

CONCLUSÃO

Entendemos, assim:

que o Decreto nº 12.335, de 15 de outubro de 1993, em nada inovou em face da Lei Municipal nº 1933 de 29 de dezembro de 1992, no que toca especificamente à atribuição de vantagens aos servidores da Secretaria Municipal de Fazenda, integrantes do chamado Grupo Fazendário, titulares de cargos de nível médio, **senão pelo exercício regular, em estrito cumprimento do *substantive due process of law*, da auto-limitação do poder discricionário instituído pela lei autorizativa;**

que não só a lei autorizativa da concessão da vantagem não havia previsto a discriminação efetuada pelo decreto, **como não poderia fazê-lo, sem ofensa ao princípio de separação e harmonia entre os Poderes.** Com efeito, tal princípio exige que as decisões relativas ao chamado *poder conformativo da prestação*, “que se exprime pela possibilidade de dar ordens e de fazê-las obedecer”, **sejam discricionariamente tomadas pelo Executivo como parcela inerente de sua potestade constitucional.**

É assim, legal e conforme às normas constitucionais o Decreto 12.335, de 15 de outubro de 1993, ao estabelecer que o valor da Gratificação de Desempenho Fazendário fosse calculado *até* 240 (duzentos e quarenta) pontos para os funcionários de cargos que exigem nível de escolaridade em grau superior e *até* 160 (cento e sessenta) pontos, para os funcionários de cargos que exigem escolaridade em segundo grau.

É meu parecer, salvo melhor juízo.

DENIS BORGES BARBOSA
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

Parecer PG/PPE nº 36/96-ADN

Constitucional, Processual Constitucional e Previdenciário. §2º, do art. 202, da CF. Compensação financeira entre os diferentes sistemas previdenciários. Norma de eficácia contida. Necessidade de fixação de critérios pelo ordenamento infraconstitucional. Leis Federais nºs 8.212 e 8.213, do ano de 1991, que não atenderam a esta finalidade. Art. 59, do ADCT. Esgotamento do prazo constitucionalmente fixado para a aprovação da lei. Omissão inconstitucional caracterizada. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Cabimento em tese. Art. 103 e incisos da CF. Ilegitimidade atava do Município e de suas autoridades para a causa que, de resto, não se recomendaria aforar em face das suas limitações práticas. Mandado de injunção. Art. 5º, LXXI, da CF. Pressupostos para o ajuizamento presentes. Tratamento dispen-

sado ao instituto pelo Supremo Tribunal Federal. Construção e evolução pretorianas que sinalizam com a possibilidade, ainda que restrita, de obtenção de efeitos concretos capazes de compelir as autoridades impetradas a suprir a lacuna legislativa. Precedentes da Corte Suprema.

1. Trata-se de apurar a maneira juridicamente exata de implementar-se o comando contido na parte final do §2º, do art. 202, da Constituição Federal, do seguinte teor:

“Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”

2. Recebeu o Município do Rio de Janeiro, para fins de concessão de aposentadoria a seus servidores, o encargo de aceitar tempo de serviço prestado a terceiros, garantindo-lhe a Constituição, em contrapartida, o direito de acertar contas com os demais sistemas de seguridade existentes, por critérios a serem fixados por lei que se dispunha de um ano para promulgar.

3. Em 24 de julho de 1991, foram editadas as Leis de número 8.212 e 8.213, a primeira dispondo sobre a organização da Seguridade Social e instituindo o Plano de Custeio da Previdência, e a segunda cuidando dos Planos de Benefício.

4. Silenciando a Lei nº 8.212/91 quanto ao tema da compensação entre os sistemas previdenciários, a este respeito intentou versar a Lei nº 8.213/91, em sua Seção VII, sob o título “Da Contagem Recíproca de Tempo de Serviço”.

5. A disciplina ali vista, contudo, muito deixou a desejar, sobretudo porque nitidamente se a estabelecia “*Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral da Previdência Social...*” de que estão excluídos os servidores públicos em geral .

