

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Não assiste razão à parte ora recorrente, pois a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria em exame.

Tal como referido no ato decisório recorrido, trata-se de mandado de injunção coletivo que objetiva a colmatação de alegada omissão estatal no adimplemento de prestação legislativa determinada no art. 40, § 4º, II, da Constituição da República.

A parte ora agravada ênfatiza o caráter lesivo da omissão imputada aos Senhores Presidentes da República, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, assinalando que a lacuna normativa existente, passível de integração mediante edição da faltante lei complementar, tem inviabilizado o pretendido acesso de seus membros ao benefício da aposentadoria especial.

Deixei de ordenar a medida processual a que alude o art. 5º, I, da Lei nº 13.300/2016, pois as autoridades apontadas como coatoras, ao prestarem suas informações oficiais em sucessivas ações injuncionais que versaram a mesma matéria debatida nesta sede processual, têm reiteradamente manifestado oposição a pretensões idênticas à ora em exame (MI 6.608/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN – MI 6.615/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – MI 6.618/DF, Rel. Min. ROSA WEBER – MI 6.620/DF, Rel. Min. ROSA WEBER, v.g.), mostrando-se dispensável, na perspectiva da celeridade processual, a adoção da providência que venho de referir.

Sendo esse o contexto, cabe verificar se se revela admissível, ou não, na espécie, o remédio constitucional do mandado de injunção.

Como se sabe, o “ writ ” injuncional tem por função processual específica viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas diretamente outorgados pela própria Constituição da República, em ordem

a impedir que a inércia do legislador comum frustre a eficácia de situações subjetivas de vantagem reconhecidas pelo próprio texto constitucional.

Na realidade, o retardamento abusivo na regulamentação legislativa do texto constitucional qualifica-se – presente o contexto temporal em causa – como requisito autorizador do ajuizamento da ação de mandado de injunção (RTJ 158/375, Red. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v. g.), pois, sem que se configure esse estado de mora legislativa – caracterizado pela superação excessiva de prazo razoável –, não haverá como reconhecer-se ocorrente o próprio interesse de agir em sede injuncional, como esta Suprema Corte tem advertido em sucessivas decisões :

“ MANDADO DE INJUNÇÃO . (...) . PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO (RTJ 131/963 – RTJ 186/20-21). DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO/DEVER ESTATAL DE LEGISLAR (RTJ 183/818-819). NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE MORA LEGISLATIVA (RTJ 180/442). CRITÉRIO DE CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE INÉRCIA LEGIFERANTE: SUPERAÇÃO EXCESSIVA DE PRAZO RAZOÁVEL (RTJ 158/375). (...) .”

(MI 715/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Essa omissão inconstitucional, derivada do inaceitável inadimplemento do dever estatal de produzir regramentos normativos – encargo jurídico que não foi cumprido na espécie –, encontra nesta ação injuncional um poderoso fator de neutralização da inércia legiferante e da abstenção normatizadora do Estado.

O mandado de injunção, desse modo, deve traduzir significativa reação jurisdicional autorizada pela Carta Política, que nesse “ writ ” processual forjou o instrumento destinado a impedir o desprestígio da própria Constituição, consideradas as graves consequências que decorrem do desrespeito ao texto da Lei Fundamental, seja por ação do Estado, seja, como no caso, por omissão – e prolongada inércia – do Poder Público.

Isso significa, portanto, que o mandado de injunção deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do

Poder Público, impedindo-se, *assim*, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à *vontade ordinária* do legislador comum.

Na verdade, o mandado de injunção busca neutralizar as consequências lesivas decorrentes da ausência de regulamentação normativa de preceitos constitucionais revestidos de eficácia limitada, cuja incidência – necessária ao exercício efetivo de determinados direitos neles diretamente fundados – depende, *essencialmente*, da intervenção concretizadora do legislador.

