

## VOTO-VISTA

### O Senhor Ministro Dias Toffoli:

Não se desconhece a jurisprudência desta Suprema Corte firmada, ainda que por decisões monocráticas, no sentido de se reconhecer a mora legislativa no tocante à aposentadoria especial para aqueles que despenham atividades de risco, como é o caso dos agente penitenciários, onde o risco é inerente ao ofício exercido. Confira-se: MI nº 6.516, Rel. Min. **Gilmar Mendes** (DJe de 25/6/15); MI nº 6.250, Rel. Min. **Marco Aurélio** (DJe de 8/2/18); MI nº 6.975, Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> **Cármem Lúcia** (DJe de 14/2/18) e MI nº 6.171, Rel. Min. **Roberto Barroso** (DJe de 7/2/18).

Contudo, peço **vênia** à Sua Excelência para divergir, pois entendo que a superveniência da Emenda Constitucional nº 103/2019 prejudicou a presente injunção.

O art. 5º, inc. LXXI, da Constituição Federal, aponta o mandado de injunção como o remédio jurídico posto à disposição do sujeito de direito “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 saudoso Professor **José Cretella Júnior**, sobre o instituto do mandado de injunção, ensina que:

“Os mesmos representantes do 'poder que emana do povo', no primeiro momento, unicameralmente, editaram a regra jurídica constitucional e, no próprio texto, com vistas para o futuro, determinaram que, depois divididos bicameralmente, nas duas Casas do Congresso, deveriam ou (a) editar de imediato a respectiva norma regulamentadora, ou (b) abrir, na falta dessa norma, as portas ao controle jurisdicional, mediante o mandado de injunção, sempre que se tornasse inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” ( **Os 'Writs' na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular, habeas corpus** . Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 102).

Com efeito, tendo em vista os memoriais recebidos por e-mail, com informações prestadas pelo Estado do Paraná, entendo que deve ser reconhecida a prejudicialidade do presente mandado injuncional.

Isso porque, em 12/11/19, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 103/2019, a qual revogou o art. 40, § 4º, inc. II, da Constituição Federal e passou a tratar o tema pelo art. 40, § 4º-B, que assim dispõe:

“Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 4º-B. Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de ocupantes do cargo de agente penitenciário, de agente socioeducativo ou de policial dos órgãos de que tratam o inciso IV do caput do art. 51, o inciso XIII do caput do art. 52 e os incisos I a IV do caput do art. 144.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019.”

Nessa conformidade, a norma constitucional passou a prever expressamente a possibilidade da concessão de aposentadoria especial para aqueles que desempenham atividade de risco, especificamente para os ocupantes do cargo de agente penitenciário (como é o caso dos autos), de agente socioeducativo ou de policial.

Todavia, depreende-se da leitura do texto constitucional vigente que o legislador passou a responsabilidade da edição da norma reguladora do direito para o ente federativo respectivo.

Assim, em se tratando de servidores estaduais, municipais ou distritais, o suprimento de eventual lacuna legislativa existente deverá ser implementada por meio de legislação complementar, a ser editada pelo ente federativo competente. Não há se falar, portanto, em competência legislativa da União para dispor sobre a aposentadoria especial desses servidores, na forma do art. 40, § 4º-B, da Constituição Federal, incluído pela EC nº 103/2019.

Destarte, vez que ausente a competência legislativa da União Federal, não se justifica a indicação do Presidente da República ou dos Presidentes da Câmara e do Senado para figurarem como autoridades coatoras, o que, por conseguinte, afasta a competência desta Corte para a apreciação do mandado de injunção, na forma do art. 102, inc. I, al. q, da Constituição Federal. Nesse sentido, confira-se recente jurisprudência:

“COMPETÊNCIA MANDADO DE INJUNÇÃO APOSENTADORIA ESPECIAL SERVIDOR ESTADUAL, DISTRITAL OU MUNICIPAL EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019. Ante a atribuição legislativa para estabelecer, mediante lei complementar, idade e tempo de contribuição diferenciados visando aposentadoria especial no regime próprio, não cabe ao Supremo julgar mandado de injunção formalizado por servidor de ente federado, voltado a suprir a omissão normativa artigo 40, parágrafos 4º-A, 4º-B e 4º-C, da Carta da República.” (MI nº 7.037/DF-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 9/10/20).

Confira-se, ainda: MI nº 6.124, Rel. Min. **Luiz Fux** (DJe de 15/5/20).

Por fim, tem-se a notícia de que o Estado do Paraná promoveu reformas no seu regime próprio por meio da Emenda Constitucional estadual nº 45 /2019 e editou regras transitórias que abrangem os servidores ocupantes do cargo de agente penitenciário, possibilitando, inclusive, a aplicação da Lei Complementar Federal nº 51/85.

Ante o exposto, peço vênha ao eminente Ministro Relator e aos que o acompanharam, para julgar prejudicado o presente mandado de injunção, bem como o agravo regimental interposto pelo Estado do Paraná.

É como voto.