

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

SIMONE MARIA PALHETA PIRES

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Ricardo Caetano Costa; Simone Maria Palheta Pires; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-073-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

A atual pandemia gerou o cancelamento do Encontro Nacional do CONPEDI, que seria realizado no Rio de Janeiro. Em acertada decisão da diretoria da nossa Sociedade Científica do Direito, foi realizado o Encontro Virtual do CONPEDI nos dias 23 a 30 de junho. A presente publicação é resultado do Grupo de Trabalho denominado DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, que esteve reunido virtualmente no dia 26 de junho, das 13hs às 17h30.

As reflexões foram enriquecidas com a apresentação de vinte e cinco artigos científicos, seguidos de debates por meio dos quais foram construídas contribuições importantes para o desenvolvimento de uma visão crítica sobre a seguridade social e a efetividade dos direitos sociais constitucionais no Brasil.

Os temas dos trabalhos apresentados versaram desde a complexidade da análise da questão da saúde no Brasil, como direito fundamental, em meio a pandemia, às possíveis violações do direito fundamental à seguridade social integral e a judicialização da saúde. Tais debates possuem imenso interesse teórico e prático para conjuntura social que o país enfrenta.

Sobre a Previdência Social, temas como o fim da aposentadoria compulsória da magistratura no Brasil; a possibilidade do não recolhimento de contribuições previdenciárias dos contribuintes individuais que recebem auxílio emergencial; a reverberação dos danos das relações de trabalho na Previdência Social; a lentidão dos processos junto ao INSS, com pedido de benefícios previdenciários, o que gera violação ao direito fundamental à seguridade social; o Mandado de Injunção como instrumento efetivo para a concretização da aposentadoria especial, entre outros, foram refletidos, enriquecendo os debates.

Em relação a Educação, temas relevantes como os impactos da crise econômica de 2008 na Educação no Brasil e críticas ao ingresso precoce de crianças no Ensino fundamental foram apresentados.

Outros temas importantes academicamente, como: os avanços e retrocessos de medidas para redução das desigualdades sociais na Constituição Federal de 1988; sobre a aposentadoria por idade do trabalhador rural, também sobre o estado do “mal estar social”, análise da pobreza e aporofobia no Brasil; a alteração legislativa para concessão do benefício às

crianças com microcefalia; nutrição e alimentação para idosos, como direito humano e proteção social ao profissional denominado de “motoboy”, foram brilhantemente apresentados.

Ressaltamos a diversidade entre os participantes do Grupo de Trabalho, pois fazem parte de diversas regiões do país, com suas especificidades locais, que torna o diálogo muito mais frutífero.

Por fim, frisamos a densidade de cada pesquisa, o que demonstra o excelente nível das produções que ora apresentamos.

#ContinuePesquisando

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa – Universidade Federal do Rio Grande (UFRG)

Profa Dra Simone Maria Palheta Pires – Universidade Federal do Amapá (UNIFAP)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**MANDADO DE INJUNÇÃO: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À
APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO.**

**INJUNCTION WARRANT: IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO SPECIAL
RETIREMENT OF THE PUBLIC SERVANT.**

**Joroslave de Rezende Almeida ¹
Gercilio Jose Pereira Da Costa Filho ²**

Resumo

Este artigo tem por objetivo a análise da ação constitucional de mandado de injunção com o fim específico de garantir a aposentadoria especial do servidor público civil. Face a necessidade de Lei complementar que disciplinasse a matéria prevista no artigo 40 da Constituição, e diante da inércia do Poder Legislativo, foi necessária a intervenção judicial para suprir a omissão, aplicando de forma análoga e nos mesmo moldes do RGPS a regra de tal regime. A abordagem da temática é amparada em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, valendo dos raciocínios dedutivo e intuitivo, respectivamente.

Palavras-chave: Mandado de injunção, Aposentadoria especial, Dignidade da pessoa humana, Concretização de direitos

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the constitutional action of injunction warrant for the specific purpose of ensuring the special retirement of civil servants. In the face of the need for a supplementary law to regulate the matter provided for in Article 40 of the Constitution, and in the face of the inertia of the Legislative Power, judicial intervention was necessary to remedy the omission, applying in an analogous way and in the same way as the RGPS the rule of such a regime. The thematic approach is supported by bibliographic and jurisprudential research, using deductive and intuitive reasoning, respectively.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Injunction warrant, Special retirement, Dignity of human person, Realization of rights

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano (UNISAL). Pós graduado em Direito e Processo do Trabalho pela UNIDERP- ARANHANGUERA.

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL) Bacharel em Direito

1 INTRODUÇÃO

A aposentadoria especial do servidor público foi inserida na CF através da Emenda Constitucional n.º 47 de 2005, que modificou o artigo 40, parágrafo 4º, inserindo os incisos I, II e III da *carta magna*, contudo, condicionou o direito a edição de lei complementar. Com a emenda Constitucional 103/2019 a redação do parágrafo quarto ganhou algumas previsões para aposentadorias especiais carecendo, no entanto, de regulamentação e vedando expressamente quaisquer outras hipóteses de aposentadoria especial no serviço público.

A saúde do trabalhador está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, pois o direito a aposentadoria especial, visa reduzir o tempo de exposição do ser humano a condições de trabalho insalubres e que trazem problemas de saúde, e pensando nisto e que foi criado a aposentadoria especial.

Trata-se, fora de dúvida, de importante mecanismo de concretização do direito fundamental à dignidade da pessoa humana já que assegura, a seus beneficiários, o direito de redução de trabalho em locais insalubres, e que, portanto, sofrem com a exposição a agentes insalubres.

É de se destacar que na iniciativa privada, no caso os trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, através do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, já se previa no artigo 57 da Lei 8.213, o direito a aposentadoria especial aos que trabalhassem expostos a agentes insalubres, que prejudiquem a saúde e integridade física.

Tendo em vista que não foi editada lei complementar regulamentando a aposentadoria especial para os servidores públicos, com base no texto constitucional, os segurados vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), a Corte Constitucional brasileira reconheceu, por meio do julgamento do mandado de injunção 795, que por inexistente a disciplina específica, deve ser aplicado as regras do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), na forma da lei 8.213.

O STF reconheceu a possibilidade de aplicação, no que couber, do §1º, do artigo 57, da Lei 8.213/91, para a concessão de aposentadoria especial a servidores públicos, haja vista a omissão legislativa do artigo 40, §4º da CR/88, o que ainda persiste mesmo com a vigência da EC 103/2019.

Note-se que as reiteradas decisões neste sentido culminaram na edição da Súmula Vinculante n.º 33, por meio do qual se determina:

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

A referida súmula vinculante somente foi proposta e aprovada, tendo em vista os inúmeros mandados de injunção propostos junto ao STF para aplicação das regras do RGPS para os servidores públicos.

2 MANDADO DE INJUNÇÃO COMO GARANTIA DE DIREITOS

O mandado de injunção está previsto na CF no artigo 5º inciso LXXI. A Constituição Federal o aponta como o remédio adequado para proteger o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, assim como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando ameaçados pela falta de uma norma regulamentadora.

O referido remédio constitucional, presta-se a sanar omissões legislativas. É que muitas normas constitucionais têm eficácia limitada, não produzindo efeitos até sua regulamentação. Se a omissão legislativa, contudo, ameaçar direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, aquele que se sentir prejudicado pode recorrer ao Judiciário para sanar a omissão.

O mandado de injunção é o meio processual adequado para suprir a omissão legislativa na regulamentação infraconstitucional das normas de eficácia limitada ou reduzida, a fim de assegurar a efetividade de direitos constitucionais.

Trata-se de verdadeira ação de controle incidental de constitucionalidade, na qual a pretensão autoral é posta em juízo por meio de processo constitucional subjetivo, cujo cabimento exige a impossibilidade do exercício de um direito constitucionalmente assegurado em razão de estar ausente norma regulamentadora.

Para Ulderico Pires dos Santos, o mandado de injunção se define como:

“É um instituto jurídico destinado a reduzir a limites mais estreitos o comportamento dos desidiosos, pois foi criado exatamente para conjurar atos omissivos dessa natureza, além de outros como o livre exercício das liberdades constitucionais no que toca à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. (SANTOS, 1988)

Tal definição foi esboçado bem no início da vigência da norma constitucional vigente, sendo assim posteriormente houve novos entendimentos e definições sobre o tema, e sua eficácia.

José Afonso da Silva, em sua obra sobre aplicação das normas constitucionais, o mesmo afirma:

“[...]um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal finalidade consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Revela-se, neste quadrante, como um instrumento da realização prática da disposição do artigo 5º, § 1º. (SILVA, 1992)

O STF desde a Constituição Federal tem entendido que o Mandado de Injunção como uma ação por meio da qual apenas se reconhece a mora do Legislativo em regulamentar a norma constitucional. Ao Judiciário caberia tão somente dar ciência da mora ao Poder Competente, para que esse edite o regulamento necessário. Tal posicionamento foi denominado de não concretista, porque não efetivava o direito requerido pelas partes.

Apesar da separação de poderes ser imperativo a sua preservação, por outro esvazia o instituto, que termina não tendo qualquer efeito concreto para o postulante. A adoção dessa posição pelo STF, deixa transparecer o conservadorismo da corte e demonstra claramente sua determinação de não atuar na esfera política, agindo como legislador positivo.

O posicionamento onde não se concretizada o direito do impetrante do mandado de injunção foi mantido pelo STF até o ano de 2007, quando se passou a adotar a posição concretista, segundo a qual, na falta de norma regulamentadora, cabe ao Tribunal editar o regulamento faltante para possibilitar o exercício dos direitos e liberdades que a Constituição buscou preservar.

O referido entendimento se deu a partir do julgamento de Mandados de Injunção que buscavam garantir o direito de greve dos servidores públicos, o mesmo que ocorreu com relação a aposentadoria especial. O STF, tendo constatado a inércia do Legislativo, regulamentou provisoriamente o preceito constitucional que garantia a greve no serviço público, nos mesmos moldes do trabalhador celetistas.

A partir desde julgamento sobre o direito de greve no serviço público, a maioria dos membros do Tribunal se posicionou favoravelmente ao entendimento de que o Mandado de Injunção deve ter efeitos concretos, possibilitando o gozo imediato dos direitos e liberdades constitucionais.

Desse modo, o Judiciário não atua interpretando ou aplicando uma norma já existente, mas sim exerce uma função substitutiva em relação ao Legislativo, tendo em

vista que deve suprir a mora legislativa, utilizando normalmente uma outra norma concreta.

Após tantos anos da promulgação da constituição, foi editada a lei nº 13.300/2016, em vigor desde 24 de junho de 2016, estabelece um procedimento para o mandado de injunção, individual e coletivo.

Entende-se que o Mandado de Injunção consiste em uma “ação de controle difuso-concreto de constitucionalidade, na qual a pretensão é deduzida em juízo por meio de um processo constitucional subjetivo destinado a assegurar o exercício de direitos subjetivos” (NOVELINO, 2011, p. 323).

Como já dito a lei 13.300/2006, em seu artigo 12 trata da legitimação ativa para o mandado de injunção. Podendo ser impetrado por qualquer pessoa natural, jurídica nos casos de mandado de injunção individual, sendo que no caso o coletivo, podem propor o Ministério Público, a Defensoria Pública, o partido político com representação no Congresso Nacional, a organização sindical, a entidade de classe e associação constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.

Os sujeitos passivos são aqueles que tem a atribuição de regulamentar a norma constitucional.

O julgamento do mandado de injunção, depende da competência, sendo que esta variação modifica, conforme é o sujeito passivo, tomando por exemplo o STF tem competência quando se trata de norma regulamentadora que devia ser elaborada pelo Presidente da República, Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesas de uma dessas Casas Legislativas, Tribunal de Contas da União, um dos Tribunais Superiores, ou o próprio STF, na forma do artigo 102, I, alínea q da CF/88..

Com relação a sua eficácia, o mesmo encontra-se no artigo 8º, conforme transcrito:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

O art. 9º da Lei nº 13.300/2016 versa sobre os limites subjetivos da decisão proferida no mandado de injunção: (a) em regra, a decisão produz eficácia *inter partes*, ou seja, somente pode beneficiar o impetrante (ou os representados por ele); (b)

excepcionalmente, e desde que conste expressamente da decisão, pode ter eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa.

A lei 13.300/2016, trouxe ainda a possibilidade de revisão, conforme nos dá conta o artigo 10:

Art. 10. Sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito.

Parágrafo único. A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei.

Pode-se observar que o remédio constitucional de mandado de injunção traz a possibilidade de obrigar a aplicação de norma constitucional, sendo assim garantido o direito constitucional já esboçado, como ocorreu com o caso da aposentadoria especial do servidor público.

3 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA CONCRETIZAÇÃO

Os direitos sociais são prestações de natureza positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, tendendo a realizar a igualização de situações sociais desiguais, estando ligados, portanto, ao valor “igualdade” (SILVA, 2017, p. 288/229).

Sobre os direitos sociais, explicita Alexandre de Moraes:

Direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2018, Locais do Kindle 7557-7560)

Desde a Constituição brasileira de 1934, os Direitos Sociais eram previstos dentro do capítulo destinado à Ordem Social, que, por sua vez, misturava-se com o capítulo da Ordem Econômica. Aliás, a referida Carta Constitucional foi a primeira Constituição brasileira a inscrever um título sobre a ordem econômica e social, por influência da Constituição alemã de Weimar, de 1919. (SILVA, 2017, p. 287).

A CRFB/1988, por sua vez, trouxe um capítulo próprio para os Direitos Sociais (Capítulo II, do Título II), e, distanciado deste, um título especial a dispor sobre a Ordem Social (Título VII), não tendo havido, contudo, uma separação radical, uma vez que os Direitos Sociais estão ínsitos na ordem social.

Sobre o tema, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático. (SARLET, 2015, Locais do Kindle 1474-178)

O referido Capítulo II do Título compreende os artigos 6º a 9º da Constituição Federal.

No art. 6º, a atual Magna Carta apresentou um catálogo de Direitos Sociais afirmando que são *direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados*”

Já o art. 7º traz um amplo rol de direitos relativos aos trabalhadores urbanos e rurais, dentre estes a proteção contra despedida arbitrária, o salário mínimo, as férias anuais pagas, o repouso semanal remunerado, a irredutibilidade salarial, etc.

O art. 8º, por sua vez, prevê a liberdade de associação profissional ou sindical, trazendo em seus incisos uma série de princípios, tais como a autonomia dos sindicatos e a liberdade de atuação sindical. O artigo 9º prevê o direito de greve e o art. 10 trata do direito dos trabalhadores à representação nos colegiados dos órgãos públicos em que seus direitos estejam em discussão. Por derradeiro, o art. 11 menciona o direito de representação dos empregados no âmbito da própria empresa.

Em vários trechos da Lei Maior, é possível verificar que nossa atual Constituição, de forma expressa ou implícita, atribuiu a titularidade dos direitos sociais a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade ou de seu vínculo de permanência no país.

É importante ressaltar que os Direitos Sociais são enumerados apenas exemplificativamente no “Capítulo II” do texto constitucional e que tal enumeração não esgota os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que se encontram,

também, difusamente previstos na própria Constituição da República. (MORAES, 2018, Locais do Kindle 7598-7599)

Destaco, por pertinente, que a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, adotada e proclamada pela resolução 217 (A) III da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, já dispunha, em seu art. 22, que toda pessoa tem direito à realização dos Direitos Sociais. Transcrevo, abaixo, o teor do referido dispositivo legal, com grifos meus:

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos **direitos** econômicos, **sociais** e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

4 DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA

Atualmente no Brasil existem dois regimes previdenciários, o geral que é vinculado ao INSS, e os regimes de previdências próprios dos agentes públicos, denominados pela doutrina como Regimes Próprios de Previdência dos Servidores.

Para Carlos Alberto Pereira de Castro, entende-se por regime previdenciário:

“[...] aquele que abarca, mediante normas disciplinadoras da relação jurídica previdenciária, uma coletividade de indivíduos que têm vinculação entre si em virtude da relação de trabalho ou categoria profissional a que esta submetida, garantindo a esta coletividade, no mínimo, os benefícios essencialmente observados em todo sistema de seguro social — aposentadoria e pensão por falecimento do segurado.” (CASTRO, 2009, p. 113).

O primeiro, o Regime Geral, é o mais amplo, responsável pela proteção da grande massa dos trabalhadores brasileiros. É organizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social (IBRAHIM, 2010, p. 35). Constitui o principal regime previdenciário de ordem interna, abrangendo, obrigatoriamente, todos os trabalhadores da iniciativa privada (CASTRO, 2009, p. 113).

Os regimes próprios de previdência dos servidores públicos decorrem do vínculo diferenciado imposto pela Constituição aos ocupantes de cargos efetivos da administração pública.

A instituição de regime de previdência próprio também aplica-se aos agentes públicos ocupantes de cargos públicos vitalícios, quais sejam, os membros de Tribunais de Contas, os magistrados e membros do Ministério Público, por força dos artigos 73, § 3º, 93, inciso VI e 129, § 4º da *Lex Legum* (CASTRO, 2009, p. 114).

Apesar de dois regimes de previdência em nosso país, apenas um deles contempla e regulamenta através de lei e decretos, a concessão de aposentadoria especial, bem como o seu processo para concessão, no qual reduz o tempo de contribuição para aquelas pessoas que estão em contato constante com agentes nocivos físicos, químicos ou biológicos.

5 APOSENTADORIA ESPECIAL NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA DO INSS

Em 1960, foi promulgada a lei 3.807, o qual determinou em seu artigo 31:

“A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15(quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.”

A Constituição Federal de 1998, em seu artigo 201, §1º, determina que:

“É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.”

Conforme observa-se acima, o texto constitucional deixou ao legislador infraconstitucional a atribuição para legislar; sendo, portanto, uma norma de eficácia limitada.

A norma infraconstitucional que trata sobre a aposentadoria especial no RGPS, ocorreu com a edição da Lei 8.213/91, a qual determina que a aposentadoria especial seja concedida, conforme artigos 57 de 58, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos em atividade sujeita a condições especiais que causem danos à saúde ou à integridade física.

Em seu artigo 58 à Lei 8.213/91 dispõe que a relação de atividades profissionais prejudiciais a saúde ou à integridade física seria objeto de Lei específica, mas nenhuma Lei foi editada, sendo usado o anexo do Decreto 53.831/64 e Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 83.080/79.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que veda qualquer outra adoção de requisitos e critérios para concessão de aposentadoria, manteve-se a exceção com relação à aposentadoria especial, instituto este que ainda se submeterá aos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91 até que seja editada Lei complementar definindo essas atividades.

Após a determinação constitucional foi editado o Decreto 3.048/99, dispondo que a relação dos agentes que causam danos à saúde ou à integridade física, para concessão de aposentadoria especial, será os constantes no Anexo IV do referido regulamento, cujas dúvidas devem ser sanadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, bem como pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.

Algumas modificações em outros regulamentos referentes à aposentadoria especial foram editados em 2001 com o Decreto 4.032, que definiu o conceito de perfil profissiográfico (PPP), e o Decreto 3.668/00, que atribuiu poderes ao INSS para inspecionar os estabelecimentos a fim de verificar a veracidade das informações constantes nos formulários e laudos técnicos das condições ambientais do trabalho.

Com a publicação em 1995 da lei 9.032, que alterou o artigo 57 da Lei 8.213/91, começou a exigência de que o segurado comprovasse, perante o INSS, os seguintes requisitos de exposição aos agentes nocivos que possibilitam a aposentadoria especial: a permanência, a habitualidade e a não-intermitência.

Importante frisar que estas exigências, trazidas pela Lei nº 9.032/95, só podem ser aplicadas ao tempo de serviço prestado durante a sua vigência, não podendo retroagir seus efeitos ao tempo de atividade prestado pelo segurado anteriormente a sua publicação, sob pena de se ferir o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, previstos no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Apesar das alterações da lei 8.213/91, e as introduzidas pela MP 1.633-10 e EC 20/98 não poderão alcançar fatos consolidados que ocorreram antes da vigência destas normas, sob pena de ser desconsiderada a situação de vulnerabilidade a que está sujeito o segurado da aposentadoria especial, violando conseqüentemente a dignidade da pessoa humana, princípio balizador da Constituição de 1988.

Desta forma a concessão de aposentadoria do vinculado ao INSS, encontra-se regulamentado, e com todos os critérios para a sua apuração e posterior concessão.

6 APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO

O servidor público tem direito a aposentadoria especial por força de norma constitucional, estando previsto no artigo 40, § 4º da Constituição Federal de 1998.

Originalmente o texto constitucional não previa expressamente aposentadoria especial ao servidor público, sendo que a partir da Emenda Constitucional 20/98, pela qual o §4º do artigo 40 da CR/1988 passou a dispor que era vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo Regime Próprio de Previdência Social, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, a serem definidos em lei complementar.

O texto constitucional foi revogado pela Emenda Constitucional 47/2005, que deu nova redação ao §4º do artigo 40, *in verbis*:

“Art. 40 – [...]

§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 atividade de risco;

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

E como já apontado neste trabalho, a recente Emenda Constitucional 103/2019 alterou novamente o dispositivo passando a ter a seguinte redação:

§ 4º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 4º-A. Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar. (Incluído 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)

§ 4º-C. Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Desta forma está em vigor a regra de que não há como se adotar requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores do Regime Próprio de Previdência Social, a não ser por leis complementares nos casos e hipóteses elencados nos incisos supracitados.

Apesar do texto constitucional deixar a possibilidade de adoção de requisito diferenciado para a concessão de aposentadoria, acabou por vedar quaisquer outras exceções, além das constantes das letras A, B e C do parágrafo quarto do artigo 40.

O que existe, em verdade, é uma aposentadoria constitucional diferenciada do professor; criada em virtude do desgaste maior provocado pela função, e não por se considerarem alunos como agentes nocivos”. (IBRAHIM, 2010, p. 636).

E de se ressaltar que como trata de legislação previdenciária a competência legislativa é federal, sendo patente a omissão de leis complementares federais que tratam sobre a aposentadoria especial do servidor público vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social, nos moldes exigidos pela redação do §4º do artigo 40 da CR/1988, restou aos servidores que se encontravam nestas condições, acionarem o Judiciário, buscando obter a garantia de aposentadoria especial.

Ressalte-se que a Ministra Carmem Lucia, julgando o MI 795, concedeu o pedido e determinou a aplicação do artigo 57 da Lei 8.213/91, sendo assim acabou por encerrar a omissão legislativa no caso em tela.

Apesar deste não ser o primeiro julgamento de Mandado de Injunção sobre o tema, sendo o primeiro o 721, o julgamento do 795 foi usado como precedente para edição da súmula vinculante 33 do STF.

Como já dito os Mandados de Injunções no caso de aposentadoria especial do servidor público, acabou por ser moldar no sentido da aplicação os mesmos requisitos para concessão para o vinculado ao RGPS, ou seja, o INSS.

Para tanto ora se transcreve a ementa do Mandado de Injunção 795, abaixo:

MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CF/1988. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor

público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei 8.213/1991. [MI 795, rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 15-4-2009, DJE 94 de 22-5-2009.]

O impetrante do referido Mandado de Injunção era um policial civil, exercendo a função de investigador, tendo 25 anos de exercício na profissão, descrevendo a mesma como insalubre e perigosa, por conta do próprio exercício da função, efetuou requerimento inicialmente administrativo, o qual foi negado por falta de amparo legal, haja vista a falta de regulamentação do texto constitucional. Impetrou o mandado de injunção para que fosse suprida a lacuna legal, e lhe fosse concedida a aposentadoria especial.

Neste sentido foram impetrados inúmeros mandados de injunção, os quais foram deferidos, até o momento da edição da súmula vinculante n.º 33 do STF, o qual encerrou a necessidade de impetração do remédio processual, pois aplicável em todo o território nacional a referida medida, o qual teve seu efeito *erga omnes*.

Vê-se que o STF no julgamento das questões relacionadas a aposentadoria especial do servidor público, reconheceu a possibilidade de aplicação, no que couber, do §1º, do artigo 57, da Lei 8.213/91 para a concessão de aposentadoria especial a servidores públicos. Isso porque há omissão de disciplina específica exigida pelo §4º, do artigo 40, da CF/1988, aplicando a visão concretista no caso em tela.

Apesar da súmula vinculante, que foi proveniente dos Mandados de Injunções impetrados para se reconhecer a aplicação do RGPS da aposentadoria especial ao servidor público, não se encerra a discussão por aí, haja vista que somente acabou com a lacuna legal, contudo, passa-se agora a avaliação individual para a concessão do benefício.

No caso da súmula vinculante não houve a conversão de tempo especial como ocorre junto ao INSS, mas somente com a obtenção de reconhecimento de 25 anos de exercício em funções que prejudicam a saúde e a integridade física.

Com o reconhecimento, e conseqüentemente com a obrigação da administração de verificar a concessão de aposentadoria especial ao servidor público, a União, Estados e Municípios devem lançar mão de atos para apuração e concessão deste benefício.

7 CONCLUSÃO

É inegável a importância de regulamentação dos direitos constitucionais em nosso país, após 30 (trinta) anos da promulgação de nossa constituição, contudo, por conta da omissão legislativa, acaba que o judiciário toma as vezes do legislativo, para que seja possível que o cidadão tenha concretizado o seu direito fundamental.

A aposentadoria especial tem por base o direito constitucional de manutenção da vida, e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana, posto que a concessão antecipada de aposentadoria aquele que presta seu serviço durante inúmeros anos em condições que trazem prejuízos a sua saúde e integridade física, visa a resguardar uma aposentadoria com qualidade de vida.

Somente foi possível que o direito à aposentadoria especial do servidor público fosse regulamentado, e após isto ser possível a sua concessão ao trabalhador exposto a condições insalubres e perigosas, por conta do remédio constitucional de mandado de injunção.

Desse modo o mandado de injunção foi a única forma viável para que o servidor público conseguisse exercer o seu direito constitucional de aposentadoria especial.

Somente foi possível a garantia constitucional de aposentadoria especial ao servidor público, por conta do fim da lacuna existente no texto legal, e assim garantir a viabilidade do exercício de um direito, cujo instrumental necessário foi o remédio constitucional no mandado de injunção.

Portanto, é latente que o remédio constitucional foi a única forma de concretizar o direito do servidor público de sua aposentadoria especial, agora o único entrave na concessão de aposentadorias para os servidores públicos é a administração pública que nunca se preparou para avaliar o ambiente de trabalho de seus empregados, o que continua a ser um dever do administrador público, no entanto não será deverá ser tido como obstáculo para a concessão da aposentadoria especial agora resguardada.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

ASSIS, Luís Cláudio de Andrade. **O benefício da prestação continuada como ferramenta da dignidade humana**. Revista ADCOAS Previdenciária, n.37, v.4, p.07-12, 2003.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane. **Direito Previdenciário**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Arquivo Kindle.

BRAGA, Pérola Melissa Viana. **Direitos do Idoso**. São Paulo: QuartierLatin, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 nov. 2019.

_____. Lei Nº. 13.300, 23 de Junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. Decreto nº 3.048/1999. Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. Lei nº 8.213/1991. Brasília. Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 795/DF. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília-DF, 25 de maio de 2009. Disponível: www.stf.jus.br. Acesso em: 09 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 33. Disponível: www.stf.jus.br. Acesso em: 09 nov. 2019.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário teorias e questões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2016.

GOMES, Ana Lúcia. **O benefício de prestação continuada: uma trajetória de retrocessos e limites: construindo possibilidades de avanços?**. Revista de Direito Social, n.4 v.1, p. 64-87, 2001.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 12. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008.

LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luís; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira. **Prática Processual Previdenciária Administrativa e Judicial**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Método, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003.

- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. - 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. - São Paulo: Atlas, 2016.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. **Mandado de Injunção**. São Paulo: Editora Paumape S.A.,1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Arquivo Kindle.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Arquivo Kindle.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SOUZA, Ana Maria Viola de. **Direito ao Envelhecimento**. São Paulo: Chiado, 2016.
- WIEDEMANN NETO, Ney. Mandado de injunção. **Revista da AJURIS: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 33, n. 104, Dez./2006.