É preciso ter presente, *pois*, que o direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir a previsão – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – do dever estatal de criar normas legais. Por isso que o *direito individual à atividade legislativa* do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público, consoante adverte o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (MI 633/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Assim, e para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, *de um lado*, e o consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, *de outro*, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado nem pretender acesso legítimo à via injuncional (MI 463/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MI 542/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MI 642/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

No que se refere ao pretendido acesso ao benefício da aposentadoria especial, o exame dos elementos constantes deste processo evidencia que existe, *na espécie*, o necessário vínculo de causalidade entre o direito subjetivo à legislação, invocado pela parte impetrante, e o dever do Poder Público de editar a lei complementar a que alude o art. 40, § 4º, da Carta da República, em contexto que torna plenamente admissível a utilização do “*writ*” injuncional.

Passo, *desse modo*, a analisar a pretensão injuncional em causa.

E , ao fazê-lo , devo considerar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto do MI 833/DF e do MI 844/DF, Red. p/ o acórdão Min. ROBERTO BARROSO, veio a reconhecer , para efeito de análise do direito à aposentadoria especial referida pelo art. 40, § 4º, inciso II , da Constituição, a existência de situação de omissão inconstitucional “ (...) somente (...) quando a periculosidade seja inequivocamente inerente ao ofício ”:

“ 25 . Não se pretende defender a impossibilidade jurídica de a lei prever , para fins de concessão de aposentadoria especial , critérios para aferição de situações concretas de risco no serviço público . Trata-se apenas de constatar que somente se enquadram inequivocamente no conceito de ‘ atividade de risco ’ aquelas atividades perigosas por sua própria natureza . Portanto, somente em relação a tais atividades existe um estado de omissão inconstitucional , salvo no caso das ‘ estritamente policiais ’ , já contempladas pela LC nº 51/1985 . (...) . ” (grifei)

Impende assinalar , na linha desse entendimento , que o eminente Ministro GILMAR MENDES, defrontando-se com tema análogo ao dos presentes autos (MI 6.516/DF), pôs em destaque a circunstância ora em comento, valendo transcrever , por oportuno , o seguinte fragmento de sua douta decisão, inteiramente aplicável ao caso ora em exame :

“ (...) A jurisprudência assentada pelo Plenário desta Corte no julgamento ocorrido em 11.6.2015, MIs 833 e 844 , Red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso (Cf. Inf. 789), consolidou-se no sentido de que , apenas as profissões de policial e agente penitenciário têm direito à aposentadoria especial em razão do risco das atividades exercidas .” (grifei)

Essa mesma diretriz jurisprudencial tem sido observada em sucessivas decisões proferidas no âmbito desta Suprema Corte (MI 6.124/DF , Rel. Min. LUIZ FUX – MI 6.250/DF , Rel. Min. MARCO AURÉLIO – MI 6.975/PR , Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – MI 7.060/DF , Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.), garantindo , em consequência , aos servidores públicos integrantes da carreira de “ agente penitenciário ” o direito à ,

aposentadoria especial previsto no art. 40, § 4º, II, da Constituição da República, aplicando-se-lhes, *supletivamente*, as disposições da **Lei Complementar** nº 51/1985:

“ 11. Quanto à lacuna legislativa relacionada à aposentadoria especial pelo exercício de atividade de risco (CF/1988, art. 40, § 4º, II), o Plenário desta Corte afirmou nos MIs 833 e 844, em que fui designado redator para acórdão, que **a omissão inconstitucional caracteriza-se apenas em relação às atividades inerentemente perigosas**. Esse é, sem dúvida, o **caso dos agentes penitenciários**.

12. É certo que os MIs 833 e 844 tinham por objeto outras carreiras de servidores. No entanto, no curso dos debates a categoria dos **agentes penitenciários** foi explicitamente invocada para exemplificar o que seria uma **atividade inerentemente perigosa**. É possível, portanto, caracterizar a **omissão em decorrência da não edição da lei complementar prevista no art. 40, § 4º, II, da Constituição**. (...).”

(**MI 6.171/DF**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

O **caso** ora em exame **também versa** situação prevista no **§ 4º** do art. 40 da Constituição, cujo inciso II trata da aposentadoria especial reconhecida a servidores públicos que exerçam “ atividades inerentemente perigosas ” e que igualmente sofrem, à **semelhança** dos servidores públicos “ portadores de deficiência ” ou daqueles cujas atividades sejam reputadas insalubres, as mesmas consequências **lesivas decorrentes** da omissão normativa que já se **prolonga de maneira irrazoável**.

