundamentais dos servidores públicos civis, bem como, limitar o gozo dos seus direitos, considerando que o serviço prestado por estes servidores ser de relevante interesse social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: FUNDAMENTOS DE UMA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL TRANSFORMADORA.** 2º Ed. Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: FUNDAMENTOS DE UMA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL TRANSFORMADORA.** 7º Ed. Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL.** 2º Ed. Saraiva, 2009.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico - lições de filosofia do direito.** Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7º Ed. Almedina, 2003.

DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)

DECRETO-LEI Nº 200, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1967. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 6ª Ed. São Paulo: LTr, 2007.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19, DE 04 DE JUNHO DE 1998. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2003. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm)

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** 15ª. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 2ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

LEI Nº 7.783, DE 28 DE JUNHO DE 1989. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm)

LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)

LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)

LEI Nº 8.745, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1993. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8745cons.htm)

LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)

LULIA, Michel Miguel Elias Temer. **Constituição e política.** São Paulo: Malheiros, 1993.

MANDADO DE INJUNÇÃO MI 20 / DF - DISTRITO FEDERAL. 19/05/1994. (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2820%2ENUME%2E+OU+20%2EACMS%2E%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bra8okp)

MANDADO DE INJUNÇÃO MI 485 / MT - MATO GROSSO. 25/04/2002. (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28485%2ENUME%2E+OU+485%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/krrpr9p)

MANDADO DE INJUNÇÃO MI 585 / TO – TOCANTINS. 15/05/2002. (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28585%2ENUME%2E+OU+585%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l7nqdhl)

MANDADO DE INJUNÇÃO MI 670 / ES - ESPÍRITO SANTO. 25/10/2007. (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28670%2ENUME%2E+OU+670%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m4fxt9h)

MANDADO DE INJUNÇÃO MI 708 / DF - DISTRITO FEDERAL. 25/10/2007. (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28708%2ENUME%2E+OU+708%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m6e44a4)

MANDADO DE INJUNÇÃO MI 712 / PA – PARÁ. 25/10/2007. (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28712%2ENUME%2E+OU+712%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mkaxpkv)

MANDADO DE SEGURANÇA MS 21216 / DF - DISTRITO FEDERAL. 05/12/1990. (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2821216%2ENUME%2E+OU+21216%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mv276fd)

MAZZA, Alexandre. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO.** 29ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 14ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 29ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 33ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª Ed. Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17ª Ed. Atlas, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativa.** 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

PROJETO DE LEI Nº 4.497, DE 17 DE ABRIL DE 2001. (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=27779)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 212131 / MG - MINAS GERAIS. 03/08/1999. (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28212131%2ENUME%2E+OU+212131%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ayoboun)

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 1º Ed. São Paulo: Bushatsky, 1973.

SILVA, Antônio Álvares da. **Greve no serviço público depois da decisão do STF.** Ed. Única. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27a. edição. São Paulo:Malheiros, 2006.