

09/06/2011

PLENÁRIO

AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO 3.875 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
AGTE.(S) : NILTON LEITE XAVIER
ADV.(A/S) : CARLOS HENRIQUE WIEBBELLING E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. 1. IMPOSSIBILIDADE DE ASSEGURAR A CONTAGEM E A AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO: ART. 57 DA LEI N. 8.213/1991 PARA FUTURO PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. 2. INEXISTÊNCIA DO PRESSUPOSTO DE INVIABILIDADE DE EXERCÍCIO DE PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente), na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, **em negar provimento ao agravo regimental no mandado de injunção**, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, o Ministro Cezar Peluso (Presidente), em razão do falecimento de seu tio, o Professor Juarez Rubens Brandão Lopes, em São Paulo, e, neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Brasília, 9 de junho de 2011.

Ministra CÁRMEN LÚCIA - Relatora

09/06/2011

PLENÁRIO

AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO 3.875 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
AGTE.(S) : NILTON LEITE XAVIER
ADV.(A/S) : CARLOS HENRIQUE WIEBBELLING E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Em 16.5.2011, neguei seguimento ao mandado de injunção impetrado por Nilton Leite Xavier contra pretensa omissão legislativa imputada ao Presidente da República em regulamentar o art. 40, § 4º, inc. III, da Constituição da República. A decisão impugnada tem o teor seguinte:

"O que o Impetrante pretende com o presente mandado de injunção é ter 'a contagem diferenciada do tempo de serviço prestado, em razão de ter laborado, durante todo o período (de 09.12.1980 até os dias atuais), de forma permanente e habitual, em condições de insalubridade, conforme disposto no artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal de 1988' (fl. 12, grifos nossos).

7. O art. 40, § 4º, da Constituição da República não assegura a contagem de prazo diferenciado ao servidor público, mas a aposentadoria especial daqueles que: I) sejam portadores de deficiência; II) exerçam atividades de risco; e III) desempenhem suas atividades sob condições especiais que prejudicam a saúde ou a integridade física, nos termos a serem definidos por leis complementares.

Assim, para ser cabível o mandado de injunção, não basta que haja eventual obstáculo ao exercício de direito ou liberdade constitucional em razão de omissão legislativa, mas concreta

MI 3.875 AgR / RS

inviabilidade de sua plena fruição pelo seu titular. Daí porque há de ser comprovada, de plano, a titularidade do direito (no caso, à aposentadoria) e a sua inviabilidade decorrente da ausência de norma regulamentadora do direito constitucional.

(...)

Portanto, o mandado de injunção seria viável se o Impetrante tivesse demonstrado que dispõe dos requisitos para a sua aposentadoria especial e não pudesse usufruí-la pela ausência de norma regulamentadora do art. 40, § 4º, inc. III, da Constituição da República.

Essa ação constitucional exige, para efeito de cognoscibilidade, a demonstração fática de que a ausência da norma regulamentadora esteja inviabilizando o exercício do direito à aposentadoria especial pelo Impetrante. A não apresentação de atos concretos e específicos que comprovem que o direito à aposentadoria especial estaria sendo inviabilizado revela que o Impetrante é carecedor da ação proposta.

8. Pelo exposto, nego seguimento ao mandado de injunção (art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)” (doc. 3).

2. Publicada essa decisão no DJe de 26.5.2011, interpõe Nilton Leite Xavier, ora Agravante, tempestivamente, agravo regimental (fl. 4).

3. Alega o Agravante que *“não há em referido dispositivo legal [art. 40, § 4º, inc. III, da Constituição da República], em momento algum, indicação de que a forma diferenciada com que deverão ser tratadas tais trabalhadores resume-se a aposentadoria especial”* (fl. 4).

Sustenta que, *“embora entenda a douta Relatora que ‘o art. 40, § 4º, da Constituição da República não assegura a contagem de prazo diferenciado ao servidor que exerce suas atividades em condições insalubres, mas a aposentadoria especial ...”, tal não é o que se encontra indicado em referido dispositivo legal”* (fl. 5).

