

01/07/2008

TRIBUNAL PLENO

**MANDADO DE INJUNÇÃO 758-6 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
IMPETRANTE(S) : CARLOS HUMBERTO MARQUES  
ADVOGADO(A/S) : LUCAS LEITE MARQUES E OUTRO(A/S)  
IMPETRADO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

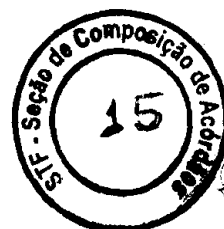
MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.

MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.

APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

A C Ó R D ã O

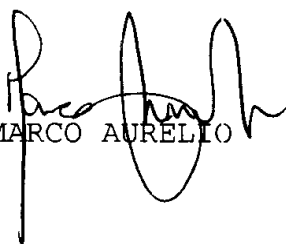
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal em deferir o mandado de injunção, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão



MI 758 / DF

presidida pelo ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 1º de julho de 2008.

  
MARCO AURELIO

-

RELATOR

01/07/2008

TRIBUNAL PLENO

**MANDADO DE INJUNÇÃO 758-6 DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. MARCO AURÉLIO**  
IMPETRANTE(S) : CARLOS HUMBERTO MARQUES  
ADVOGADO(A/S) : LUCAS LEITE MARQUES E OUTRO(A/S)  
IMPETRADO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

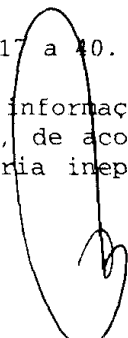
**R E L A T Ó R I O**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Adoto, como relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

O impetrante, à folha 2 à 16, afirma ser servidor público federal lotado na Fundação Oswaldo Cruz, no Rio de Janeiro. Assevera desempenhar, desde 25 de março de 1983, a função de tecnologista na instituição referida, atuando em ambiente insalubre. Aduz receber, desde 14 de abril de 1983, adicional de insalubridade. Alega que, em virtude de decisão judicial, teve reconhecido o direito à averbação do tempo de serviço, perante o anterior regime geral de previdência social, relativo a trabalho prestado em condições insalubres, quando o vínculo era regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Evoca o disposto no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal para ressaltar que a inexistência de lei complementar vem inviabilizando o exercício do direito à aposentadoria, implementado o período consentâneo com o desgaste decorrente do contato com agentes nocivos à saúde, com portadores de moléstias infecto-contagiosas humanas e com materiais e objetos contaminados. Então, pleiteia seja suprida a lacuna normativa, assentando-se o direito à aposentadoria especial, em razão do trabalho, por 25 anos, em atividade considerada insalubre e evoca, como precedente do Tribunal, o acórdão proferido no Mandado de Injunção nº 721-7/DF, da relatoria de Vossa Excelência, publicado no Diário da Justiça de 30 de novembro de 2007. Sucessivamente, requer a observância do regime geral de previdência social, vindo-se, alfim, a condenar o réu ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Acompanham a inicial os documentos de folha 17 a 40.

A autoridade impetrada reportou-se a informações elaboradas pela Advocacia-Geral da União. Em síntese, de acordo com a peça encaminhada sem documentos, a inicial seria inepta,



MI 758 / DF

porquanto o impetrante estaria se valendo da via da injunção como sucedânea de mandado de segurança. Argúi, como segunda preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido, asseverando que o Estado pode optar por não aprovar uma lei complementar, até pelo temor de que as exceções sejam tantas que se tornem regras. No mérito, afirma que, conforme dados cadastrais, o impetrante não cumpriu os requisitos para a aposentadoria, pois não opera máquina de raio X nem exerce outra atividade de risco.

A Procuradoria Geral da República emitiu o parecer de folha 68 a 72, pela procedência do mandado de injunção. Eis a síntese da peça:

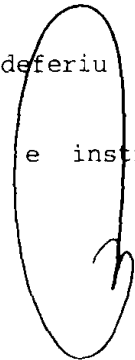
Mandado de injunção. Regulamentação do artigo 40, § 4º, da Constituição da República. Aposentadoria especial. Servidor exercente de atividade insalubre. Evolução jurisprudencial. MI nº 721. Reconhecimento da omissão legislativa. Suprimento da mora com a determinação de aplicação do sistema revelado pelo regime geral de previdência social, previsto na Lei nº 8.213/91, até que sobrevenha a regulamentação pretendida.