6. O tom do tratamento dispensado ao problema resta claro da leitura do art. 94 e de seu parágrafo único, da Lei nº 8.213/91:

“Art. 94. Para efeitos dos benefícios previstos no Regime Geral da Previdência Social, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuições ou de serviço na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente.

Parágrafo único: A compensação financeira será feita ao sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerer o benefício pelos demais sistemas, em relação aos respectivos tempos de contribuição ou de serviço, conforme dispuser o Regulamento.”

7. Como se percebe, o dispositivo em referência nem de longe se presta a atender ao solicitado pelo §2º, do art. 202, da Constituição Federal, já que limita-se a dizer o objeto a compensar – ponto mais que óbvio em virtude do compulsório aproveitamento do tempo de serviço recíproco, sem que, no entanto, esclareça que critérios devem ser seguidos para o encontro de contas.

8. Cogitar-se da entrega, pura e simples, dos valores recolhidos a título de contribuição ao sistema remetente do tempo de serviço, como critério para compensação financeira ao sistema destinatário, é uma idéia que esbarra em algumas dificuldades, a primeira delas a ausência dessa previsão na lei comentada ou em outra qualquer.

9. Há dois óbices, porém, à adoção do valor da contribuição como critério.

10. O primeiro, quando for o caso de aproveitamento do tempo de serviço público prestado a outro ente federativo **quando junto a este não haja ocorrido o recolhimento de contribuições previdenciárias**, sobretudo no período anterior à aprovação da Emenda

Constitucional nº 3/93, que inseriu o §6º, no art. 40, da Constituição Federal. De que receita se creditaria o sistema responsável pela remuneração da inatividade?

11. O segundo, considerando a existência de outros benefícios previdenciários, que não apenas o da aposentadoria, passíveis de serem desfrutados pelo segurado, junto ao sistema primitivo, e que, portanto, para este gerariam uma despesa cuja fonte de custeio seria, igualmente, a contribuição em debate. Nesta hipótese, seria correto que o sistema responsável pela aposentadoria levasse a integralidade do valor das contribuições pagas?

12. O importante, bem se vê, é que, a despeito da promulgação das leis nºs 8.212 e 8.213, em 1991, a disciplina da compensação financeira entre os sistemas previdenciários não veio, o que na prática impede o mútuo acerto das contas, muito embora subsista a obrigação constitucional de admitir o tempo de serviço ou contribuição externo do servidor, com vistas à sua transferência para a inatividade, sem a correspondente fonte de custeio.

13. Por outro lado, não se perdeu de vista o disposto no art. 198, do Decreto Federal nº 611/92.

14. Sucede que o citado dispositivo nada acrescentou à discussão.

15. Além disso, em nosso sistema constitucional jamais seria concebível que um regulamento federal disciplinasse a atuação administrativa do sistema previdenciário do Município, sobretudo pelo que vai no parágrafo único, do art. 149, e no inciso h, do art. 24, ambos da Carta Republicana.

16. Adite-se aos argumentos até aqui trazidos os elencados pelo Min. Sepúlveda Pertence, em julgado do Tribunal Pleno do STF proferido em 30.9.93 – ou seja, quando já em vigor as duas leis da Previdência antes mencionadas –, na apreciação, à luz do §2º do art. 202, da Constituição Federal, do dispositivo da Constituição do Estado de São Paulo que condicionava “...cômputo do tempo anterior de contribuições ao sistema geral de previdência

social correspondente ao desempenho de atividades privadas...”, para todos os efeitos, ao pagamento prévio de um número determinado de contribuições ao sistema previdenciário daquele ente federativo:

“Só a lei federal *poderá* dispor, com fundamento no art. 202, §2º, da Constituição, sobre os critérios de compensação financeira entre os sistemas de previdência social, em cada hipótese de aposentadoria mediante contagem recíproca de tempo de contribuições. (grifou-se)

10..... a lei reclamada na parte final do art. 202, §2º O, CF.. há de ser unicamente a lei federal, nunca, uma lei estadual para cada unidade federativa. (grifou-se)

12. É evidente, assim, que jamais poderia a Constituição ter confiado à diversidade das leis locais a regência dos critérios de compensação, vinculanles do sistema previdenciário federal: a matéria *demandada solarão* normativa uniforme. (grifou-se)

17. Neste mesmo julgamento, a Suprema Corte, dando a correta exegese ao §20, do art. 202, da Constituição Federal, deu sua visão a respeito da omissão constitucional que aqui se sustenta existir, muito embora não fosse esta exatamente a matéria a decidir:

“O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator)

13 ... dispensa demonstração que a compensação financeira prevista na Constituição Federal ... unicamente à busca da recomposição do equilíbrio entre as contribuições recebidas por um sistema previdenciário e a aposentadoria a ser paga pelo outro ...