Assevera que *“a decisão agravada afronta, frontalmente, a posição*

MI 3.875 AgR / RS

jurisprudencial externada por esta Corte, que, em situações semelhantes, garantiu o direito aqui pretendido” (fl. 6).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento deste agravo regimental.

É o relatório.

09/06/2011

PLENÁRIO

AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO 3.875 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste ao Agravante.

2. Como afirmado na decisão agravada, o mandado de injunção é garantia constitucional prestante, exclusivamente, a viabilizar direitos ou liberdades constitucionais, bem como a soberania, a cidadania e a nacionalidade, quando não puderem ser exercidos por ausência de norma regulamentadora (art. 5º, inc. LXXI, da Constituição da República).

Pressupõe, portanto, a existência de preceito constitucional dependente da regulamentação por outra norma, esta de categoria inferior na hierarquia dos tipos normativos.

3. Na espécie dos autos, o Agravante alega que a ausência da norma regulamentadora do art. 40, § 4º, inc. III, da Constituição da República tornaria inviável o exercício do seu direito a contagem do tempo de serviço exercido em condições insalubres, em razão das atividades a que estaria submetido.

4. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora legislativa do Presidente da República para regulamentar o art. 40, § 4º, inc. III, da Constituição da República e concluiu ser possível aplicar-se a regra do art. 57 da Lei n. 8.213/1991, de modo a viabilizar que a Administração Pública possa analisar requerimento de aposentadoria especial formulado por servidor público que exerce suas atividades em condições insalubres, até o advento de legislação específica sobre a matéria. Nesse sentido, os seguintes julgados: MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe 30.11.2007; MI 788, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe 8.5.2009; e MI 795,

MI 3.875 AgR / RS

de minha relatoria, Plenário, DJe 22.5.2009.

Contudo, a questão em exame neste mandado de injunção diferencia-se daquela posta nos precedentes mencionados e naqueles citados pelo ora Agravante, razão pela qual não é possível se valer da solução jurídica antes adotada.

O que o Impetrante pretendia com o presente mandado de injunção era "a contagem diferenciada do tempo de serviço prestado, em razão de ter laborado, durante todo o período (de 09.12.1980 até os dias atuais), de forma permanente e habitual, em condições de insalubridade, conforme disposto no artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, situação esta que autorizará a concessão da aposentadoria especial junto ao serviço público federal, bem como a conversão do período especial em tempo comum, para posterior aproveitamento em solicitação de aposentadoria voluntária" (fl. 12, grifos nossos).

5. O art. 40, § 4º, da Constituição da República não assegura a contagem de prazo diferenciado ao servidor público, mas a aposentadoria especial daqueles que: I) sejam portadores de deficiência; II) exerçam atividades de risco; e III) desempenhem suas atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, nos termos a serem definidos por leis complementares.

Assim, para ser cabível o mandado de injunção, não basta que haja eventual obstáculo ao exercício de direito ou liberdade constitucional em razão de omissão legislativa, mas concreta inviabilidade de sua plena fruição pelo seu titular. Daí porque há de ser comprovada, de plano, a titularidade do direito (no caso, à aposentadoria) e a sua inviabilidade decorrente da ausência de norma regulamentadora do direito constitucional.

Nesse sentido:

MI 3.875 AgR / RS

“AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. 1. IMPOSSIBILIDADE DE ASSEGURAR A CONTAGEM E A AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO: ART. 57 DA LEI N. 8.213/1991 PARA FUTURO PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. 2. INEXISTÊNCIA DO PRESSUPOSTO DE INVIABILIDADE DE EXERCÍCIO DE PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (MI 2.195 -AgR, de minha relatoria, Plenário, DJe 18.3.2011).