Tenho para mim, **presente esse contexto**, que a situação exposta **não obsta** a concessão do “ writ ” injuncional, **eis que**, **também nessa hipótese** (vale dizer, na hipótese de o agente estatal desenvolver atividades **em face das quais o risco seja considerado inerente** à sua própria natureza), **persiste a mora** na regulamentação legislativa da aposentadoria especial, **o que torna aplicáveis**, segundo entendo, **por identidade de razões**, os precedentes estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

A **constatação objetiva** de que se registra, na espécie, **hipótese de mora inconstitucional**, **apta a instaurar** situação de injusta omissão geradora de **manifesta lesividade** à posição jurídica dos **beneficiários** da cláusula constitucional **inadimplida** (**CF**, art. 40, § 4º, II), **justifica**, plenamente, a **intervenção** do Poder Judiciário, **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal.

Não tem sentido que a inércia das autoridades impetradas, evidenciadora de comportamento manifestamente inconstitucional, possa ser paradoxalmente invocada, pelo próprio Poder Público, para frustrar, de modo injusto (e , portanto , inaceitável), o exercício de direito expressamente assegurado pela Constituição.

Admitir-se tal situação equivaleria a legitimar a fraude à Constituição, pois, em última análise, estar-se-ia a sustentar a impossibilidade de o Judiciário, não obstante agindo em sede injuncional (CF , art. 5º, LXXI), proceder à colmatação de uma omissão flagrantemente inconstitucional.

Isso significa que não se pode identificar na própria inércia estatal a existência de fator exculpatório (e pretensamente legitimador) do inadimplemento de uma grave obrigação constitucional.

Cabe lembrar, bem por isso, neste ponto, que o Poder Público também transgredir a autoridade superior da Constituição, quando deixa de fazer aquilo que ela determina.

Em contexto como o que resulta destes autos, a colmatação de omissões inconstitucionais nada mais revela senão um gesto de respeito que esta Alta Corte manifesta pela autoridade suprema da Constituição da República.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 40, § 4º, da Carta Política) – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela fundam-se e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal:

“ DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO

– O **desrespeito** à Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade **pode derivar** de um **comportamento ativo** do Poder Público, **que age ou edita** normas **em desacordo** com o que dispõe a Constituição, **ofendendo-lhe**, assim, os preceitos e os princípios que nela acham-se consignados. **Essa conduta estatal**, que importa em um **' facere '** (atuação positiva), **gera** a inconstitucionalidade **por ação**.

– **Se** o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, **em ordem a torná-los efetivos**, operantes e exequíveis, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir o dever de prestação** que a Constituição lhe impôs, **incidirá em violação negativa** do texto constitucional. Desse **' non facere '** ou **' non praestare '**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência adotada, ou **parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público."

(**RTJ 162/877**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vê-se, pois, que na tipologia das situações inconstitucionais inclui-se, também, aquela que deriva do descumprimento, por inércia estatal, de norma impositiva **de determinado** comportamento **atribuído** ao Poder Público pela própria Constituição.

As situações configuradoras **de omissão inconstitucional** – ainda que se cuide de omissão parcial derivada **da insuficiente concretização**, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – **refletem** comportamento estatal que deve ser repellido, **pois a inércia** do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos deformadores da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à **censura** do magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, " **Processos Informais de Mudança da Constituição** ", p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, " **Manual de Direito Constitucional** ", tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, " **Fundamentos da Constituição** ", p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só : a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela **um incompreensível sentimento de desprezo** pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República.

Nada mais nocivo , perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou , então , de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das consequências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride , por omissão ou por insatisfatória concretização , os encargos de que se tornou depositário por efeito de expressa determinação constitucional foi revelada , entre nós, já no período monárquico , em lúcido magistério , por PIMENTA BUENO (“ Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império ” , p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos, em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “ Aplicabilidade das Normas Constitucionais ” , p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “ Processos Informais de Mudança da Constituição ” , p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, “ Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 , de 1969 ” , tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).