23. *Outra coisa é a previsão, na segunda parte do mesmo texto constitucional, da compensação financeira entre os diferentes sistemas previdenciários, essa sim, pendente do estabelecimento de critérios legais.* (destacou-se)

.....
VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio.....

O sistema de compensação, pelo menos em nível constitucional, foi introduzido pela Carta de 1988 e, sem querer colocar em dúvida o que asseverado pelo Ministro Moreira Alves, não conheço diploma algum que o estabelece a ponto de alcançar objeto da regra constitucional. ou seja, a verdadeira compensação entre os sistemas” (grifou-se)

18. Resta claro que também para aquele Tribunal, a regulamentação dos critérios dentro dos quais ocorrerá a compensação está a cargo de lei ainda não aprovada pelo Congresso.

19. Não se estaria diante de mera lacuna do ordenamento jurídico que poderia “... ser suprida, objetivamente, pelo juiz, de acordo com o art. 126 do Código de Processo Civil.”, mas sim da “... falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades...”

20. Dessa maneira, no que concerne ao presente estudo, o problema passa a ser focado em ordem a ensejar a plena eficácia da compensação, constitucionalmente assegurada, dos sistemas previdenciários entre si, a despeito da carência de disposição normativa reclamada pelo §2º, do art. 202, da Constituição Federal.

21. Não resta a mais mínima dúvida de que o Congresso Nacional, no que pertine ao tema, de há muito incorreu naquilo que a jurisprudência do STF denomina *mora constitucional*, essencialmente definida como a “... inércia injustificável da autoridade pública, na execução do encargo que lhe foi constitucionalmente imposto...”

22. “A inércia dos órgãos estatais, que deixam de exercer a obrigação de emanar normas, determinada em preceitos constitucionais, traduz verdadeiro processo **informal** de mudança na Constituição ‘Configura inegável processo de mudança constitucional, embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional’.”

23. Trata-se, assim, de inconstitucionalidade por omissão.

24. A respeito do assunto, a perplexidade está menos na quantidade de estudos, do que na falta de uniformidade das conclusões neles oferecidas.

25. Detectado o erro, dois seriam, em princípio, os instrumentos de correção de que desde logo se cogitaria: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (§2º, do art. 103, da CF) ou o mandado de injunção (inciso LXXI, do art. 5º da CF).

26. No texto constitucional, assim vêm apresentados os dois institutos:

“Art. 5º

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 “

“Art. 103

§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”

27. Abstraindo-se das inúmeras controvérsias em todos os sentidos quando a matéria é inconstitucionalidade por omissão e seus sucedâneos, concentrando-se na casuística da Corte Constitucional, tem-se que:

a) a declaração de inconstitucionalidade por omissão é forma de controle concentrado de constitucionalidade – vale dizer da eficácia das normas constitucionais;

b) o mandado de injunção é a ação do titular de direito que a Constituição assegure, em norma de eficácia contida, lesado por uma omissão inconstitucional de parte do órgão ou autoridade competente para expedir a regulamentação própria.

28. “A ação direta de inconstitucionalidade tem por escopo a defesa da ordem jurídica; já o mandado de injunção tem por afinidade proteger direito subjetivo constitucional, direito individual ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A ordem jurídica, objeto da ação direta, tem caráter abstrato; a defesa de direito individual, entretanto, faz-se em concreto”

29. Ou seja, embora possuam o mesmo fundamento, o objeto de uma e outra medida são distintos: na primeira, busca-se uma declaração em tese sobre a existência de uma omissão inconstitucional- na segunda, partindo necessariamente do pressuposto de que aquela omissão exista – o que igualmente deverá ser apreciado no julgamento da causa – cuida-se dos efeitos concretos da *mora legislativa* da autoridade no direito do impetrante.

30. Dentro da perspectiva do presente trabalho, descarta-se, de pronto, o uso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

31. Primeiramente, porque o Município do Rio de Janeiro ou qualquer de suas autoridades não possui legitimidade ativa para provocar essa modalidade de controle, junto ao STF, à luz da Constituição Federal, pelo que nela se estabelece em seu art. 103, *caput* e incisos.

32. Ainda que fosse superável o problema da legitimidade e não é, ao menos juridicamente, o mandado de injunção continuaria sendo a melhor escolha.

33. Numa visão que se pretende sistemática, a via da ação direta teria apenas o condão de dotar o mundo jurídico de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão com efeitos *erga omnis*, que, além da ciência “... ao Poder competente para a adoção das providências necessárias...”, quando muito se prestaria a municiar o mandado de injunção do seu pressuposto inafastável, sem possuir as mesmas possibilidades oferecidas por este, como adiante se abordará.

34. De resto, a análise do atendimento ao pressuposto da existência da inconstitucionalidade omissiva prescinde daquela modalidade de controle concentrado, porque pode e deve ser feita no próprio julgamento da injunção.

35. A despeito do até aqui exposto, quase uma década depois de promulgada a Constituição da República, a jurisprudência do STF todavia claudica quando se depara com a questão da efetividade da sentença proferida num ou noutro caso.

36. Isso ocorre porque, nas duas hipóteses, o ponto nevrálgico da discussão se assenta na necessidade de uma determinada norma jurídica, cuja falta provoca a dormência de um certo direito latente no texto constitucional.

37. E o dilema da Corte sempre esteve entre suprir essa lacuna, e invadir a competência de outro Poder – normalmente o Legislativo, mas não exclusivamente –, ou não supri-la, e correr o risco de emitir uma sentença inócua que “recomenda”, “solicita”, “exorta” ou “dá ciência” ao outro Poder para que cumpra a sua obrigação constitucional, mas cujo desatendimento nada permitiria fazer, à míngua de sanção prevista para essa hipótese.

38. Uma coisa é certa, quando se trata de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevalece no STF a tese de que deve o Tribunal limitar-se à ciência, ao Poder ou órgão competente, da omissão inconstitucional, a fim de que a supra.

39. Já na seara do mandado de injunção, providências práticas foram cogitadas:

a) no julgamento do Mandado de Injunção nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, o entendimento veio na linha de que *"... se determine, se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional."*

b) quando da apreciação do Mandado de Injunção nº 283-5-DF, em que se analisou a ausência da lei reclamada pelo §3º, do art. 8º, do ADCT, concedeu aquela Corte o prazo de 60 dias para que se ultimasse o processo legislativo, incluindo a sanção presidencial, sob pena de franquear-se ao impetrante a obtenção do direito almejado pelas vias ordinárias;

c) no aresto do Mandado de Injunção nº 284-DF onde a omissão constitucional alegada era a mesma do feito mencionado no item anterior, disse a Suprema Corte: *"Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional.... e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283,... absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório"*.

d) em outro Mandado de Injunção, de nº 429, onde o impetrante postulava direito semelhante ao pedido no feito descrito no item anterior, decidiu-se que *"Persistindo a mora do legislador quanto à edição da lei regulamentadora preconizada no mencionado dispositivo constitucional.... já declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI nº 283, é de assegurar-se de logo ao interessado, por ela prejudicado, a possibilidade de exercitar seu pretense direito por*

meio de ação ajuizada nos lermos do direito comum, na conformidade com a orientação jurisprudencial assentada nos precedentes da Corte (MI nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, e MI n. 284, Rel. Min. Celso de Mello)";

e) no julgamento do Mandado de Injunção nº 232-RJ, em questão a ausência de lei regulamentadora do art. 195, §7º, da Constituição Federal, concedeu-se ao Congresso o prazo de seis meses para adoção das *"... providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente.... da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo em que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerido"*