E:

“O impetrante afirma ser servidor público e ter desempenhado suas funções em contato com agentes nocivos à saúde e à integridade física. Nesse sentido, pleiteia a contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições insalubres, nos termos do disposto na legislação que regulamenta a aposentadoria especial dos trabalhadores do setor privado. (...) A Constituição não dispõe sobre o suposto direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, tampouco exige a sua regulamentação. O inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição assegura tão somente o direito à aposentadoria especial para os servidores que tenham exercido suas atividades em tais condições. O mandado de injunção há de ter por objeto o não cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afeta direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania). No caso em exame, é inexistente o dever constitucional de regulamentação alegado pelo impetrante, motivo pelo qual é manifestamente incabível o writ” (Decisão mantida no julgamento dos Embargos de Declaração no Mandado de Injunção n. 1.280, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 28.3.2010).

No mesmo sentido: MI 3.076-AgR, MI 3.074-AgR, MI 3.015-AgR, MI

MI 3.875 AgR / RS

2.969-AgR, MI 2.968-AgR, MI 2.936-AgR, MI 2.913-AgR, MI 2.862-AgR, MI 2.842-AgR, MI 2.839-AgR, MI 2.800-AgR, MI 2.741-AgR, MI 2.683-AgR, MI 2.643-AgR, MI 2.546-AgR, MI 2.384-AgR, MI 2.380-AgR e MI 2.372-AgR, todos de minha relatoria, julgados em 23.2.2011.

Portanto, o mandado de injunção somente seria viável se o Agravante tivesse demonstrado que dispõe dos requisitos para a sua aposentadoria especial e não pudesse usufruí-la pela ausência de norma regulamentadora do art. 40, § 4º, inc. III, da Constituição da República.

Essa ação constitucional exige, para efeito de cognoscibilidade, a demonstração fática de que a ausência da norma regulamentadora esteja inviabilizando o exercício do direito à aposentadoria especial pelo Agravante. A não apresentação de atos concretos e específicos que comprovem que o direito à aposentadoria especial estaria sendo inviabilizado revela que o Agravante é carecedor da ação proposta.

6. Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

09/06/2011**PLENÁRIO****AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO 3.875 RIO GRANDE DO SUL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, quando o Tribunal assentou a jurisprudência, entendendo inadequado o mandado de injunção, não o estava compondo. Devia estar em uma crise de saúde qualquer e, portanto acometido de mal que me impossibilitou comparecer à sessão.

Formei convencimento diametralmente oposto ao que consignado. O que ocorre na espécie? Lacuna considerada a legislação que deveria dispor quanto ao tempo especial para a aposentadoria. E assentamos, no julgamento de mandado de injunção, que, no caso, dever-se-ia observar a Lei nº 8.213/91. É expressa quanto à contagem do tempo sob o ângulo proporcional, tendo em conta que, para a aposentadoria, requer-se um período menor. O servidor pode deixar o trabalho nocivo à saúde antes de completar o tempo para a aposentadoria.

Indago: se atuamos no espaço decorrente da lacuna, podemos, quando sinalizamos a aplicação da citada lei, restringi-la quanto à regência da matéria e entender que só há o direito do servidor público se perfizer, no serviço nocivo, o tempo para a aposentadoria? A meu ver, não. O que se questiona é a tomada, de forma proporcional, daquele tempo de serviço em condições nocivas à saúde, ou seja, se para a aposentadoria se requer um período menor, logicamente se se deixou o trabalho nocivo e se passou para um trabalho comum, o período haverá de ser computado de forma proporcional.

Por isso, penso que devemos rediscutir essa matéria no próprio mandado de injunção. Estou aparelhando os processos que a versam, para trazê-los ao Plenário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Eu neguei seguimento, Ministro Marco Aurélio, porque a Constituição é expressa: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de

MI 3.875 AgR / RS

norma regulamentadora torne inviável o exercício de direito inerente à cidadania, à soberania e à nacionalidade.

Então, nós assentamos o quê?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas o exercício estaria nesse cômputo, para que ficasse na folha funcional do servidor.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Sim, mas quando ele tiver o direito à aposentadoria, pode já haver a lei. Então o mandado de injunção não é hábil a isso.