Alfim, pugna pelo acolhimento parcial do pedido, no sentido de reconhecer o direito do impetrante a ter a situação fática analisada pela autoridade administrativa competente à luz da Lei nº 8.213/91, no que se refere especificamente ao pleito de concessão de aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, da Constituição Federal.

À folha 82, Vossa Excelência deferiu pedido de preferência formulado pelo impetrante.

O processo se encontra concluso e instruído para julgamento.

É o relatório.



MI 758 / DF

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - No tocante às preliminares, a inexistência de lei viabilizadora do direito previsto na Carta da República mostrou-se conducente a esta impetração. O mandado de segurança sinalizado pela Advocacia-Geral da União pressupõe quadro diverso, ou seja, a possibilidade de implemento do direito, o concurso deste último sob o ângulo líquido e certo, o que não se verifica em face da omissão legislativa.

Quanto ao que articulado acerca da impossibilidade jurídica do pedido, vê-se o descompasso com o texto constitucional. O mandado de injunção visa, justamente, a dar-se concretude ao Diploma Maior ante a inércia do legislador em regulamentá-la. Descabe cogitar, assim, de inconveniência na edição de lei complementar com tal objetivo a ponto de obstaculizar a injunção. Rejeito as preliminares.

Relativamente ao mérito, reporto-me ao voto que proferi no Mandado de Injunção nº 721-7/DF:

A existência de disposições constitucionais dependentes de regulamentação levou o constituinte de 1988, em passo dos mais salutares, a prever, no artigo 5º da Carta Federal, o mandado de injunção, fazendo-o mediante preceito a sinalizar a eficácia da impetração, tendo em conta o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e

MI 758 / DF

das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Tratando-se de ato omissivo de autoridade ou órgão submetidos à jurisdição do Supremo, a este cabe processar e julgar originariamente o mandado de injunção. É o que decorre do teor da alínea "q" do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal:

Art. 102. 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;

(...)

A natureza da citada ação constitucional - mandado de injunção -, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica.

Pois bem, na redação primitiva, a Carta de 1988, ao dispor sobre a aposentadoria dos servidores públicos, previa, ao lado das balizas temporais alusivas à jubilação espontânea, a possibilidade de lei complementar estabelecer exceções. Confirmando-se com o preceito:

Art. 40. O servidor será aposentado:

(...)

III - voluntariamente:

MI 758 / DF

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

(...)

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

(...)

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

(...)

Com a Emenda Constitucional nº 20/98, afastou-se a óptica míope do sentido do verbo "poder" - considerado o tempo, futuro do presente, "poderá" -, para prever-se, no § 4º do artigo 40 da Carta, que:

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

Tal afastamento foi mantido pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, que deu nova redação ao citado § 4º:

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I - portadores de deficiência;

II - que exerçam atividades de risco;

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Então, é dado concluir que a jurisprudência mencionada nas informações sobre a existência de simples faculdade ficou, sob o ângulo normativo-constitucional, suplantada. Refiro-me ao

MI 758 / DF

que decidido no Mandado de Injunção nº 484-6/RJ, citados os precedentes formalizados quando do julgamento dos Mandados de Injunção nºs 425-1/DF e 444-7/MG. Em síntese, hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Permaneceu a cláusula da definição em lei complementar.

Assento, por isso, a adequação, da medida intentada. Passados mais de quinze anos da vigência da Carta, permanece-se com o direito latente, sem ter-se base para o exercício. Cumpre, então, acolher o pedido formulado, pacífica a situação da impetrante. Cabe ao Supremo, porque autorizado pela Carta da República a fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente.

Assim está autorizado pela norma do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal:

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;

O instrumental previsto na Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa. Revela-se próprio, ao processo subjetivo e não ao objetivo, descabendo confundi-lo com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo rol de legitimados é estrito e está na Carta da República. Aliás, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal com o § 1º do citado artigo, a dispor que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata. Iniludivelmente, buscou-se, com a inserção do mandado de injunção no cenário jurídico-constitucional, tornar concreta, tornar viva a Lei Maior, presentes direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Não se há de confundir a atuação no julgamento do mandado de injunção com atividade do Legislativo. Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto do exercício do direito, do exercício da liberdade constitucional, das prerrogativas ligadas a nacionalidade, soberania e cidadania. O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo.