40. Destaca-se deste último julgado a seguinte passagem, do voto do Min. Sepúlveda Pertence, essência do pensamento daquele Pretório quanto aos efeitos concretos passíveis de obtenção em sede de mandado de injunção:

"... sempre que o caso permitir, inserir, no mandado de injunção, uma cominação, com o sentido cautelar ou compulsivo de levar à agilização do processo legislativo de complementação da norma constitucional, sem no entanto, se substituir definitivamente o Tribunal ao legislador"

41. Além disso, em casos onde *"... o Estado se valesse de sua omissão no regulamentar direito, liberdade ou prerrogativa constitucional, seria lícito ao Poder Judiciário impedi-lo disso por medidas concretas (como a suspensão do processo administrativo ou judicial) que não implicassem a regulamentação, in concreto ou in abstracto, da norma constitucional dependente de regulamentação"*

42. De outra parte anote-se que na Corte Suprema inexistente controvérsia a respeito dos seguintes temas:

a) ser auto-aplicável o dispositivo constitucional que instituiu o mandado de injunção;

b) "... a mesma razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e garantias previstos nesse artigo 5º existe com relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora)";

c) o procedimento utilizado, por analogia, é o do mandado de segurança;

43. Atente-se para o fato de que o mandado de injunção é contra "autoridades, órgãos ou Poder a que se imputa omissão inconstitucional quanto à regulamentação...", daí porque não se possa condenar condicionalmente a União Federal (que não é parte no mandado de injunção) caso o Congresso não elabore, no prazo estabelecido, a regulamentação do texto constitucional em causa, nem outros entes federativos ou pessoas - como o INSS - tampouco cabendo a constituição de litisconsórcio passivo destes com a autoridade impetrada, pelos mesmos motivos invocados pela jurisprudência para este entendimento quando se trata de mandado de segurança.

44. Assim, a despeito do risco de eventuais limitações da sentença futura, opino pela propositura de mandado de injunção, junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "q", da CF), contra o Congresso Nacional e o Presidente da República, responsáveis pela elaboração da norma regulamentadora inconstitucionalmente omitida, (art. 61, da CF, c/c art. 59, *caput*, do ADCT), a fim de que sejam notificadas essas autoridades para que procedam à elaboração legislativa de que se ressente o §2º, do art. 202, da CF, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de não o fazendo ser franqueado ao Município do Rio de Janeiro o acesso às vias ordinárias, contra os demais sistemas previdenciários do país, inclusive o do INSS, para obter, à luz do ordenamento civil vigente e mediante a aplicação da matemática atuarial, a compensação financeira, a que constitucionalmente faz jus pelo tempo de serviço ou contribuição, prestado

por seus servidores a outra esfera de serviço público ou à iniciativa privada, que haja sido ou venha a ser obrigado a considerar na concessão de aposentadoria.

Rio de Janeiro, 12 de setembro de 1996

ARLINDO DAIBERT NETO
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

VISTO AO PARECER PG/PPE Nº 36/96-ADN

Senhora Procuradora-Geral:

RATIFICO o pronunciamento em epígrafe, fruto de cuidadoso estudo encetado pelo Dr. Arlindo Daibert Neto, que perscrutou a jurisprudência sobre o *mandado de injunção* e concluiu pelo seu cabimento.

A medida em apreço fora a alvitada pela Ilma. Sra. Subsecretária Municipal de Administração, com os endossos subsequentes do Exmo. Sr. Titular daquela Pasta e do Chefe do Executivo.

Frise-se que o que aqui se assevera é a pertinência do remédio constitucional apontado, não que o mesmo vá medrar, o que de resto não é lícito assegurar a respeito de qualquer tipo de demanda, considerando os imponderáveis da via judicial.

Nada obstante, é a única providência cabível para tentar por cobro ao desencontro de contas de seguridade social aqui versado.

À superior apreciação.

Rio de Janeiro, 08 de outubro de 1996.

GUSTAVO VIANNA DE SIQUEIRA
PROCURADOR-CHEFE EM EXERCÍCIO
NA PROCURADORIA DE PESSOAL