O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação , feita por KARL LOEWENSTEIN (“ Teoria de la Constitución ” , p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional , motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado , pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos , como resulta de decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“ A TRANSGRESSÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL PODE CONSUMAR-SE MEDIANTE AÇÃO (VIOLAÇÃO POSITIVA) OU MEDIANTE OMISSÃO (VIOLAÇÃO NEGATIVA)

– **O desrespeito à Constituição** pode ocorrer **tanto** mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do Poder Público, **seja** quando este **vem a fazer** o que o estatuto constitucional **não lhe permite**, **seja**, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um **' facere '** (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.

– **Se o Estado**, no entanto, **deixar de adotar** as medidas **necessárias à realização concreta** dos preceitos da Constituição, **abstendo-se**, em consequência, **de cumprir** o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em **violação negativa** do texto constitucional. Desse **' non facere '** ou **' non praestare '**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total** (quando é **nenhuma** a providência adotada) ou **parcial** (quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público). **Entendimento** prevalecente na **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal: **RTJ 162/877-879**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Pleno**).

– **A omissão do Estado – que deixa de cumprir**, em maior ou em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional – **qualifica-se** como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela fundam-se e **também impede**, por **ausência (ou insuficiência)** de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA

O Poder Público – **quando se abstém** de cumprir, total ou parcialmente, o **dever de legislar** imposto em cláusula constitucional **de caráter mandatório** – **infringe, com esse comportamento negativo**, a própria integridade da Lei Fundamental, **estimulando**, no âmbito do Estado, o **preocupante** fenômeno da **erosão da consciência constitucional** (**ADI 1.484-DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

– **A inércia estatal** em adimplir as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela autoridade da Constituição e **configura**, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. **É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo** do que elaborar uma Constituição **sem** a vontade de fazê-la cumprir integralmente **ou**, então, de **apenas** executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável **somente** nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, **em detrimento** dos interesses maiores dos cidadãos.

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR : A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE

– O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando **também** existir a previsão – **simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional** – do **dever estatal** de criar normas legais. Isso **significa** que o direito individual à atividade legislativa do Estado **apenas** se evidenciará naquelas **estritas** hipóteses em que o desempenho da função de legislar **refletir**, por efeito de **exclusiva** determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável **imposta** ao Poder Público.

Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se **essencial** que se estabeleça a **necessária correlação** entre a **imposição constitucional de legislar**, de um lado, e o **consequente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação**, de outro, **de tal forma** que, **ausente** a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, **não se tornará possível** imputar comportamento moroso ao Estado, **nem pretender** acesso legítimo à via injuncional. **Precedentes**. (...).”

(**RTJ 183/818-819**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

Nem se diga que o Supremo Tribunal Federal, **ao colmatar** uma evidente (**e lesiva**) **omissão inconstitucional** do aparelho de Estado, **estar-se-ia** transformando em **anômalo legislador**.

É que , **ao suprir** lacunas normativas **provocadas por injustificável inércia** do Estado, **esta Suprema Corte nada mais faz senão** desempenhar o papel **que lhe foi outorgado pela própria** Constituição da República, **valendo-se**, **para tanto**, de instrumento que, **concebido** pela Assembleia Nacional Constituinte, **foi por ela instituído com a precípua finalidade de impedir que a inércia governamental**, como a que se registra no caso ora em exame, **culminasse por degradar** a autoridade **e** a supremacia da Lei Fundamental.

Daí a jurisprudência que se formou **no âmbito** desta Corte, **a partir** do julgamento plenário **do MI 708/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **e do MI 712/PA**, Rel. Min. EROS GRAU, **no sentido de restaurar**, em sua dimensão integral, **a vocação protetiva** do remédio constitucional do mandado de injunção, cuja utilização **permite** ao Supremo Tribunal Federal **colmatar**, **de**

modo inteiramente legítimo , mediante processos de integração normativa, **como** , p. ex. , **o recurso à analogia** , as omissões que venha, *eventualmente* , a constatar.

E é , precisamente , o que esta Suprema Corte tem realizado em inúmeros processos injuncionais, **nos quais vêm garantindo aos destinatários** da regra inscrita no § 4º do art. 40 da Constituição o acesso e a plena fruição do benefício da aposentadoria especial.

Sendo assim , e tendo em consideração as razões expostas , **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo** , em consequência , por seus próprios fundamentos , a decisão ora agravada.

É o meu voto .

Plenário Virtual - minuta de voto - 2010/2009-00000000