MI 758 / DF

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos tribunais do trabalho, no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que, consoante prevê o § 2º do artigo 114 da Constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. Está-se diante de situação concreta em que o Diploma Maior recepciona, mesmo assim de forma mitigada, em se tratando apenas do caso vertente, a separação dos Poderes que nos vem de Montesquieu. Tenha-se presente a frustração gerada pelo alcance emprestado pelo Supremo ao mandado de injunção. Embora sejam tantos os preceitos da Constituição de 1988, apesar de passados dezesseis anos, ainda na dependência de regulamentação, mesmo assim não se chegou à casa do milhar na impetração dos mandados de injunção.

No caso, a dificuldade não é maior, porquanto é possível adotar-se, ante o fator tempo e à situação concreta da impetrante, o sistema revelado pelo regime geral de previdência social. O artigo 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, 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.

A impetrante conta com 25 anos de serviços prestados, atendendo à dilação maior prevista na Lei nº 8.213/91.

MI 758 / DF

Julgo procedente o pedido formulado para, de forma mandamental, assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, após a égide do regime estatutário, para fins da aposentadoria especial de que cogita o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal.



01/07/2008

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE INJUNÇÃO 758-6 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, esse é um caso típico de preenchimento de uma lacuna legislativa pelo Poder Judiciário, em se tratando de direito constitucionalmente assegurado. Já o precedente foi também aposentadoria especial, é a mesma razão, o mesmo pressuposto: insalubridade; não foi o anterior.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - É o precedente - Mandado de Injunção nº 721.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Não houve regra para os servidores públicos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Deixe-me ver apenas se também se tratava de trabalho em ambiente insalubre a revelar risco, perigo. Deixe-me ver, aqui, no caso anterior que transcrevo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É outra matéria em que a inapetência legislativa...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Agora, o tratamento, de qualquer forma, é idêntico.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A inapetência legislativa na matéria beira à anorexia. A Constituição fará vinte anos, agora, em 05 de outubro.



MI 758 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Já com essa disposição, não é?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito. Porque é da Constituição originária a disposição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É como o direito de greve.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - "... condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física..." (artigo 40, § 4º, da Constituição Federal) - insalubres.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Manda aplicar, portanto, a lei geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A Lei nº 8.213/91.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Talvez valesse a pena, de qualquer sorte, determinar a notificação ao Congresso Nacional. Quer dizer, independentemente da concretização que se faça.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Sim. Não acredito que não saibam que estão omissos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É. Porque uma coisa não briga com a outra.



MI 758 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Há tantos anos. Sim, mas é interessante para perceberem e depois simplesmente não proclamarem que estamos legislando.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)** - É. Porque este é um caso típico no qual o mandado de injunção acaba tendo efeito estritamente concreto, já que resolve realmente uma norma para o caso concreto, diferentemente do que acontece muitas vezes em que a norma acaba tendo um efeito geral. De qualquer sorte, seria interessante comunicar ao Congresso, até para fins estatísticos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Penso que é salutar.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - E deixa claro que o Congresso Nacional ocupe o seu espaço de legislação. Esse espaço está à espera dele, do Congresso Nacional.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)** - O Presidente Arlindo Chinaglia há pouco comunicou que estava organizando um grupo ou comissão no âmbito da Câmara dos Deputados com esse desiderato. Com o fito de eventualmente colmatar essas lacunas mais evidentes.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Colmatar. São lacunas legislativas.



**MI 758 / DF**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)** - De modo que nós estaríamos até contribuindo nesse sentido. Já há até critérios prévios na própria legislação.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO** - Perfeito. Acompanho o relator.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**MANDADO DE INJUNÇÃO 758-6**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO**

IMPTE.(S): CARLOS HUMBERTO MARQUES

ADV.(A/S): LUCAS LEITE MARQUES E OUTRO(A/S)

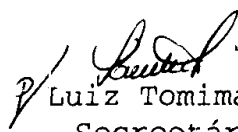
IMPDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**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.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

  
Luiz Tomimatsu  
Secretário