É lógico. O que ele pede expressamente? A contagem de prazo diferenciado. o que diz a Constituição? Que o mandado de injunção serve para quando inviabilizar o direito. Ora, se ele não tem ainda o direito à aposentadoria e se nós não temos nenhuma garantia de que daqui a 10 anos, digamos - quando ele vier a ter 20 ou 25 anos -, tiver a lei, vai ser contado sim, nos termos da lei vigente então. Eu não posso antecipar. Então, eu acho que não é caso de mandado de injunção.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Ele ainda não tem tempo para aposentadoria. É isso?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não, ele pede a contagem de prazo diferenciado. É o pedido expresso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Para fins de quê?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Para fins do que ele vai ser daqui a 10 anos se ainda estiver no serviço público, ou o que for.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que o servidor pretende – e a nossa decisão, no mandado de segurança, fica submetida a

MI 3.875 AgR / RS

uma condição resolutive, que, vindo à balha, a fulmina, que é a lei? O que ele pede no caso da lacuna? Que se averbe, na folha funcional, esse período, como previsto na legislação comum da Previdência Social. Que se averbe, na folha funcional, o período como a ser computado, de forma proporcional, para efeito de aposentadoria.

Reconheço esse direito, porque não posso imaginar que, amanhã ou depois, o legislador, dispondo sobre a matéria – e não decidimos o mandado de injunção a partir de visão prognóstica –, deixe de homenagear o tratamento igualitário, considerados os trabalhadores em geral. Vossa Excelência tem o artigo?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) – 57.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O artigo 57 da Lei nº 8.213/91? O que contido nesse artigo deve ser observado por inteiro. Claro que o servidor não poderá exercer o direito à aposentadoria se não tiver o tempo necessário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - O fundamento é o 40, § 4º; logo, é aposentadoria. Ele só tem 10 anos de serviço e quer uma contagem diferenciada?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - A matéria está embutida em um artigo que trata do instituto da aposentadoria; a cabeça do artigo é bem clara.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Eu nego seguimento porque a Constituição é taxativa ao dizer que será concedido o mandado de injunção sempre que estiver inviabilizado o direito; logo, tem de ter o direito, senão pode perquirir-se por outras vias, não pelo mandado de injunção. Na minha opinião, claro.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - E o

MI 3.875 AgR / RS

inciso III, § 4º, que fala de atividades exercidas sobre condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física do servidor, também faz parte de um parágrafo que expressamente se refere à concessão de aposentadoria.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Quer dizer, nós não podemos decidir em mandado de injunção a maneira como se vai contar esse prazo, **data maxima venia** - pelo que estou entendendo. Há acórdão nesse sentido também.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Diz que é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que de início não nego, Presidente, é a possibilidade, ante a lacuna, repito, quanto à regência da matéria em relação aos servidores públicos, de impetrar-se um mandado de injunção para ter esse tempo, embora não suficiente ainda para a aposentadoria, tomado como especial e lançado no assentamento funcional. É essa a minha visão.

Por isso, peço vênua à relatora – reafirmo: conheço a jurisprudência do Tribunal – para prover os agravos, a fim de que os mandados de injunção venham, devidamente aparelhados, a julgamento.

É como voto.

09/06/2011

PLENÁRIO

AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO 3.875 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, peço vênua ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar a Ministra Cármen Lúcia, porque tenho preconizado o entendimento dela.

09/06/2011

PLENÁRIO

AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO 3.875 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Eu também confesso, Ministro Marco Aurélio, que não estou ainda pacificado, confortado de tudo intelectualmente. Prometo a mim mesmo seguir meditando sobre o tema e, no momento, vou acompanhar a Ministra Cármen Lúcia.

* * * *

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO 3.875

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S) : NILTON LEITE XAVIER

ADV.(A/S) : CARLOS HENRIQUE WIEBBELLING E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, desproveu o recurso de agravo, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente. Ausentes o Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), em razão do falecimento de seu tio, o Professor Juarez Rubens Brandão Lopes, em São Paulo, e, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 09.06.2011.

Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário