



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Aposentadoria especial no serviço público: a atuação do Supremo Tribunal
Federal sob a ótica da constitucionalização do direito.

Aluno: Artur de Sousa Carrijo
Matricula: 05/77839

Brasília, julho de 2011.

ARTUR DE SOUSA CARRIJO

Aposentadoria especial no serviço público: a atuação do Supremo Tribunal Federal sob a ótica da constitucionalização do direito.

Monografia Final de conclusão do curso de graduação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Bernadino Costa e a coorientação do Mestre Bruno Fischgold.

Brasília, julho de 2011.

FICHA DE APROVAÇÃO

Aposentadoria especial no serviço público: a atuação do Supremo Tribunal Federal sob a ótica da constitucionalização do direito.

Aluno: Artur de Sousa Carrijo

Matricula: 05/77839

Banca examinadora:

Alexandre Bernadino Costa
Orientador

Bruno Fischgold
Coorientador

Marcelo Pires Torreão
Membro 01

Luciano Ribeiro Reis Barros
Membro 02

Brasília, 15 de julho de 2011.

À minha vida, Carolina

Navio que partes para longe,
Por que é que, ao contrário dos outros,
Não fico, depois de desapareceres, com saudades de ti?
Porque quando te não vejo, deixaste de existir.
E se se tem saudades do que não existe,
Sente-se em relação a cousa nenhuma;
Não é do navio, é de nós, que sentimos saudades.

Alberto Caeiro

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	10
2.1. Noções sobre seguridade social	10
2.2. A Previdência Social	13
2.3. O Regime Geral de Previdência Social (RGPS)	14
2.4. O Regime Próprio de Previdência Social (RPPS)	15
3. A APOSENTADORIA ESPECIAL: CONCEITO E CONSIDERAÇÕES EVOLUCIONAIS	19
4. A AUTORIZAÇÃO PARA A INSTITUIÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL AOS SERVIDORES PÚBLICOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL: PERSPECTIVA HISTÓRICA	25
5. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: O PONTO DE INFLEXÃO NA TRAJETÓRIA DA APOSENTADORIA ESPECIAL	31
5.1. O cenário do serviço público no período anterior a 1988	33
5.2. A instituição do regime jurídico único dos servidores públicos	36
5.3. A ausência de lei regulamentadora do artigo 40, §4º, da Constituição .	39
6. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E O DIREITO CONSTITUCIONAL À ADOÇÃO DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DIFERENCIADOS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL	41
6.1. O mandado de injunção	49
6.2. A mudança da jurisprudência do STF nos julgamentos dos mandados de injunção	52
6.3. O reconhecimento da mora legislativa na regulamentação da aposentadoria especial: o Mandado de Injunção nº 721-7/DF	53
6.4. A aplicação da Lei nº 8.213/91 e o cumprimento das decisões proferidas nos mandados de injunção	57
6.5. O novo cenário da previdência do servidor público	59
7. CONCLUSÃO	62
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1. Introdução

Em 26 de agosto de 1960, foi editada a Lei nº 3.807, a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS). Essa lei instituiu um benefício previdenciário denominado aposentadoria especial, concedido a trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que exercessem suas atividades submetidos a agentes nocivos à saúde ou à integridade física durante determinado período de tempo.

A aposentadoria especial, assim entendida, era o benefício previdenciário que tinha como objetivo permitir que a jubilação precoce de trabalhadores privados e de servidores públicos celetistas que exerciam suas atividades expostos a agentes nocivo antes que essa exposição ocasionasse a invalidez ou até mesmo a morte desses indivíduos. Com a promulgação da Constituição de 1988, essa realidade mudou. A instituição do regime jurídico único, inserida no artigo 39 do texto constitucional, obrigou a transposição de todos os servidores celetistas do Estado para a égide estatutária e, portanto, a migração desses servidores do Regime Geral de Previdência Social para o Regime Próprio de Previdência Social.

Essa alteração no regime jurídico representou profunda mudança nas regras de aposentadoria dos servidores. A principal delas, no que tange ao presente estudo, foi a imposição de que lei complementar regulamentasse a aposentadoria especial no serviço público. Essa imposição, em decorrência de todos os servidores passarem a ser estatutários, significou a imediata impossibilidade de gozo de tão importante benefício previdenciário pelos servidores, instaurando uma situação de grave desigualdade com os trabalhadores que exerciam atividades análogas.

Bastaria a edição da exigida lei complementar para que, ao se fixarem os critérios e requisitos diferenciados de aposentadoria, a saúde daqueles servidores públicos expostos a agentes prejudiciais à saúde voltasse a ser tutelada mediante um benefício previdenciário. Contudo, o decorrer do tempo evidenciou que permanecia na cultura do Poder Público a inércia e a omissão no cumprimento dos dispositivos constitucionais, ainda vistos como simples programas e carentes de efetividade.

Nos primeiros anos seguintes à Constituição de 1988, esse vícios

históricos ainda persistiam e não eram devidamente combatidos pela sociedade e pelo Poder Judiciário, apesar dos instrumentos constitucionais colocados à disposição e, especialmente, do papel outorgado ao Supremo Tribunal Federal para a jurisdição constitucional. Na verdade, ainda não havia se revelado com nitidez que, no Brasil, a Constituição passava a ocupar o centro do ordenamento jurídico.

A Constituição de 1988 marcou o surgimento de um novo direito constitucional no Brasil. A constitucionalização do direito, fenômeno iniciado na Europa no período pós-guerra, e marcado pela normatividade dos dispositivos constitucionais, fez emergir uma nova ordem, em que a Constituição passa a ocupar não apenas o seu posto de supremacia formal, mas passa a exercer também uma supremacia axiológica e material.

Com essa nova ordem constitucional, emergiram instrumentos de combates às omissões inconstitucionais, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade, aptas a tutelar hipóteses como a da aposentadoria especial dos servidores públicos.

Assim, o presente estudo tem por objetivo investigar a emergência de um novo benefício previdenciário para os servidores públicos, mediante um instrumento processual destinado a combater as omissões inconstitucionais – o mandado de injunção – sob a ótica da constitucionalização do direito, de modo a identificar a adequação ou inadequação do Supremo Tribunal Federal nessa hipótese.

Para tanto, será debatido no segundo capítulo algumas noções sobre seguridade social, seu conceito, os princípios que a norteiam e os principais regimes previdenciários que existem na Previdência Social no Brasil. No terceiro capítulo, será feita a conceituação e apresentação histórica da aposentadoria especial, momento em que serão debatido os conceitos existentes sobre o instituto, bem como seu surgimento e principais alterações legislativas. No capítulo quarto, será apresentada uma perspectiva histórica das autorizações constitucionais para o estabelecimento de requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria dos servidores públicos.

Após essas considerações iniciais, o capítulo quinto demonstrará que a Constituição de 1988 foi um ponto de inflexão da trajetória da aposentadoria especial mediante o debate do cenário do serviço público anteriormente a 1988, da instituição do regime jurídico único e da ausência de lei regulamentadora. Em seguida, no capítulo sexto, será debatido o referencial teórico do presente estudo, o advento do mandado de injunção e a

mudança de jurisprudência do STF na sua aplicação, o reconhecimento do direito dos servidores públicos à aposentadoria especial no julgamento do MI nº 721-7/DF, a aplicação da Lei nº 8.213/91 para o regime estatutário e, por fim, o cenário da previdência no serviço público após a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Assim, será possível observar se a atuação do Supremo Tribunal Federal esteve em conformidade com o papel que lhe foi conferido pela Constituição de 1988, bem como será possível conhecer com maior amplitude esse benefício previdenciário que, desde as decisões proferidas nos mandados de injunção, faz parte da previdência do servidor público.

2. Considerações iniciais

Embora se trate de um estudo que aborda a previdência do servidor público, com o objetivo de investigar a emergência da possibilidade de opção de uma nova modalidade de benefício decorrente da atuação do Supremo Tribunal Federal – a aposentadoria especial –, é preciso tecer alguns comentários sobre a seguridade e a previdência social para auxiliar o correto posicionamento do problema antes de partir para o estudo dos mecanismos de atuação prática da constitucionalização do direito.

Isso porque a previdência social é apenas uma parte do conjunto de ações que constituem a seguridade social, sistema consagrado pela Constituição de 1988 para a proteção social dos brasileiros. Como componente fundamental da ordem jurídica direcionado à tutela dos indivíduos e suas famílias que, atingidos por uma contingência – morte, doença, invalidez – deparam-se com a necessidade da fundamental atuação do Estado para que possam ser atendidos com o mínimo básico de subsistência,¹ a seguridade social deve ser conceituada e destacada no presente estudo, especialmente porque dessa noção de *segurança social* irradiam-se princípios que têm como objetivo assegurar direitos relativos à saúde, à assistência e à previdência social.

Dessa forma, como benefício previdenciário que é, inserido no rol de modalidades de aposentadoria previstas na legislação, o instituto da aposentadoria especial, caracterizado pela redução do período de contribuição necessário à inativação, sem que haja requisito de idade do trabalhador que exerce suas atividades exposto a agentes considerados nocivos à saúde ou à integridade física, exige, para o seu estudo, o realce dos princípios e institutos que lhe dão origem ou com ele se relacionam.

2.1. Noções sobre a seguridade social.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 194, adotou a expressão *seguridade social*² para abarcar o conjunto integrado de ações de iniciativa dos

¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20.

² Como destaca IBRAHIM, o signo mais adequado da língua portuguesa seria *segurança*, e não *seguridade*, o

Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.³

A ordem constitucional anterior não cunhava de forma ampla a ideia de *segurança social*, inserida na compreensão de que o Estado, na sua função primordial de promover o bem-estar de todos,⁴ deve zelar pela segurança do indivíduo⁵. Essa compreensão de segurança do indivíduo, insculpida no artigo 3º, inciso IV, da atual Constituição, como destacam CASTRO e LAZZARI, abrange três vertentes:

a segurança da integridade física e moral do ser humano, mediante o exercício do monopólio da força pela supremacia estatal, impedindo o exercício arbitrário das próprias razões e punindo o atentado à vida, à integridade física, à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, bem como ao patrimônio dos indivíduos; a segurança jurídica, gerada pelo Estado de Direito, com seus princípios de legalidade e igualdade perante a lei, e da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito; e a segurança social, que se busca pelas políticas nas áreas de interesse da população menos favorecida, no escopo de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, sendo, pois, direito subjetivo fundamental, exercitado contra o Estado e a Sociedade.⁶

O objetivo do constituinte de 1988, portanto, foi criar uma “rede de proteção, capaz de atender aos anseios e necessidades de todos na área social”,⁷ encampando a noção de que um sistema de proteção social que vise a assegurar a dignidade da pessoa humana deve incluir todos os cidadãos, independentemente de exercerem atividades profissionais – caso dos segurados da Previdência Social – ou de estarem inseridos na faixa mais carente da população, aquela que necessita de proteção por meio da assistência social ou por meio do acesso gratuito a medicamentos e atendimento médico.

Assim, a seguridade social passou a consubstanciar um “conjunto de princípios, regras e instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais

que denota a influência da doutrina espanhola no legislador constituinte. IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.5. Já MARTINS, destaca que se trata, na verdade, de derivação do latim *securitate(m)*. MARTINS, op. cit., p. 20.

³ É o texto do *caput* do artigo 194 da Constituição da República: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁵ CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 10. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 54.

⁶ Idem, p. 54.

⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.5

básicas e de suas famílias”⁸.

A partir da Constituição de 1988, as ações relativas à previdência social, à assistência social e à saúde passaram a ser custeadas pelas contribuições sociais – que não mais eram vertidas exclusivamente para a Previdência Social – juntamente com os recursos orçamentários dos entes da federação.⁹

No que tange à natureza do direito à previdência social, à assistência social e à saúde, o texto constitucional e a doutrina os classificam como direitos sociais, enquadrados como direitos fundamentais de segunda geração, devido à natureza coletiva que possuem.¹⁰ Como destaca BONAVIDES, os direitos de segunda geração

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.¹¹

No seu surgimento, os direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais, passaram inicialmente por um ciclo de baixa normatividade e possuíam eficácia duvidosa, pela razão de serem direitos que exigem prestações positivas do Estado, sempre limitada pela escassez de recursos. Com a superação da fase de desconfiança, esses direitos foram elevados à categoria de normas programáticas, mas sem ainda a existência de instrumentos para sua concretização. Como aponta BONAVIDES, após uma crise de observância e execução, esses direitos tendem a tornar-se, cada vez mais, justiciáveis, afastando a compreensão de que apenas os direitos de liberdade seriam de aplicação imediata, de modo que os direitos sociais já não poderão ser ignorados ou ter sua eficácia recusada como se fossem normas programáticas.¹²

Houve, portanto, uma constitucionalização dos preceitos da Seguridade Social. A Constituição de 1988 dedicou todo um capítulo à seguridade social, regulando-a nos artigos 194 a 204,¹³ além de outros dispositivos esparsos inseridos no artigo 7º. A estrutura da Seguridade Social está delineada no texto constitucional, “que traça os contornos nos quais a

⁸ MARTINS, op. cit., p. 20.

⁹ CASTRO, op. cit., p. 66.

¹⁰ IBRAHIM, op. cit, p. 4.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 564.

¹² Idem, p.565.

¹³ O Capítulo II “Da Seguridade Social” está inserido no Título VIII “Da Ordem Social” e compreende a Seção I “Disposições Gerais”, a Seção II “Da Saúde”, a Seção III “Da Previdência Social” e a Seção IV “Da Assistência Social”.

lei ordinária irá complementá-la”.¹⁴

Essa característica da atual Constituição da República de constitucionalização de preceitos de ordem infraconstitucional, que será tratado no Capítulo 6 do presente estudo, atingiu todos os principais ramos do direito. Para o que ora é relevante, cumpre destacar a observação de BARROSO, para quem a “constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional”.¹⁵

A Constituição de 1988 consagrou um sistema de seguridade social que encampou princípios e institutos cujo pressuposto é a dignidade da pessoa humana e o objetivo é a proteção social. Esses princípios e institutos, alçados ao texto constitucional, irradiam sua força normativa, funcionando não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.¹⁶

2.2. A Previdência Social

Conforme exposto anteriormente, a previdência social é a vertente contributiva da Seguridade Social e é de filiação compulsória. Isso significa dizer que qualquer pessoa – brasileiro ou não – que venha a desenvolver alguma atividade remunerada no território nacional se filia, automaticamente, ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS – ou ao Regime Próprio de Previdência Social – RPPS – sendo obrigada a fazer os devidos recolhimentos previdenciários.¹⁷ A partir dessas características, pode-se compreender a Previdência Social como a área de atuação do Estado “que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda

¹⁴ MARTINS, op. cit., p. 29. O Autor, na passagem seguinte, critica a excessiva constitucionalização dos preceitos da seguridade social. Em sua visão, deveriam constar no texto constitucional apenas princípios relacionados à seguridade social, de modo que se preservasse a matéria de lei ordinária para o legislador.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 227.

¹⁶ BARROSO, op. cit., p. 228

¹⁷ IBRAHIM, op. cit., p. 30.

ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento”.¹⁸

No Brasil, existem dois regimes básicos de previdência social: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), e o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), de filiação obrigatória para os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, inclusive os vitalícios, e militares, mantido pelos próprios entes federados.

Para o presente estudo, é importante trazer ao debate as principais características do Regime Geral de Previdência Social, uma vez que, até o presente momento, é o único regime que concede a aposentadoria especial aos seus segurados. Além desse aspecto, o RGPS foi, até 1988, o regime de previdência dos servidores públicos submetidos ao vínculo da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Serão também evidenciadas as principais características do Regime Próprio de Previdência Social.

2.2.1. O Regime Geral de Previdência Social

O RGPS é o principal regime previdenciário brasileiro e abrange de forma obrigatória todos os trabalhadores que possuem relação de emprego regida pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho. São, também, regidos pelo RGPS os empregados rurais – Lei nº 5.889/73, os empregados domésticos – Lei nº 5.859/72, e os trabalhadores avulsos, além de outros elencados no artigo 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

O Regime Geral de Previdência Social está disciplinado no artigo 201 da Constituição da República e, no plano infraconstitucional, pelas Leis nº 8.212/1991, que dispõe sobre o plano de custeio, e nº 8.213/1991, já citada, e que dispõe sobre o plano de benefícios. Essas duas leis são regulamentadas pelo Decreto nº 3.048/1999.

O pagamento dos benefícios e serviços oferecidos por esse regime é de responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social. O INSS, criado em 1990, substituiu o INPS – Instituto Nacional de Previdência Social – na função de arrecadação e gestão do

¹⁸ CASTRO, op. cit., p. 53.

sistema. Nesse ponto, é importante destacar que o INPS, criado pelo Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, unificou a Previdência Social Urbana, com o fim de uniformizar as regras de proteção dos trabalhadores.¹⁹ Essa unificação consistiu na absorção dos diversos Institutos de Aposentadoria e Pensão existentes à época – com exceção do Instituto de Pensão e Aposentadoria dos Servidores do Estado – e que promoviam desigual tratamento entre os segurados dessas entidades previdenciárias.²⁰

Apesar do avanço na uniformização da administração dos benefícios de previdência social representado pela criação do INPS, foi a partir da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, intitulada Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, que as normas de amparo aos segurados e seus dependentes foram unificadas.²¹ Contudo, mesmo com a posterior extinção do Instituto de Pensão e Aposentadoria dos Servidores do Estado – IPASE – pela Lei nº 6.439/77, permaneceu a diferenciação de regime previdenciário entre os trabalhadores da iniciativa privada e os servidores públicos estatutários. Conforme se destacará em capítulo posterior, os servidores públicos celetistas, em grande número no cenário do serviço público anterior a 1990, eram vinculados ao INPS, de modo que possuíam regime previdenciário idêntico ao dos trabalhadores da iniciativa privada.

2.2.2. O Regime Próprio de Previdência Social

A Constituição da República de 1988 conferiu tratamento previdenciário próprio aos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União e dos demais Entes Federativos. O artigo 40 do texto constitucional assegura regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos, inativos e dos seus pensionistas.²² Esses servidores, em princípio, não se inserem no regime geral de previdência.

¹⁹ CASTRO, op. cit., p. 64.

²⁰ CASTRO, op. cit., p. 63.

²¹ IBRAHIM, op. cit., p. 58.

²² É a redação do *caput* do artigo 40: “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”

Apesar de o *caput* do artigo 40 assegurar expressamente o direito do servidor a um regime previdenciário de caráter contributivo e solidário, IBRAHIM defende que a interpretação desse dispositivo não deve levar à conclusão de que todos os Entes Federativos devem, necessariamente, criar regimes próprios em favor dos seus servidores. Para esse Autor

Tal conclusão decorre de dois raciocínios distintos: em primeiro lugar, não existe meio jurídico adequado a compelir o Ente a criar o RPPS, pois este carece de lei, que depende do Poder Legislativo local. Ademais, muitos Municípios não atingem sequer a massa crítica necessária ao funcionamento adequado, do ponto de vista atuarial, de um sistema previdenciário.

Como o próprio art. 40, §12, da Constituição prevê a aplicação subsidiária das regras do RGPS, entendo que, inexistindo RPPS, há de prevalecer integralmente as normas do RGPS, com a vinculação plena do servidor a este regime, em obediência ao princípio da universalidade de cobertura e atendimento, como inclusive é definido nas Leis nºs 8.212/91 e 8.213/91.²³

Pensamento diferente adotam CASTRO:LAZZARI. Esses Autores entendem que, conforme tradição do Direito brasileiro, a Constituição de 1988 assegura o direito subjetivo do servidor público à fixação de regras constitucionais para sua aposentadoria, exercitável em face do Estado.²⁴ Dessa forma, a criação de regimes próprios de Previdência Social, com caráter solidário e contributivo, seria uma obrigação do Estado e não uma mera faculdade, de modo que o Ente que não instituisse regime próprio de previdência para os seus servidores deveria arcar com a diferença correspondente ao teto do Regime Geral e o valor efetivamente devido ao servidor.²⁵

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024/DF, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, assentou a compreensão de que a disciplina do artigo 40 da Constituição, desde sua redação originária, impõe regras que devem ser observadas por todos os Entes Federados, como no caso da criação dos regimes próprios de Previdência Social.²⁶ Conforme os raciocínios

²³ IBRAHIM, op. cit., p. 37.

²⁴ CASTRO, op. cit., p. 115.

²⁵ Idem.

²⁶ É a ementa desse julgamento:

“EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - sedimentado na jurisprudência do Tribunal - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva

desenvolvidos nesse julgamento, a intenção tanto do constituinte originário quanto do derivado foi a de limitar o acesso aos benefícios ditos “estatutários” apenas aos servidores públicos federais ocupantes de cargo público de provimento efetivo, estabelecendo a vinculação ao regime geral de Previdência Social para aqueles ocupantes de cargo em comissão de livre provimento ou de emprego público.²⁷

O que se constata, portanto, é que a instituição de um regime próprio de Previdência Social para os seus servidores é um dever do Ente Federado, que deverá conceder o benefício de aposentadoria com fundamento nas regras previstas no artigo 40 da Constituição de 1988, delimitando com clareza os dois regimes de Previdência existentes no ordenamento jurídico brasileiro, um assegurado aos trabalhadores da iniciativa privada e outro assegurado aos servidores públicos estatutários ocupantes de cargo efetivo.

disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047-MC, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou "sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos - inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parág. único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores": análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a) - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - não pode ser invocado na hipótese de contribuições previdenciárias. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta."

(ADI 224, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2007, DJe-042 DIVULG 21-06-2007 PUBLIC 22-06-2007 DJ 22-06-2007 PP-00016 EMENT VOL-02281-01 PP-00128 RDDT n. 143, 2007, p. 230-231)

²⁷ Por oportuno, vale transcrever trecho do voto do Ministro Ayres Britto no referido julgamento: “E, demais, o grande objetivo do §13, agora adversado, foi desonerar o tesouro, impedindo ou limitando o acesso a benefícios ditos estatutários. Remetendo, portanto, essas categorias dos servidores nomeados em comissão e ocupantes de cargo temporário ou de emprego público para o regime geral de previdência, através de um sistema de autocusteio, ou de autofinanciamento dos respectivos benefícios, a latere de um custeio diretamente imputado ao Tesouro. Parece-me que o grande objetivo foi esse: desonerar o Tesouro, deixar as aposentadorias diretamente estatutárias, ou os benefícios diretamente estatutários, só para os ocupantes de cargo efetivo. Não me parece que isso significa um movimento recentralizador, no sentido de prestigiar a União e desprestigiar as pessoas jurídicas federadas periféricas.”

Essa grande diferenciação, que contrapõe trabalhadores da iniciativa privada e servidores do Estado, é decorrência da instituição do regime jurídico único para os servidores públicos pelo artigo 39, *caput*, da Constituição da República. Isso porque os regimes próprios de Previdência Social são, na verdade, os regimes destinados a custear as aposentadorias dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, conforme redação do *caput* do artigo 40. E, se são servidores ocupantes de cargos efetivos, são trabalhadores que não se sujeitam às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho ou qualquer outro regime contratual de labor, mas, sim, trabalhadores que se vinculam à Administração por um estatuto, no qual estão inseridas todas as regras que irão reger a relação jurídica funcional desse servidor com o Estado.²⁸

Apesar dessa distinção, é de se destacar que ambos os regimes de previdência são administrados pelo Estado, possuem filiação obrigatória, são de caráter contributivo e se caracterizam pela natureza institucional do vínculo mantido com os respectivos segurados.²⁹

Anteriormente à Constituição de 1988, em que não havia a exigência constitucional do regime jurídico único, conforme se verá, os servidores públicos se vinculavam ao regime de Previdência Social adequado ao seu vínculo laboral – se celetistas, se aposentavam pelo regime geral, se estatutários, o benefício de aposentadoria era custeado pelo próprio Ente a que pertencia o cargo público.

Na configuração originária da atual constituição, o sistema próprio dos servidores era pautado nos princípios da integralidade e da paridade, que consistiam, respectivamente, na percepção, para fins de aposentadoria, de proventos correspondentes à integralidade da última remuneração percebida em atividade e no reajuste proporcional desses proventos de inatividade na mesma data em que se modificasse a remuneração dos servidores ativos.

Após as reformas promovidas pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003 e pela Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005, que consubstanciaram a intitulada Reforma da Previdência Social, foram suprimidos os princípios da paridade e da integralidade e adotados os princípios da universalidade e da uniformidade, o primeiro com “o escopo de abarcar o maior número possível de brasileiros na seara da previdência social e o segundo de

²⁸ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. 6. ed. Rio de Janeiro, 2007, p. 19.

²⁹ Idem, p. 439.

unificar, no que for possível, um sistema básico de seguro social a todos, indistintamente”.³⁰

3. A aposentadoria especial: conceito e considerações evolucionais

É preciso abordar a definição do que é a aposentadoria especial e a partir de que momento esse instituto passou a existir no direito previdenciário brasileiro. Debater o conceito e situá-lo historicamente é importante para melhor compreensão do debate.

Em primeiro lugar, é importante destacar que a aposentadoria é a prestação por excelência da Previdência Social, substituindo em caráter permanente os rendimentos do segurado de modo a garantir a sua subsistência e a de seus dependentes³¹. Em uma definição específica para o instituto no serviço público, DI PIETRO expõe que a “aposentadoria é o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição”.³²

No âmbito do regime geral de previdência, a atual legislação prevê quatro espécies de aposentadoria, que são a aposentadoria por invalidez, por idade, por tempo de serviço (atualmente aposentadoria por tempo de contribuição) e a aposentadoria especial, cada uma definida por requisitos próprios e por pressupostos relacionados aos princípios da seguridade social, direcionados à proteção dos trabalhadores cuja capacidade laboral tenha sido atingida por doença, idade ou incapacidade.

No caso da aposentadoria especial, a atual redação do 57 da Lei nº 8.213/91 determina que esse benefício será concedido “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”, sendo considerada pela doutrina como um dos mais complexos benefícios previdenciários,³³ por produzir grande dificuldade de compreensão e aplicação dos seus caracteres.

³⁰ Idem, p. 440.

³¹ CASTRO, op. cit., p. 533.

³² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 465.

³³ IBRAHIM, op. cit., p. 609.

Essa dificuldade se inicia ainda na própria definição da natureza jurídica do benefício. Expõe IBRAHIM que

Para alguns, este benefício seria uma espécie de aposentadoria por invalidez antecipada, na medida em que proporciona a aposentação antes do segurado ser efetivamente incapacitado pelos agentes nocivos a que está exposto. Outros, a definem [a aposentadoria especial] como espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, qualificada em razão da nocividade da atividade desenvolvida.³⁴

Exemplo de doutrina que se filia a esse último entendimento, CASTRO e LAZZARI afirmam que

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.³⁵

Por fim, IBRAHIM destaca que há quem compreenda a aposentadoria especial como uma nova espécie de aposentadoria.³⁶ Esse entendimento é pautado pelas peculiaridades do benefício, que tem por objetivo assistir os segurados que exercem suas atividades expostos a agentes químicos, físicos e biológicos acima dos limites de tolerância permitidos, tutelando o risco e não o sinistro, fazendo presumir a perda da integridade física e mental em ritmo mais veloz que o normal.³⁷

Apesar dos diversos entendimentos sobre o tema, a definição que parece ser a mais acertada é aquela que defende ser a aposentadoria especial uma modalidade de aposentadoria por tempo de serviço. Isso porque, como afirma LEITÃO, a natureza jurídica de um benefício é definida por seu fato gerador específico, descrito na hipótese de incidência – antecedente normativo: critério material.³⁸ No caso da aposentadoria especial, “o fato descrito na hipótese de incidência é, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.123/91, o exercício de atividade sujeita a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física”³⁹ durante um determinado lapso de tempo. Assim, não basta o simples exercício de uma atividade prejudicial à saúde ou à integridade física, assim como não é suficiente a mera prática de atividade nociva durante o lapso temporal fixado na lei. É preciso que esses dois fatores estejam conjugados, isto é, que se demonstre o exercício de atividade nociva que seja

³⁴ Idem, p. 610.

³⁵ CASTRO, op. cit., p. 564.

³⁶ IBRAHIM, op. cit., p. 610.

³⁷ Idem.

³⁸ LEITÃO, André Studart. **A aposentadoria Especial: Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 70.

³⁹ Idem, p. 70.

prejudicial à saúde e que essa exposição ocorra durante o lapso temporal definido.

A partir desse raciocínio, verifica-se que o direito ao benefício decorre, essencialmente, do exercício de atividades especiais durante um determinado período de tempo, com o necessário transcurso temporal que gerará a preocupação do sistema previdenciário com a saúde do trabalhador,⁴⁰ fazendo da aposentadoria especial uma modalidade de aposentadoria por tempo de serviço. Essa conclusão “tem reforço lógico na possibilidade de converter o tempo de serviço especial em comum, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição”,⁴¹ de forma que, se se tratassem de benefícios diversos, a utilização dessa técnica seria inadequada.

A aposentadoria especial, como modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida ao trabalhador que exerceu suas atividades exposto a agentes nocivos à sua saúde ou integridade física, durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, não exige para sua concessão a comprovação da incapacidade – pois, se exigisse, redundaria em um já existente benefício previdenciário apto a proteger os segurados atingidos pela incapacidade, que é a aposentadoria por invalidez.

Diferentemente da aposentadoria por invalidez, o benefício da aposentadoria especial tem por finalidade afastar precocemente o trabalhador do mercado de trabalho antes que a incapacidade o atinja, evidenciando com clareza que o seu escopo é proteger a saúde ou integridade física do trabalhador com base na mera exposição ao risco, independente da comprovação de que esse risco atingiu a saúde do indivíduo. Assim, “a contingência geradora do benefício de aposentadoria especial é o tempo de vinculação ao sistema, laborando em atividades, de modo habitual e permanente, tidas como nocivas à saúde humana”.⁴² Para LEIRIA

A finalidade do benefício de aposentadoria especial é de amparar o trabalhador que laborou em condições nocivas e perigosas à sua saúde, reduzindo o tempo de serviço/contribuição para fins de aposentadoria. Tem, pois, como fundamento o trabalho desenvolvido em atividades ditas insalubres. Pela legislação de regência, a condição, o pressuposto determinante do benefício está ligado à presença de agentes perigosos ou nocivos (químicos, físicos ou biológicos) à saúde ou à integridade física do trabalhador, e não apenas àquelas atividades ou funções catalogadas em regulamento.⁴³

⁴⁰ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 200.

⁴¹ LEITÃO, op. cit., p. 71.

⁴² WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Manual de aposentadoria especial**. São paulo: Quartier Latin, 2005, p.36.

⁴³ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito previdenciário e estado democrático de direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.164.

A aposentadoria especial foi instituída pelo artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, a Lei Orgânica da Previdência Social. No seu surgimento, exigia a idade mínima de cinquenta anos do segurado e ao menos quinze anos de contribuições ao regime.⁴⁴ A regulamentação do benefício ocorreu com o Decreto nº 48.959-A, de 19 de setembro de 1960, que considerava como insalubres, penosos e perigosos os serviços constantes do quadro a ele anexo. A leitura desse quadro evidencia que a primeira especificação de insalubridade, periculosidade e penosidade não dependeu da atividade profissional em si, mas estritamente da natureza do serviço.⁴⁵

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, que, ao criar um quadro anexo, estabeleceu a relação dos agentes químicos, físicos e biológicos e as atividades profissionais que são consideradas para efeito de enquadramento como tempo especial.

A mudança legislativa mais relevante após a edição do Decreto nº 53.831/64 foi a supressão do requisito de idade mínima para a concessão do benefício, efetuada pela Lei nº 5.440-A,⁴⁶ de 23 de maio de 1968, que manteve os demais caracteres do instituto. De fato, a exigência de limite de idade para a concessão da aposentadoria especial é incompatível com o benefício, especialmente diante das hipóteses em que o trabalhador inicia a atividade nociva à saúde ou à integridade ainda no início da idade adulta, de modo a eventualmente completar o tempo de exposição previsto na legislação, mas não fazer jus ao benefício, por não ter atingido o limite etário.⁴⁷

Em 24 de janeiro de 1979, teve vigência o Decreto nº 83.080, que trouxe os Anexos I e II, na qual foi estabelecida nova relação dos agentes nocivos e das

⁴⁴ É a redação desse artigo: “Art. 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. § 1º A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal calculada na forma do § 4º do art. 27, aplicando-se-lhe, outrossim o disposto no § 1º do art. 20

§ 2º Rege-se-á pela respectiva legislação especial a aposentadoria dos aeronautas e a dos jornalistas profissionais.”

⁴⁵ LEITÃO, op. cit., p. 72.

⁴⁶ O texto do artigo 1º dessa Lei assim determinava: “No artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência social) suprima-se a expressão “50 (cinquenta) anos de idade e”.

⁴⁷ Basta imaginar um trabalhador que ingressou no mercado de trabalho aos vinte anos de idade, exercendo atividades permanentes no subsolo de minerações subterrâneas em frente de produção, cuja aposentadoria especial é concedida após quinze anos de atividades. Nesse caso, ao completar os quinze anos necessários à obtenção do direito à aposentadoria especial, esse trabalhador teria apenas trinta e cinco anos de idade e seria obrigado a permanecer no mercado de trabalho por, no mínimo, mais quinze anos. Na hipótese, um dano que se queria evitar com a jubilação precoce – a invalidez – deixa de ser mera possibilidade, transformando-se na contingência mais provável de atingir o trabalhador.

atividades caracterizadoras das condições especiais. No ano seguinte, em 10 de dezembro de 1980, foi editada a Lei nº 6.887 que introduziu grandes mudanças no benefício. Essa lei

[constituiu] um marco deveras importante no processo de reforma do benefício, haja vista a inovação relativa à possibilidade de que o tempo de serviço exercido alternadamente em atividades comuns e em atividades especiais pudesse ser convertida, segundo critérios de equivalência fixados pelo Ministério da Previdência Social, e adicionado, não apenas para o deferimento de aposentadoria especial, mas também para a obtenção de aposentadoria comum.

De fato, antes da citada espécie normativa, somente se admitia a conversão de períodos exercidos em atividades especiais, conforme disposto no Decreto nº 63.230/68. Com a Lei nº 6.887/80, surgiu o permissivo legal de conversão de tempo de serviço especial em comum, e vice-versa.⁴⁸

As sucessivas legislações e regulamentações – as mais relevantes para o presente trabalho foram citadas anteriormente – mesmo ao longo de diversos textos constitucionais, não alteraram as características originais da aposentadoria especial – à exceção do requisito de idade. Somente com o advento da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, a aposentadoria especial voltou a receber alterações profundas, muito mais voltadas à verificação da efetiva exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física pelo trabalhador do que propriamente à alteração da natureza do instituto. Atualmente, esse benefício está definido no artigo 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social.

Essa é, portanto, a forma definida pela doutrina e pelo direito previdenciário brasileiro para o instituto da aposentadoria especial. Para além do debate sobre ser esse benefício uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição ou ser uma nova espécie de aposentadoria, não há divergências na doutrina acerca da compreensão de a aposentadoria especial ser um benefício concedido aos trabalhadores expostos de forma permanente a agentes físicos, químicos ou biológicos capazes de prejudicar a saúde ou a integridade física, nos termos do artigo 57 da Lei nº 8.213.⁴⁹ Aqui, vale destacar a observação feita por IBRAHIM de que a “referência a benefícios em condições especiais, no direito previdenciário, é equívoca”.⁵⁰ Para esse Autor,

Na acepção estrita (e mais correta), significa o benefício conhecido como aposentadoria especial, previsto no art. 57 da Lei nº 8.213/91, [aquele] concedido a segurados expostos permanentemente a agentes nocivos, de ordem física, química ou biológica, em ambiente insalubre. É benefício concedido em razão das condições particulares em que é executado. Em acepção mais ampla, a menção a benefícios especiais traduz as prestações, especialmente aposentadorias,

⁴⁸ LEITÃO, op. cit., p. 79.

⁴⁹ É o que afirmam IBRAHIM, op. cit., CASTRO, op. cit., e RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial: regime geral da previdência social.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

⁵⁰ IBRAHIM, op. cit., p. 608.

concedidas a pessoas ou categorias próprias, o que incluiria, atualmente, a jubilação antecipada de professores de ensino fundamental e médio, trabalhadores rurais, mulheres e deficientes físicos, todos previstos no art. 201 da Constituição⁵¹.

Assim, conforme o entendimento esposado, os benefícios especiais previstos na legislação previdenciária, no seu sentido amplo, refletiriam compensações legais aos trabalhadores submetidos a ambientes insalubres de trabalho⁵² e às categorias profissionais cujas atividades foram erigidas pela lei como especiais.

No regime geral de previdência, a aposentadoria especial, em sentido amplo, abrange, como já destacado, os trabalhadores rurais, as mulheres, os deficientes físicos e os professores de ensino fundamental e médio, além, evidentemente, dos trabalhadores expostos a agentes insalubres.

Na previdência do servidor público, a compreensão do instituto da aposentadoria especial abrange não só o benefício concedido àqueles que exercem suas atividades submetidos a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, mas abrange também a jubilação antecipada dos deficientes físicos, dos professores, das mulheres e dos agentes públicos que exercem atividades de risco – como os policiais.

Tanto a aposentadoria especial dos professores quanto a das mulheres estão inteiramente reguladas pelo texto constitucional, razão pela qual esses benefícios nunca careceram de regulamentação. Diferentemente ocorre com a aposentadoria especial do deficiente físico, dos servidores expostos a agentes nocivos à saúde ou à integridade física e dos servidores que exercem atividades de risco, que exigem a edição de lei complementar para o estabelecimento dos critérios e requisitos necessários para o gozo desse benefício.

Desse rol de benefícios que carecem de regulamentação, apenas a aposentadoria especial do funcionário policial foi efetivamente editada, por meio da Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985.

Essa lei complementar, cuja recepção pela Constituição de 1988 já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal,⁵³ foi editada com fundamento no artigo 103 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, dispositivo semelhante ao atual artigo 40, parágrafo 4º, do texto constitucional, que previa a possibilidade de que lei complementar instituísse requisitos e critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria que fugissem à regra geral.

⁵¹ IBRAHIM, op. cit., pp. 608-609.

⁵² IBRAHIM, op. cit., p. 609.

⁵³ Sobre o tema, ver o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3817.

Essa permissão existiu em todas as constituições anteriores a de 1988 – com exceção da Constituição Imperial de 1824 e da primeira Constituição Republicana, de 1891.

Antes de estudar a aposentadoria especial na conformação que lhe foi dada pela Constituição da República de 1988 para, assim, analisar a nova realidade previdenciária do servidor público a partir das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em mandados de injunção, é importante verificar o tratamento dado à aposentadoria especial do servidor público em sentido amplo pelos textos constitucionais anteriores. Essa análise tem a finalidade de expor, em uma perspectiva maior, a compreensão atual que se tem sobre a aposentadoria especial no serviço público.

4. A autorização para a instituição da aposentadoria especial aos servidores públicos no texto constitucional: perspectiva histórica

Foi a Constituição da República de 1988 que, pela primeira vez, previu expressamente a possibilidade de existência de um benefício diferenciado de aposentadoria aos servidores públicos que exercessem suas atividades sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física.

Contudo, as constituições anteriores já possuíam a permissão de que pudessem ser estabelecidos requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria que fugissem às regras gerais, face à natureza das atividades exercidas pelo servidor, o que, como exposto no tópico anterior, pode ser entendido como aposentadoria especial em sentido amplo. Assim, mesmo antes da própria instituição da aposentadoria especial em sentido estrito para os trabalhadores expostos a agentes insalubres pelo artigo 31 da Lei nº 3.807/60, a Constituição de 1937 já previa o seguinte:

Art. 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

- a) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos criados em lei, seja qual for a forma de pagamento;
- b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;

c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se;

d) serão aposentados compulsoriamente com a idade de sessenta e oito anos; a lei poderá reduzir o limite de idade para categorias especiais de funcionários, de acordo com a natureza do serviço;

e) a invalidez para o exercício do cargo ou posto determinará aposentadoria ou reforma, que será concedida com vencimentos integrais, se contar o funcionário mais de trinta anos de serviço efetivo; o prazo para a concessão da aposentadoria ou reforma com vencimentos integrais, por invalidez, poderá ser excepcionalmente reduzido nos casos que a lei determinar;

f) o funcionário invalidado em consequência de acidente ocorrido no serviço será aposentado com vencimentos integrais, seja qual for o seu tempo de exercício;

g) as vantagens da inatividade não poderão, em caso algum, exceder às da atividade;

h) os funcionários terão direito a férias anuais, sem descontos, e a gestante a três meses de licença com vencimentos integrais.

Essa constituição foi promulgada durante o primeiro governo de Getúlio Vargas, um ano após a elaboração e implementação de uma reforma administrativa que se iniciou em 1936, com a criação do Conselho Federal do Serviço Público Civil, e que consolidou-se com a transformação desse conselho no DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público.⁵⁴ Ainda em 1936, foi editada a Lei nº 284 e, em 28 de outubro de 1939, o Decreto-Lei nº 1.713, o qual instituiu o primeiro plano geral de classificação de cargos no serviço público federal.⁵⁵

Ao se comparar o texto da constituição anterior, promulgada em 1934, com o texto da Constituição de 1937, observa-se ligeira evolução nos direitos outorgados aos servidores públicos, entre os quais se destacam a possibilidade de instituição de critérios diferenciados de aposentadoria face à natureza do serviço e a estabilidade após dois anos de efetivo exercício, em caso de servidores recém-nomeados, ou após dez anos, nos demais casos. Em matéria previdenciária, no entanto, essa constituição foi muito sintética, disciplinando a previdência social em apenas duas alíneas do seu artigo 137.⁵⁶

Ao se observar o texto do artigo 156 da Constituição de 1937, é possível afirmar que, pela primeira vez, poderia ser instituída uma aposentadoria especial aos servidores públicos, caracterizada por critérios e requisitos diferenciados, dissonantes da regra

⁵⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 164.

⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Regime Jurídico Único dos servidores públicos na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990, p. 14.

⁵⁶ MARTINS, op. cit., p. 10.

geral. Embora assim se conclua, não é possível afirmar que esse dispositivo tinha por escopo permitir que o estatuto jurídico dos servidores públicos instituisse a aposentadoria especial nos casos de insalubridade, penosidade e periculosidade, uma vez que esse instituto só viria a surgir anos após, com a edição da Lei nº 3.807/60.

Posteriormente, a Constituição de 1946 manteve o instituto no seu artigo 191, §4º, realçando que a redução dos limites de idade e de tempo de serviço deveriam atender à natureza especial do serviço.⁵⁷ A Constituição seguinte, a de 1967, impôs condições que restringiriam a atuação do Poder Legislativo, ao estabelecer que, atendendo à natureza especial da atividade, a lei federal poderia reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, desde que não os estabelecessem em patamares inferiores a sessenta e cinco anos de idade e a vinte e cinco anos de serviço.⁵⁸ Essas restrições não permaneceram no texto da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que, ao afastá-las, inovou ao estabelecer a necessidade de edição de lei complementar, impossibilitando a edição de simples lei ordinária para disciplinar o tema.⁵⁹

Foi com base no artigo 103 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 que foi editada a Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985. Essa lei instituiu a aposentadoria especial do funcionário policial, estabelecendo que os servidores dessa categoria poderiam se aposentar voluntariamente, com proventos integrais, aos trinta anos de serviço, desde que contassem com pelo menos vinte anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, ou compulsoriamente aos sessenta e cinco anos.

Os textos constitucionais anteriores ao atual, no que tange aos requisitos e critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria, foram progressivamente assimilando características que influenciaram a conformação do instituto da aposentadoria especial no serviço público no texto da Constituição da República de 1988, que, em sua

⁵⁷ Essa é a redação do artigo 191, §4º: “Atendendo à natureza especial do serviço, poderá a lei reduzir os limites referidos em o nº II e no § 2º deste artigo.”

⁵⁸ É o que estabelece o artigo 100 dessa carta constitucional, que assim dispõe no seu parágrafo segundo: “Atendendo à natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I do art. 101.” É interessante notar que esse limite de sessenta e cinco anos para a aposentadoria compulsória, mesmo não havendo essa restrição no texto da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, foi adotado pela Lei Complementar nº 51, que instituiu a aposentadoria especial dos funcionários policiais. Já o piso de 25 anos para o tempo de contribuição seria o utilizado, posteriormente, para aposentadoria especial dos servidores expostos a agentes insalubres, em decorrência das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁹ São os seguintes termos: “Art. 103. Lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade.”

primeira redação, estatua que lei complementar poderia estabelecer exceções às regras gerais de aposentadoria, nos casos em que o servidor exercesse atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas,⁶⁰ utilizando exatamente essas expressões.

Essa redação originária do texto constitucional aplicável aos servidores públicos era diferente daquela que autorizava a aposentadoria especial no âmbito do Regime Geral de Previdência. O artigo 202, inciso II, do texto original da Constituição de 1988 previa a aposentadoria no Regime Geral “após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei”. Sobre a redação do artigo 202, destaca LEITÃO:

Percebe-se, então, a modificação redacional. Não se previu a aposentadoria diferenciada em razão de atividades insalubres, perigosas ou penosas. A redação do constituinte teve como parâmetro a natureza do trabalho, que deveria efetivamente prejudicar a saúde ou a integridade física, nos termos da lei, e não mais do regulamento.

Portanto, duas diferenças foram previstas: a) a caracterização do trabalho especial passou a ter como critério não mais o caráter insalubre, perigoso ou penoso da atividade, mas a ocorrência de prejuízos à saúde ou à integridade física; e, b) as condições especiais passaram a ser definidas em lei, e não mais em Regulamento.⁶¹

⁶⁰ Assim estava redigido o artigo 40 da Constituição de 1988 na sua redação original: “Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

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

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

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

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, 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.

§ 2º - A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.”

⁶¹ LEITÃO, op. cit., pp 79-80.

Essa diferenciação não é fruto de uma atecnia. O constituinte claramente privilegiou o Regime Próprio de Previdência em detrimento do Regime Geral, uma vez que, ao regime dos trabalhadores privados, condicionou a concessão do benefício às hipóteses em que efetivamente há a exposição a agentes que prejudiquem a saúde ou a integridade física – agentes insalubres – afastando a concessão da aposentadoria especial nos casos de periculosidade e penosidade.

Isso porque, como afirma ANDRÉ STUDART LEITÃO, “o trabalho perigoso, sem dúvida, gera riscos, porém não tem o condão de provocar danos à saúde do obreiro, motivo por que não se insere no conceito de atividade especial”.⁶² O mesmo ocorre com o exercício da atividade penosa que, apesar do desgaste excessivo, não submete o trabalhador ao exercício de atividades prejudiciais à saúde.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998, passou para o parágrafo quarto do mesmo artigo 40 o instituto da aposentadoria especial, e, substituindo a expressão “atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas” por “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar”,⁶³ aproximou a redação desse artigo com a do artigo 201, §1º, da Constituição da República, que trata da instituição da aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social.

Assim, a expressa remissão ao exercício de atividades penosas, insalubres ou perigosas, existente no texto original da Constituição de 1988, foi suprimida pela EC nº 20, que imprimiu uma redação ao artigo 40, §4º, bem similar à das constituições anteriores.

Foi a Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005, que deu a redação atual ao artigo 40, §4º, nos termos seguintes:

§ 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.

⁶² LEITÃO, op. cit., pp 116-117

⁶³ É o texto do artigo 40, §4º, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 20/98: “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.”

Como se observa, a EC nº 47 manteve a alteração introduzida pela EC nº 20, mas excetuou expressamente a possibilidade de concessão de aposentadoria especial para servidores com deficiência física e para servidores que exerçam atividades de risco. A Emenda Constitucional nº 47 tornou o texto mais didático, além de elastecer os casos possíveis de aposentadoria especial. A partir das modificações impostas tanto pela EC nº 20 quanto pela EC nº 47, nota-se que a aposentadoria especial em sentido estrito deixou de ser uma simples faculdade, uma simples opção, como previa o texto originário, para se tornar um verdadeiro direito subjetivo constitucional.

Em uma perspectiva comparativa do artigo 40, §1º – originariamente – e atual §4º, com os textos constitucionais anteriores, é possível verificar que foi mantida a exigência de lei complementar, que surgiu pela primeira vez apenas com a EC nº 1/69. A maior inovação, porém, foi a expressa referência aos agentes insalubres, deixando clara a intenção do poder constituinte de ascender ao nível constitucional a proteção previdenciária aos trabalhadores e servidores expostos a agentes físicos, químicos e biológicos nocivos à saúde ou à integridade física.

MARTINEZ aponta que essa preocupação do legislador constituinte teve como objetivo solucionar os problemas relacionados à aplicação do instituto da aposentadoria especial e à segurança no trabalho:

Na ocasião de sua introdução, logo após os primeiros passos dados no sentido da industrialização do país, das prospecções da Petrobras (1952), do advento da indústria automobilística (1959) e a construção de novas siderúrgicas, etc, a ideia era jubilar precocemente o trabalhador submetido a um ambiente inseguro. Uma vez que, somente com a Lei nº 6.514/77, os efetivos mecanismos de proteção laboral foram implantados com a Portaria MTPS 3.214/78 (Normas Regulamentadoras do Trabalho), a previdência social indenizaria os agravos à saúde do trabalhador, permitindo-lhe aposentar-se mais cedo, de certa forma inculcando na mente dos empresários que o pagamento da contribuição acidentária os isentaria das responsabilidades civis e trabalhistas. Tais fatos preocuparam a Assembleia Nacional Constituinte reformadora de 1987/1988 e, a partir da EC 20/98, a idealização desse benefício específico ascendeu ao nível constitucional, não só no respeitante aos trabalhadores como no referente aos servidores.⁶⁴

Para o Autor, não havia motivos para a exigência de lei complementar na edição desse benefício, a qual “se deve a preocupação havida com a aposentadoria especial dos trabalhadores da iniciativa privada”.⁶⁵

A promulgação da Constituição da República de 1988 e as emendas que reformaram o seu texto evidenciam que, atualmente, a aposentadoria especial em sentido

⁶⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aspectos Técnicos e Jurídicos da Aposentadoria Especial do Servidor. In: **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. v. 1. Porto Alegre: Magister, 2004, pp. 112-118.

⁶⁵ Idem.

estrito está alçada à posição de um direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria nos casos dos servidores que exercem suas atividades submetidos a agentes insalubres nocivos à sua saúde e à sua integridade física. Diferentemente do que garantiam os textos constitucionais anteriores, que se referiam apenas à natureza especial do serviço como elemento autorizador do estabelecimento de critérios diferenciados, o texto constitucional atual expressamente ressaltou a proteção previdenciária aos servidores que exercem suas atividades expostos a ambientes insalubres de trabalho.

Realizada a investigação do tratamento do instituto em questão nos diversos textos constitucionais, é momento de discutir a aposentadoria especial sob a ótica da atual constituição, partindo do cenário da previdência do servidor público no momento da sua promulgação até alcançar o panorama existente com a atuação do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da efetividade do texto constitucional.

5. A Constituição da República de 1988: o ponto de inflexão na trajetória da aposentadoria especial

A promulgação da Carta Cidadã, em 5 de outubro de 1988, representou um importante marco para os servidores públicos que exerciam suas atividades expostos a agentes insalubres, penosos e perigosos, pois passou a prever expressamente a possibilidade de que fossem estabelecidos requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria quando o servidor trabalhasse sujeito a essas condições, diferentemente dos textos anteriores, que faziam genérica referência a “atividades especiais” ou à “natureza do serviço”.

A Constituição de 1988 representou um ponto de inflexão na trajetória da aposentadoria especial. Em primeiro lugar, porque inseriu em seu corpo a garantia da aposentadoria especial nas hipóteses de prejuízo à saúde ou à integridade física. Em segundo lugar, porque instituiu o regime jurídico único e, assim, impôs a todos os servidores públicos a subsunção ao Regime Próprio de Previdência Social. Por fim, porque o fenômeno da constitucionalização do direito advindo com a nova Constituição alterou profundamente o tratamento que o sistema daria às omissões inconstitucionais, garantindo a efetividade do direito subjetivo constitucional do servidor público a regras e requisitos diferenciados de

aposentadoria.

No capítulo anterior, breves considerações sobre a seguridade social foram feitas, destacando-se que a Constituição de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, “atuando simultaneamente nas áreas de saúde, assistência social e previdência social”.⁶⁶ É o que se denominou de institucionalização do Sistema de Seguridade Social no Brasil.⁶⁷ Como destacam CASTRO e LAZZARI

Neste ponto, é de se frisar que a Assembléia Nacional Constituinte, ao dispor sobre a matéria em 1988, assegurou direitos até então não previstos, como por exemplo, a equiparação dos Direitos Sociais dos trabalhadores rurais com os dos trabalhadores urbanos, nivelando-os pelos últimos; a ampliação do período de licença-maternidade para 120 dias, com conseqüente acréscimo de despesas no pagamento dos salários-maternidade, e a adoção do regime jurídico único para os servidores públicos da Administração Direta, autarquias e fundações públicas das esferas federal, estadual e municipal, unificando também, por conseguinte, todos os servidores em termos de direito à aposentadoria, com proventos integrais, diferenciada do restante dos trabalhadores (vinculados ao Regime Geral), que tinham sua aposentadoria calculada pela média dos últimos 36 meses de remuneração.

A menção, por esses Autores, da instituição do regime jurídico único e, por conseqüência, da uniformização do direito à aposentadoria entre todos os servidores, se deve à existência, no âmbito do serviço público pré-1988, tanto de funcionários do Estado submetidos às normas da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – quanto de funcionários estatutários, submetidos às regras contidas na Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952.

O quadro de pessoal da Administração Pública anteriormente à instituição do regime jurídico único era composto por funcionários estatutários e por funcionários celetistas. Os funcionários vinculados ao Estatuto dos Servidores Civis da União – Lei nº 1.711/52 – eram regidos por normas específicas de aposentadoria,⁶⁸ enquanto os funcionários vinculados à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – se submetiam às regras gerais da aposentadoria, direcionadas a todos os trabalhadores da iniciativa privada.

O estudo do cenário pré-1988 é importante para o presente trabalho, uma vez que é capaz de evidenciar que a instituição do regime jurídico único pela Carta Cidadã acentuou o gravame imposto aos servidores públicos pela impossibilidade de gozo do benefício da aposentadoria especial.

⁶⁶ CASTRO, op. cit., p. 65.

⁶⁷ CUNHA, Lásaro Cândido da. **Reforma da previdência:** noções gerais do sistema previdenciário brasileiro e comentários às mais recentes alterações na legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 17.

⁶⁸ CASTRO, op. cit., p. 65.

5.1. O cenário do serviço público no período anterior a 1988

Até a instituição do regime jurídico único pela Constituição de 1988, havia dois regimes de contratação no serviço público: o regime estatutário, regido pela Lei nº 1.711/52, e o regime celetista, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Como destaca MOREIRA NETO

a história brasileira dos regimes jurídicos dos servidores públicos jamais foi modelar. Já em 1865 havia registro de servidores “acidentais” que, mais tarde, viriam a ser os “extranumerários”, terrível fruto do empreguismo, que ganhou focos de lamentável legalidade com a Lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, que os classificou em “mensalistas”, “diaristas” e “tarefeiros”. Com o primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, editado pelo Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, foi feito um esforço para imprimir uma disciplina coerente ao serviço público no País, em pouco tempo completamente prejudicado e desfigurado pelo uso, abuso e hiperabuso das contratações sob o regime trabalhista, criando uma multidão de “celetistas”.⁶⁹

O Decreto-Lei nº 1.713/39 foi substituído pela Lei nº 1.711/52 e estabelecia as regras que regiam o funcionário do Estado. Essa realidade, contudo, foi progressivamente alterada, principalmente a partir da década de 1960. Como destaca GUERZONI FILHO

A partir dos Governos Militares, surgidos como consequência do Movimento de 1964, iniciou-se uma tentativa de modernização da Administração Pública brasileira, que tinha como objetivo tornar a máquina administrativa mais ágil, mais próxima dos critérios existentes para a iniciativa privada, o que possibilitaria aumentar a sua eficiência e eficácia. Acreditava-se, na época, que um dos fatores que dificultavam o desempenho do serviço público prendia-se à pouca flexibilidade permitida pelo então vigente Estatuto dos Funcionários Públicos da União, aprovado pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952.⁷⁰

Foi a Constituição de 1967 que, no seu artigo 104, deu início à dupla possibilidade de regime de contratação de servidores públicos, reconhecendo a aplicação da legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada. Antecipando o que estabeleceria a Constituição de 1967, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que ainda hoje dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal, já possuía previsão de contratação nos termos da legislação trabalhista para atender às exigências de trabalho técnico em entidades

⁶⁹ MOREIRA NETO, op. cit., pp. 13-14.

⁷⁰ GUERZONI FILHO, Gilberto. Análise da Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. A Contratação de Servidores pela CLT. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 de julho de 2011. p.

da Administração Direta ou autárquica.⁷¹

Subvertendo a lógica anterior de contratação no serviço público, pautada por servidores regidos pela Lei nº 1.711/52, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, no seu artigo 106, dispôs que o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada seria estabelecido em lei especial.

Com base nesse dispositivo, foi editada a Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, que regulamentou o artigo 106 da EC nº 1 e elasteceu seu conteúdo.⁷² Essa lei estabelecia, em seu artigo 1º, que os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica seriam regidos por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista em vigor.⁷³

A Lei nº 6.185/74 foi bastante didática ao definir os regimes que iriam reger os servidores públicos civis da União, inclusive ao definir quais atividades deveriam ser regidas pela CLT e quais deveriam ser regidas pela Lei nº 1.711/52. No que diz respeito ao regime previdenciário, a lei também foi clara ao estabelecer que os servidores contratados sob o regime celetista estariam vinculados ao Instituto Nacional de Previdência Social,⁷⁴ enquanto os funcionários públicos civis que não optassem pelo regime celetista⁷⁵ seriam mantidos no regime estatutário e, por consequência, sob as regras de aposentadoria definidas em lei própria.

⁷¹ Os artigos 96 e 97 do Decreto-Lei nº 200 têm a redação seguinte: “Art . 96. Nos termos da legislação trabalhista, poderão ser contratados especialistas para atender às exigências de trabalho técnico em institutos, órgãos de pesquisa e outras entidades especializadas da Administração Direta ou autarquia, segundo critérios que, para êsse fim, serão estabelecidos em regulamento.

Art . 97. Os Ministros de Estado, mediante prévia e específica autorização do Presidente da República, poderão contratar os serviços de consultores técnicos e especialistas por determinado período, nos termos da legislação trabalhista.”

⁷² GUERZONI FILHO, op. cit., p. 4. Por oportuno, vale transcrever o teor do artigo 106 da EC nº 1/69: “ Art. 106. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

⁷³ Assim a redação do seu artigo 1º: “Os servidores públicos civis da Administração Federal direta e autárquica reger-se-ão por disposições estatutárias ou pela legislação trabalhista em vigor.”

⁷⁴ “Art 5º Os encargos sociais de natureza contributiva, da União e das respectivas autarquias, em relação ao pessoal regido pela legislação trabalhista, restringir-se-ão às contribuições para o Instituto Nacional de Previdência Social, inclusive as incidentes sobre o 13º (décimo-terceiro) salário, às cotas do salário-família e aos depósitos para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nos termos das respectivas legislações.”

⁷⁵ “Art 4º A juízo do Poder Executivo, nos casos e condições que especificar, inclusive quanto à fonte de custeio, os funcionários públicos estatutários poderão optar pelo regime do artigo 3º.

§ 1º Será computado, para o gozo dos direitos assegurados na legislação trabalhista e de previdência social, inclusive para efeito de carência, o tempo de serviço anteriormente prestado à Administração Pública pelo funcionário que fizer a opção referida neste artigo.

§ 2º A contagem do tempo de serviço de que trata o parágrafo anterior far-se-á segundo as normas pertinentes ao regime estatutário, computando-se em dobro, para fins de aposentadoria, os períodos de licença especial não gozada, cujo direito haja sido adquirido sob o mesmo regime.”

Destaca GUERZONI FILHO que o sucesso da aplicação do regime celetista foi tamanho que “no momento da aplicação do regime jurídico único pela Lei nº 8.112, de 1990, dos cerca de 700.000 servidores civis ativos da União, não mais de 150.000 ainda eram regidos pela Lei nº 1.711, de 1952”.⁷⁶

Esses dados, que refletem os efeitos das mudanças iniciadas na década de 1960, permitem a conclusão de que do universo total de servidores públicos civis ativos da União, apenas aproximadamente 21% (vinte e um por cento) dos servidores, por serem estatutários, não poderiam almejar a aposentadoria especial em sentido estrito por inexistência de lei regulamentadora.

Isso porque o restante dos servidores, todos vinculados ao regime celetista e, por consequência, ao Instituto Nacional do Seguro Social, se atingissem os requisitos necessários, poderiam optar pela aposentadoria especial, existente e disponível para esses segurados desde a edição da Lei Orgânica da Previdência Social, em 05 de setembro de 1960.

Há que se destacar, ainda, que do rol de servidores cuja contratação obrigatoriamente deveria se dar pelo regime estatutário, poucas categorias eventualmente poderiam fazer jus ao benefício da aposentadoria especial nos casos de insalubridade.⁷⁷ E, no caso dos funcionários policiais, expressamente ressalvados pelo artigo 2º da Lei nº 6.185/74 como de contratação obrigatória pelo regime estatutário, havia a Lei Complementar nº 51/85, que regulamentou o benefício da aposentadoria especial a essa categoria de servidores.

Do exposto, conclui-se que tanto a aposentadoria especial em sentido amplo – que compreende o benefício diferenciado concedido a categorias ou circunstâncias definidas como especiais – quanto a aposentadoria especial em sentido estrito – que compreende apenas o benefício concedido nos casos de insalubridade – não eram uma pauta urgente e relevante no cenário do serviço público no período pré-1988. Os servidores estatutários, impedidos de gozar do benefício da aposentadoria especial em sentido estrito por ausência de norma regulamentadora, representavam menos de um quarto do universo total de servidores civis ativos, enquanto que os demais servidores poderiam optar por esse benefício se a ele fizessem jus, uma vez que eram segurados do regime instituído pela Lei Orgânica da Previdência Social.

⁷⁶ GUERZONI FILHO, op. cit., p. 5.

⁷⁷ Essa conclusão se extrai da própria determinação legal, que ressaltou como necessariamente estatutárias as atividades de diplomacia, fiscalização de tributos e segurança pública, cujas atribuições não têm ligação direta com agentes físicos, químicos ou biológicos nocivos à saúde ou à integridade física.

Em outros termos, a aposentadoria especial não era uma demanda relevante porque coexistiam dois regimes de previdência aplicáveis aos servidores públicos do Estado: um regime exclusivo dos funcionários estatutários, cuja possibilidade de instituição de aposentadoria especial estava condicionada a edição de lei complementar, e outro regime aplicável aos funcionários públicos celetistas e aos trabalhadores da iniciativa privada em que a aposentadoria especial estava instituída desde 1960.

5.2. A instituição do regime jurídico único dos servidores públicos

Anteriormente à promulgação da Constituição da República de 1988, a União e os Estados contratavam seus servidores públicos sob dois regimes jurídicos diferentes. Isso porque não havia exigência constitucional de um regime jurídico único. Como demonstrado, a Emenda Constitucional nº 1/69 remetia a lei especial a definição do regime jurídico dos servidores públicos e essa lei, quando editada, estabeleceu como regra geral a contratação pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, excetuando desse regime aquelas atividades tipicamente estatais, que deveriam se submeter a um estatuto jurídico.

O advento da Constituição de 1988 importou significativa modificação nessa realidade. O *caput* do artigo 39, em consonância com a regra da autonomia política do artigo 18, outorgou não só a competência, mas também o dever de cada unidade da Federação instituir o seu respectivo regime jurídico único.⁷⁸

O objetivo desse dispositivo foi generalizar o regime estatutário para todos os servidores públicos da Administração direta, autárquica e de fundações públicas.⁷⁹ A compreensão de que o regime jurídico único de que trata o artigo 39 seria o estatutário, contudo, não é unânime na doutrina. Para muitos, a exigência contida no preceito constitucional seria apenas pela instituição de uma unicidade de regime, independentemente fosse ele contratual-trabalhista, ou estatutário.⁸⁰ Para outros, a análise sistemática dos

⁷⁸ “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 821.

⁸⁰ Defendem esse ponto de vista, entre outros, Ivan Barbosa Rigolin na obra **O Servidor Público na Constituição de 1988**, São Paulo, Editora Saraiva, e Toshio Mukai na obra **Administração Pública na Constituição de 1988**, São Paulo, Editora Saraiva.

preceitos constitucionais, bem como a própria relação institucional entre o servidor público e o Estado, deixaria clara a intenção do constituinte originário de que o regime jurídico único fosse o estatutário. É o que defende MOREIRA NETO, para quem o regime estatutário, “precisamente por ter sido desenvolvido pelo Direito Administrativo para disciplinar as relações especialíssimas entre os servidores e o Estado, é o único regime constitucional possível para os detentores de cargo público”.⁸¹

Em cumprimento ao artigo 39 da Constituição da República, foi promulgada a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que regulamentou o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Em seu artigo 243, essa lei determinou a submissão ao regime estatutário de todos os servidores públicos civis – tanto aqueles regidos pelo antigo estatuto consubstanciado pela Lei nº 1.711/52, quanto aqueles regidos pela CLT⁸² – o que gerou uma profunda alteração na previdência social dos servidores públicos.

A alteração mais relevante para o presente estudo foi a migração de todos os servidores públicos, independente do regime a que se submetiam, para a égide das regras estatutárias de aposentadoria definidas pela Lei nº 8.112/90, o que implicou na imediata exclusão da aposentadoria especial do rol de benefícios de aposentadoria que os servidores que já exerciam suas funções sob condições nocivas à saúde ou à integridade física poderiam optar.

Isso porque a forma de contratação no serviço público no período pré-1988 era predominantemente celetista. Os servidores públicos celetistas eram vinculados ao regime geral de Previdência Social administrado pelo INPS, enquanto o pequeno grupo dos servidores estatutários tinham suas aposentadorias e pensões garantidas e custeadas pelo Estado. Assim, até a instituição do regime jurídico único, os servidores celetistas integrantes de categorias profissionais cujas atividades impusessem a exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física poderiam, ao atingir o período determinado na lei, requerer o benefício da aposentadoria especial, previsto aos segurados da Previdência Social desde 1960.

⁸¹ MOREIRA NETO, op. cit., p. 52.

⁸² “Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.”

Com a instituição do regime jurídico único e a migração de todos os servidores públicos celetistas para o regime estatutário, da noite para o dia centenas de milhares de servidores públicos – agora estatutários – viram-se impossibilitados de gozarem de um benefício de aposentadoria adequado à proteção da saúde e da integridade física daqueles que laboram submetidos a agentes nocivos.

A partir desse momento, a aposentadoria especial em sentido amplo no serviço público, carente de regulamentação desde a Constituição de 1937, e, principalmente, a aposentadoria especial nos casos de atividades nocivas à saúde ou à integridade física, inserida no texto da Constituição de 1988, passaram a ser uma pauta imediata e relevante para os servidores públicos civis ativos.

Os servidores que haviam exercido suas atividades submetidos a agentes nocivos no regime contratual celetista e viram-se impedidos de gozarem a aposentadoria especial por estarem agora albergados pelas regras estatutárias, passaram a recorrer ao Judiciário para, ao menos, converterem esse tempo especial em tempo comum por meio do multiplicador 1,4 para homens e 1,2 para mulheres.⁸³

Apesar de terem recebido a tutela do judiciário, que reconheceu o direito ao cômputo desse tempo especial no período de vinculação ao Regime Geral de Previdência para a contagem do tempo de serviço no Regime Próprio, os servidores públicos passaram a vivenciar uma realidade em que, na hipótese de exercerem suas atividades expostos a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, não poderiam fazer jus a aposentadoria especial até que fosse editada lei complementar que a regulamentasse.

A instituição do regime jurídico único dos servidores públicos na Constituição de 1988, assim, alterou radicalmente a Previdência Social no serviço público em vários aspectos, entre os quais se destaca, para os fins do presente trabalho, a imediata

⁸³ Sobre o tema, essa é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:
DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ATIVIDADE INSALUBRE. REGIME CELETISTA. CONVERSÃO EM TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
1. O servidor público submetido ao Regime Jurídico da Lei 8.112/90, mas que no regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT prestou serviços em condições especiais, tem direito à contagem de tempo, com incidência do fator de conversão, conforme a legislação previdenciária à época em que exerceu referidas atividades.
Precedentes do STJ.
2. Nas dívidas de valor da Fazenda Pública, dotadas de caráter alimentar, a correção monetária incide desde o vencimento de cada parcela.
3. Recurso especial conhecido e improvido.
(REsp 1017227/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009)

impossibilidade de gozo da aposentadoria especial.

5.3. A ausência de lei regulamentadora do artigo 40, §4º, da Constituição

Em sua redação original, a previsão para o estabelecimento de requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria estava inserida no §1º do artigo 40 e utilizava o verbo “poder” para se referir às exceções às regras gerais, o que remetia à ideia de que instituição da aposentadoria especial seria uma opção do legislador infraconstitucional.

A Emenda Constitucional nº 20 e, posteriormente, a Emenda Constitucional nº 47, alteraram a redação desse artigo e suprimiram o verbo “poder”. Na nova redação, evidenciaram que, ao lado das regras gerais de aposentadoria, haveria regras diferenciadas para os casos expressamente previstos no texto constitucional, superando a noção de que a instituição da aposentadoria especial seria uma opção do legislador para assentar a compreensão de que existe um direito subjetivo constitucional do servidor público à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria.⁸⁴

Desde a edição da Lei nº 8.112/90, a Administração Pública passou a recusar a concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos sob o argumento de que não poderia fazê-lo até que lei complementar regulamentasse o benefício.⁸⁵ Somente o decorrer do tempo evidenciou o paradoxo resultante desse argumento. Isso porque, em um

⁸⁴ A expressão “direito subjetivo constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados” foi utilizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello, no julgamento do Mandado de Injunção nº 721, que será debatido adiante.

⁸⁵ Essa recusa da Administração Pública em conceder o benefício foi por diversas vezes combatida nos Tribunais ordinários, que sedimentaram a posição de que, enquanto ausente a norma regulamentadora, não haveria a possibilidade de concessão da aposentadoria especial aos servidores públicos. Veja-se, por oportuno, a seguinte ementa do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO EM CONDIÇÃO INSALUBRE. IMPOSSIBILIDADE. LEI COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA CAUTELA.

1. Servidor público estatutário não tem direito à regra de conversão do tempo de serviço prestado em atividade perigosa. A aposentadoria, que neste caso é específica, será definida por lei complementar ainda não editada.

2. É defeso ao Juiz, a título de analogia, conceder benefício previdenciário não previsto no Estatuto dos Servidores Públicos ou Lei do Regime Único.

3. Concessão de medida cautelar requer demonstração da plausibilidade do direito e do perigo de dano.

(AC 1997.01.00.013743-4/MG, Rel. Juiz Catão Alves, Rel.Acor. Juiz Aloisio Palmeira Lima, Primeira Turma,DJ p.54 de 11/06/2001)

comportamento manifestamente inconstitucional, o Poder Público que se diz impossibilitado de conceder o benefício por ausência de norma regulamentadora é o mesmo que possui a competência privativa para regulamentá-la.⁸⁶ Foram necessários dezessete anos desde a promulgação da Lei nº 8.112/90 até que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a inconstitucional omissão do Poder Público na regulamentação da aposentadoria especial, no julgamento do Mandado de Injunção nº 721/DF, em 30 de agosto de 2007, e determinasse a aplicação por analogia de legislação capaz de permitir o gozo da aposentadoria especial.

Sintomático dessa realidade de pouca efetividade do texto constitucional é o julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.074040-9/DF, em 02 de junho de 2004, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que se afirmou que a aposentadoria especial não seria amparável nem por mandado de segurança, nem por mandado de injunção, face ao caráter programático que o artigo 40, §1º, e atual parágrafo 4º, teria.⁸⁷

Sintomático, porque evidencia a tardia constitucionalização do direito no Brasil. Como afirma LUÍS ROBERTO BARROSO, a partir de 1988 e, principalmente, nos últimos cinco ou dez anos, a “Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”.⁸⁸

A Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar foram o marco histórico, no Brasil, do novo direito constitucional.⁸⁹ A atual Constituição teve o mérito de superar a crônica indiferença dos brasileiros, instalando

⁸⁶ É competência da União legislar sobre a seguridade social, conforme dispõe o artigo 22, inciso XXIII, da Constituição da República

⁸⁷ CONSTITUCIONAL - APOSENTADORIA ESPECIAL (ART. 40, §4º, DA CF/88) - SERVIÇO ESTATUTÁRIO PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES, PERIGOSAS OU PENOSAS SOB O REGIME ESTATUTÁRIO - RADIOLOGIA - LEI COMPLEMENTAR NÃO EDITADA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1 - A aposentadoria especial, por tempo de serviço estatutário prestado sob condições "penosas, insalubres ou perigosas" não consubstancia "direito líquido e certo" amparável por mandado de segurança nem "direito cujo exercício dependa de norma regulamentadora", sanável por mandado de injunção.

2 - Tratando-se de simples expectativa que decorre do caráter programático de certos pontos da Constituição Federal, não pode ser aplicada aos servidores públicos, uma vez que o art. 40, § 1º da Constituição Federal faculta ao Legislativo a edição de lei complementar que estabeleça exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", hipótese que ainda não aconteceu.

3 - Precedente do STF: MI nº 425-1/DF (DJ 11 NOV 94).

4 - Remessa oficial provida. Apelações prejudicadas.

(AMS 1999.01.00.074040-9/DF, Rel. Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (conv.), Segunda Turma Suplementar (inativa), DJ p.27 de 24/06/2004)

⁸⁸ BARROSO, op. cit., p. 362.

⁸⁹ Idem, p. 206.

um sentimento constitucional no País.⁹⁰ A histórica ausência de efetividade das normas constitucionais, sem aplicabilidade imediata e direta, da qual a aposentadoria especial é um exemplo, poderia se repetir na ordem inaugurada em 05 de outubro de 1988.

Poderia. Mas a nova ordem inaugurou um período de subversão do conhecimento convencional relativo à aplicação do direito constitucional, marcado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e pelo desenvolvimento de uma nova ordem dogmática da interpretação constitucional.⁹¹

É sob essa ótica que deve ser observada a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos diversos mandados de injunção que, por comando constitucional, lhe cabe julgar. A emergência de uma nova modalidade de aposentadoria para os servidores públicos, calcada na força normativa irradiada diretamente da Constituição, é uma tradução desse novo paradigma. O correto entendimento e aplicação da nova realidade da previdência no serviço público exige a adequada compreensão da supremacia formal e axiológica da Constituição e o atento exame da compatibilidade entre essa supremacia e a atuação da Corte constitucional nas decisões que reconheceram o direito dos servidores públicos à aposentadoria especial.

6. A constitucionalização do direito e o direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria especial

A constitucionalização do direito é caracterizada pela passagem da constituição para o centro do ordenamento jurídico, em um fenômeno em que o conteúdo material e axiológico das normas constitucionais se irradia, com força normativa, por todo o sistema.⁹²

Apesar de comportar múltiplos sentidos, a noção de constitucionalização do direito não está relacionada simplesmente à ideia de um ordenamento jurídico em que vigora uma Constituição escrita dotada de prevalência.⁹³ Nem, tampouco, está

⁹⁰ Idem, p. 207.

⁹¹ Idem, p. 209.

⁹² BARROSO, op. cit., p. 217.

⁹³ GUASTINI, Ricardo. A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SOUZA

resumida na incorporação pela Constituição formal de temas de direito infraconstitucional. Sob a ideia de constitucionalização do direito, os “valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”.⁹⁴ Como consequência, a Constituição passa a impor não apenas limitações ao legislador e ao administrador, mas, também, deveres positivos. Como afirma BARROSO

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.⁹⁵

O marco histórico do novo direito constitucional está na reconstitucionalização da Europa, após a 2ª Guerra Mundial, e ao longo da segunda metade do século XX. Nesse período, a maioria das novas constituições dos países europeus passa a incorporar mecanismos de jurisdição constitucional ou a fortalecer e ampliar os que já possuem,⁹⁶ redefinindo o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A doutrina identifica na Alemanha, a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, e da criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, a principal referência sobre o desenvolvimento do novo direito constitucional, sendo a segunda referência a promulgação da Constituição da Itália, de 1947, e a instalação da Corte Constitucional italiana, em 1956.⁹⁷

Sob a perspectiva filosófica, a constitucionalização do direito representou a superação do modelo do positivismo jurídico, que dominou o pensamento jus-político na primeira metade do século XX. O positivismo, marcado pela equiparação do direito à lei e pelo afastamento entre direito e moral, acentuava as premissas políticas da

NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 271.

⁹⁴ BARROSO, op. cit., pp 217-218.

⁹⁵ BARROSO, op. cit., p. 218.

⁹⁶ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 118.

⁹⁷ BARROSO, op. cit., p. 206.

crença na legitimidade da criação do direito pelos processo legislativo e na ilegitimidade dessa criação pelos juízes. Mesmo a mudança de paradigma foi insuficiente para evitar o descompasso do positivismo jurídico com a realidade vivenciada ao longo do século XX. Como destaca FISCHGOLD,

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, o incremento das atribuições a cargo do Estado gerou um aumento significativo da quantidade de normas jurídicas editadas, muitas delas sequer aprovadas pelo Poder Legislativo. Há, então, uma progressiva banalização da lei formal, cada vez menos associada à vontade geral do povo. Ademais, o aumento da complexidade das relações sociais expõe a fragilidade do sistema hierarquizado de regras em que o positivismo jurídico se sustentava. Normas que regulavam as suas próprias condições de aplicação a partir da estrutura “se é A, deve ser B” revelaram-se incapazes de lidar com relações sociais cada vez mais plurais e diferenciadas. Como consequência, há uma progressiva desvalorização da lei formal e os códigos vão perdendo a centralidade até então desfrutada nas ordens jurídicas. A ocorrência reiterada de situações e conflitos não previstos de antemão pelo legislador passa a reclamar o reconhecimento do caráter normativo, vinculante, dos abstratos princípios constitucionais, justamente para que essa abstração desse conta das mais diversas situações de aplicação.⁹⁸

Se o positivismo passou a ser incompatível com a nova ordem, tampouco a solução estaria no retorno ao jusnaturalismo, corrente superada historicamente, em que a utilização do Direito Natural – incorpóreo e com divergências insolúveis – como fundamento da ordem jurídica não ofereceria respostas satisfatórias em um mundo cada vez mais complexo e plural.⁹⁹

Aponta SARMENTO que a melhor alternativa a esse cenário foi o constitucionalismo, com a incorporação ao texto constitucional de direitos fundamentais, princípios de moralidade política e de mecanismos de jurisdição constitucional, e também com a expansão das atribuições da Constituição, que passou a tratar não só dos direitos individuais clássicos, mas também dos direitos sociais e econômico, carecedores da atuação positiva do Estado.¹⁰⁰

Assim, no plano teórico, três grandes transformações podem ser identificadas nesse fenômeno. A primeira, é o reconhecimento da força normativa da Constituição, seguida pela expansão da jurisdição constitucional e pelo desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹⁰¹

⁹⁸ FISCHGOLD, Bruno. **Direito Administrativo e Democracia:** A interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 71.

⁹⁹ SARMENTO, op. cit., p. 117.

¹⁰⁰ Idem, p. 119.

¹⁰¹ BARROSO, op. cit., p. 209.

À Constituição foi conferido o status de norma jurídica. O texto constitucional deixou de ser um simples programa, carente de concretização por parte do legislador e do administrador, para se impor como um texto dotado de imperatividade, cujas disposições possuem caráter obrigatório e vinculativo, aptos a ensejar a ativação de mecanismos próprios de coerção e coação em caso de inobservância de suas normas. Essa mudança afastou a prevalência do modelo de supremacia do Legislativo na maior parte da Europa, substituído pelo modelo da supremacia da Constituição. A partir desse novo modelo, a proteção dos direitos fundamentais, imunizados contra o processo político majoritário, passou a caber ao Poder Judiciário, vetor da expansão da jurisdição constitucional. O controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais, passou a ser adotado por diversos países, inclusive no Brasil, em que o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade em ações de competência originária, por via de recurso extraordinário e em processos objetivos em que se veiculam ações diretas.¹⁰²

Embora o fenômeno da constitucionalização do direito, como afirma BARROSO, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há natural espaço de superposição entre esses dois temas.¹⁰³ Isso porque a presença no texto constitucional de princípios e regras específicas de determinado ramo do direito muda a natureza da interação desses princípios e regras com as demais normas desse ramo, estabelecendo um caráter subordinante ao seu conteúdo e promovendo uma reinterpretção dos institutos de direito infraconstitucional sob uma ótica constitucional. Assim, qualquer operação de aplicação do direito passa a compreender, naturalmente, uma aplicação da Constituição, seja diretamente, fundada em uma norma do próprio texto constitucional, seja indiretamente, a partir da verificação da compatibilidade da norma infraconstitucional e a orientação do seu sentido e alcance à realização dos preceitos da Lei Maior.¹⁰⁴ Ainda que em intensidade variável, a constitucionalização do direito infraconstitucional atingiu os mais variados ramos, como o direito civil, o direito administrativo, o direito processual, o direito penal e o direito previdenciário.

Vale destacar, quanto à constitucionalização da matéria previdenciária, a observação de TAVARES de que o legislador constituinte originário exagerou na inserção de questões pontuais não merecedoras de destaque na Constituição de 1988 como normas de

¹⁰² BARROSO, op. cit., pp. 210-211.

¹⁰³ Idem, p. 226.

¹⁰⁴ Idem, p. 227-228.

supremacia superior, agravando cada vez mais a situação com a edição de emendas constitucionais que acentuam o tratamento de institutos sem relevo constitucional.¹⁰⁵ Sobre a força normativa da Constituição, e o trato, no texto constitucional, do direito previdenciário, o mesmo Autor destaca:

Sob este prisma, pode-se afirmar que a constitucionalização dos direitos revela a fundamentalidade dos mesmos e reafirma sua positividade no sentido de serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a ordem jurídica. Assim é que a positivação constitucional contribui para a efetividade dos valores morais, em especial para tornar efetiva a fruição dos direitos fundamentais e, no que nos interessa como objeto deste trabalho, dos direitos previdenciários como direitos sociais.¹⁰⁶

Ao promover a reinterpretação das normas infraconstitucionais sob a ótica da Constituição, a ponto de condicionar a validade dessas normas à sua compatibilidade com o texto constitucional e à orientação do seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais, a constitucionalização do direito passa a ser obra da jurisdição constitucional.

É pela via da jurisdição constitucional que resulta a aplicabilidade direta da Constituição “a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance”.¹⁰⁷ Essa atuação será exercida, no ordenamento brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal, concentradamente, e pelos juízes e tribunais, de forma difusa, através de diferentes técnicas, que envolvem a declaração de normas inconstitucionais – sejam anteriores ou posteriores à Constituição, a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade por omissão, inclusive com a possibilidade de preencher determinada lacuna com o estabelecimento de norma a ser aplicada no caso concreto. Um desses instrumentos é o mandado de injunção, que será debatido no tópico seguinte.

Esse crescente papel do Judiciário, ocasionado pelo deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos e normatividade por todo sistema, é consequência direta da constitucionalização do direito e do papel que a jurisdição constitucional desempenha na aplicação da Constituição. Para alguns analistas, o

¹⁰⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. A constitucionalização do direito previdenciário. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 944-945. O Autor destaca que essa fato ocorreu devido à desconfiança do legislador constituinte originário em relação ao respeito do jogo político, especialmente no tocante à utilização de argumentos econômicos para o não atendimento, por exemplo, de condições mínimas de manutenção das aposentadorias e pensões.

¹⁰⁶ TAVARES, op. cit., pp. 945-946.

¹⁰⁷ BARROSO, op. cit., p. 249.

demasiado crescimento do papel do Judiciário seria consequência da retração do sistema representativo, incapaz de dar cumprimento a valores como justiça e igualdade, que foram inseridos nas Constituições contemporâneas e oferecem ao cidadão a busca pela efetividade dessas promessas pela via jurisdicional. Para outros, esse fenômeno seria consequência da expansão do sistema de mercado, que visualizaria nos tribunais um lugar mais capaz de garantir a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade.¹⁰⁸ Ao observar essa expansão do papel do Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro, VIEIRA analisa que a

enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de nº 3/93, e nº 45/05, bem como pelas leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. Supremocracia tem aqui um duplo sentido.¹⁰⁹

O primeiro sentido que o Autor confere ao termo Supremocracia é o da autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação ao restante do Poder Judiciário, resultante da crescente autoridade do tribunal constitucional em impor a sua autoridade jurisdicional. No segundo sentido, o termo Supremocracia é utilizado como tradução da expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal em detrimento dos poderes Executivo e Legislativo.

A crítica que se faz, no tocante a esse segundo sentido do termo, é que a posição institucional hoje ocupada pelo STF tem sido progressivamente ocupada de forma substantiva, com a utilização dos amplos instrumentos existentes para a jurisdição constitucional, via pela qual a Suprema Corte tem não apenas exercido a sua função de proteção dos princípios fundamentais e direitos constitucionais, mas também vem exercendo uma função de criação de regras, acumulando o exercício de sua autoridade que lhe é inerente com o exercício de poder, reservado a órgãos representativos submetidos a controles de natureza democrática, como o voto.¹¹⁰

A razão para o fenômeno da supremocracia, aponta VIEIRA, está, inicialmente, na ambição da Constituição de 1988 que, excessivamente desconfiada do legislador, pormenorizou um amplo campo de relações econômicas, sociais e públicas,

¹⁰⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*. a. 3, n. 12, out./dez. 2008, p. 57.

¹⁰⁹ VIEIRA, op. cit., pp. 59-60.

¹¹⁰ Idem, pp. 60-61.

diminuindo o espaço de atuação do corpo político e fazendo com que a atuação do legislador e do administrador passasse a colidir, inúmeras vezes, com o texto constitucional, movimentando, conseqüentemente, a atuação do Supremo Tribunal Federal. Outro aspecto marcante desse fenômeno é a superlativização das competências do Supremo que, em outros países, chega a estar dividida em pelo menos três órgãos, a saber, tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de última instância. Essas funções, todas concentradas no Supremo pela configuração que lhe deu a Constituição de 1988, evidenciam o acúmulo de tarefas, que acentuam a utilização de expedientes como as decisões monocráticas – em contraposição à natureza colegiada do Tribunal – e afastam a Corte da sua função precípua de jurisdição constitucional.¹¹¹

Um exemplo que esse Autor utiliza para ilustrar as críticas à *supremocracia* é o do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. A ação, proposta pelo Procurador-Geral da República, questionou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, intitulada Lei de Biossegurança, e tinha como pano de fundo o debate sobre a proteção jurídico-constitucional das etapas de desenvolvimento da vida. Para VIEIRA, o “primeiro fato a ser destacado aqui se refere à naturalidade com que o Supremo se colocou para avaliar a escolha política substantiva, no caso, com ampla repercussão moral, previamente realizada pelo legislador ordinário”.¹¹² O jurista LUÍS ROBERTO BARROSO, advogado dos *amici curiae*, presente ao julgamento, suscitou essa questão, como destaca VIEIRA:

Para o ilustre professor o Tribunal deveria levar em consideração o fato de que a lei havia sido aprovada por uma esmagadora maioria do Congresso Nacional, após um amplo processo de consultas e debates, inclusive com a realização de audiências públicas, onde foram ouvidas as diversas posições da sociedade brasileira. Não havendo inconstitucionalidade flagrante, mas apenas ponderação legislativa legítima, o Tribunal deveria abster-se de substituir a decisão do legislador pela sua.

¹¹³

Os Ministros do STF rechaçaram veementemente esse argumento e não abriram espaço para ponderações acerca da possibilidade aviltada pelo jurista, evidenciando, na opinião desse Autor, que o Supremo Tribunal Federal se vê como uma instituição que não apenas pode vetar opções legislativas claramente inconstitucionais, mas que também pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte pode vislumbrar. Nesse julgamento, a expressiva quantidade de *amicus curiae*,

¹¹¹ VIEIRA, op. cit., p. 62.

¹¹² Idem, p. 68.

¹¹³ Idem, p. 68.

que através de sua atuação expuseram a pluralidade de visões sobre o tema, evidenciou, por outro lado, a criação de um novo espaço discursivo e de decisão político-jurídica, passando a funcionar como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria.¹¹⁴

Contribuíram também para a promoção de debates exteriores à argumentação jurídica, as audiências públicas realizadas pelo Ministro Relator do processo, fazendo com que, preocupados com as argumentações técnicas, os julgadores se afastassem do aprofundamento dos argumentos constitucionais. O problema, nesse caso, não seria ocasionado pela abertura à sociedade civil, desejável e necessária para a resolução de problemas importantes, mas sim pela ausência de mecanismos institucionais para o controle das cobranças decorrentes das consequências dos atos praticados pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, VIEIRA destaca a peculiaridade desse julgamento, ao mencionar a obstinada tentativa dos Ministros cujo posicionamento restou minoritário de incluir na sentença que seria proferida na ADIn medidas de caráter legislativo, tendentes a restringir a eficácia da legislação. Os Ministros MENEZES DIREITO e ANTÔNIO PELUSO sugeriram – amparados na argumentação de uma interpretação conforme a Constituição – a criação de mecanismos mais rigorosos de fiscalização das pesquisas com célula-tronco, evidenciando não só uma ambição legislativa por parte da minoria do STF, mas também uma exploração da audiência televisiva, haja vista a transmissão do julgamento na televisão, para realização de um discurso cuja consequência só poderia ser política, uma vez que não poderia alterar a sorte do julgamento.¹¹⁵

As críticas realizadas à excessiva concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal, concentração esta que é consequência de uma realidade em que todas as questões jurídicas, direta ou indiretamente, envolvem a Constituição, são bastante pertinentes pois, ao fundo, envolve o problema de se saber até que ponto a excessiva constitucionalização do direito não pode se traduzir em prejuízo ao princípio democrático, como evidenciam as críticas expostas anteriormente.¹¹⁶

É preciso ter em mente que o excesso de constitucionalização do direito é antidemocrático, na medida em que retira o poder de decidir dos cidadãos e limita a capacidade do poder emendador, razão pela qual deve-se evitar uma apologização do

¹¹⁴ Idem, p. 69.

¹¹⁵ VIEIRA, op. cit., pp. 69-70.

¹¹⁶ MOREIRA, Vital. Constituição e democracia. In: Antonio G. Moreira Maués (org). Constituição e democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 272.

fenômeno.¹¹⁷

Os argumentos levantados por aqueles que visualizam distorções que devem ser sanadas na atuação do Supremo Tribunal Federal face às diversas questões que lhe são trazidas são bastante pertinentes, e é preciso observar se, ao reconhecer o direito dos servidores públicos à aposentadoria especial, a Suprema Corte agiu em consonância com a sua função no sistema, ou se o julgamento dos diversos mandados de injunção que visavam ao preenchimento da lacuna do artigo 40, §4º, significou uma atuação anômala e exagerada. Para isso, é necessário tecer algumas considerações sobre o mandado de injunção, instrumento previsto na Constituição de 1988 com a função precípua de permitir, em hipóteses como a da aposentadoria especial, que o cidadão acione o Judiciário nos casos em que a ausência de atuação do Poder Público importar na impossibilidade do exercício de um direito ou liberdade constitucional.

6.1. O mandado de injunção

Foi grande a preocupação da Assembleia Nacional Constituinte com a concretização da Constituição. Era grande o temor de que o sistema de direitos contidos na nova Constituição, da mesma forma que nas anteriores, padecesse de efetividade. No passado, duas características acentuavam esse sentimento. A primeira, relacionada à contumaz omissão do Poder Público na realização dos preceitos constitucionais. A segunda, à ausência de instrumentos processuais que pudessem movimentar a atuação jurisdicional para a concretização desses preceitos.¹¹⁸

Para superar a trajetória indesejável, foram inseridos na Constituição de 1988 dois institutos destinados a combater as omissões inconstitucionais, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade. Ambos, destinados a garantir o cumprimento de preceitos constitucionais carentes de integração por norma regulamentadora dependente da atuação do Legislativo ou do Judiciário.

¹¹⁷ SARMENTO, op. cit., p. 115.

¹¹⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 50.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, §2º, da Constituição da República,¹¹⁹ é um mecanismo de fiscalização abstrata, cuja competência para julgamento é concentrada no Supremo Tribunal Federal. É um procedimento objetivo de guarda do ordenamento constitucional, quando afetado pela lacuna normativa ou pela existência de um ato normativo insatisfatório ou insuficiente.¹²⁰ Por essa razão, não tem como objetivo solucionar concretamente a controvérsia entre as partes em litígio, atuando tão somente no plano normativo.

Diferentemente ocorre com o mandado de injunção.¹²¹ Destinado à tutela de direitos subjetivos constitucionais obstaculizados pela inconstitucional omissão do Poder Público, através do controle incidental da omissão, o mandado de injunção é a via adequada ao pronto exercício de direitos e liberdades constitucionais diante da ausência de regulamentação. O possuidor de legitimidade ativa para a impetração dessa medida é todo cidadão cujo exercício do direito estiver obstado em decorrência da falta da norma regulamentadora. O mandado de injunção também poderá ser coletivo, hipótese na qual entidades associativas e sindicais poderão substituir seus filiados e, em se tratando de direitos coletivos ou difusos, também poderá ser impetrado pelo Ministério Público.¹²² No tocante à legitimação passiva para o mandado de injunção, não detalhada pelo texto Constitucional, em que pese as construções doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal assentou a sua jurisprudência na compreensão de que deve pertencer ao polo passivo a autoridade omissa na edição da norma regulamentadora, sem que haja a necessidade de litisconsórcio passivo com o órgão que suportará o ônus de uma decisão favorável ao impetrante da ação.¹²³

¹¹⁹ Art. 103. (...)

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 235.

¹²¹ Art. 5º (...)

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;

¹²² Art. 5º (...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

¹²³ Luís Roberto Barroso defende a posição de que é a parte pública ou privada devedora da obrigação prevista na norma constitucional que deverá figurar no polo passivo e, quanto a ela, não terá caráter mandamental. (BARROSO, op. cit., p. 127). O Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica do julgamento de recentes mandados de injunção, tem admitido no polo passivo a autoridade omissa. No caso da aposentadoria especial, é o Presidente da República o impetrado, uma vez que é a autoridade omissa na edição de lei

O objeto do mandado de injunção é o suprimento da norma faltante, seja de qual hierarquia for – lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas – desde que essa omissão seja um obstáculo para o exercício de um direito constitucional, fazendo com que o mandado de injunção seja a única ação constitucional “que autoriza o juiz a romper com a tradicional aplicação rígida da lei ao caso concreto para, de acordo com o pedido e o ordenamento jurídico, construir uma solução satisfatória, de modo a concretizar o Direito Constitucional do impetrante”.¹²⁴ Quanto ao procedimento, não existe regulamentação específica para o mandado de injunção, devendo-se aplicar o rito do mandado de segurança.¹²⁵

Nesse ponto, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela impossibilidade de concessão de medida liminar no procedimento do mandado de injunção, no julgamento do MI nº 520/SP. Contudo, à época desse julgamento, a compreensão do Tribunal partia do pressuposto de que a finalidade da injunção estaria resumida à mera declaração da mora legislativa. Ora, em se tratando de instrumento apto à tutela de direito subjetivo do cidadão obstaculizado por inconstitucional omissão, não há razão para que, nos mesmos moldes previstos na lei do mandado de segurança, não haja a concessão de liminar, configurados os seus pressupostos.

Nos últimos tempos houve na jurisprudência do Supremo Tribunal e na doutrina brasileira intensa discussão a respeito da decisão a ser proferida no mandado de injunção e seus efeitos. Isso porque não havia consenso a respeito da verdadeira finalidade desse instrumento.

Com o intuito de evidenciar com maior nitidez o significado da atuação do STF no reconhecimento do direito à aposentadoria especial aos servidores públicos, reflexo da intensificação do processo de constitucionalização do direito no Brasil nos últimos anos, cabe percorrer, sucintamente, a evolução jurisprudencial da Suprema Corte quanto à finalidade do mandado de injunção.

complementar para a regulamentação do benefício. Ver os seguintes julgamentos: MI 721, MI 323, MI 300, MI 1463.

¹²⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.32.

¹²⁵ É o que determina o parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 8.038/90: “Art. 24 - Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor.

Parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.”

6.2. A mudança da jurisprudência do STF nos julgamentos do mandado de injunção

Instrumento inédito na história constitucional brasileira, a utilização do mandado de injunção tem sido marcada pela existência de duas linhas antagônicas de entendimentos sobre a decisão a ser proferida nessa ação e os seus efeitos. De um lado, uma corrente que defende a natureza constitutiva do provimento jurisdicional, em que o juiz cria a norma a ser aplicada ao caso concreto com eficácia apenas entre as partes. Como destaca BARROSO

Esse caráter constitutivo, porém, só se verifica no plano da criação da normatividade ausente, pois o mandado de injunção tem nítido caráter instrumental. Uma vez suprida a ausência da norma, caberá ao órgão julgador fazê-la incidir, sem solução de continuidade, com vistas à resolução da situação concreta que lhe foi submetida. Aqui, então, poderá declarar nulo um ato, constituir uma nova relação jurídica, condenar a alguma prestação (v.g., pecuniária) ou mesmo emitir uma ordem, um mandamento para que se faça ou não alguma coisa.¹²⁶

O posicionamento antagônico a esse perfilha a compreensão de que a decisão proferida no mandado de injunção tem natureza mandamental, cabendo ao Poder Judiciário dar ciência ao órgão omissor da mora na regulamentação para a adoção das providências necessárias. Essa foi a compreensão inicialmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Na verdade, nessa fase de esvaziamento do conteúdo do mandado de injunção, a Suprema Corte ainda não visualizava a verdadeira natureza da ação e a sua relevantíssima função no sistema, rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava. Esse entendimento praticamente equiparava o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal começou a se desenhar no julgamento do MI nº 283-5/DF. Ao decidir sobre a reparação de natureza econômica aos cidadãos atingidos por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, prevista no artigo 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Suprema Corte fixou prazo para a purgação da mora legislativa, ao fim do qual, sem a devida atuação do legislador, caberia ao impetrante obter reparação por perdas e danos. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal avançou ainda mais no julgamento do MI nº 232-1/DF, em que se discutia o alcance do §7º do artigo 195 da Constituição de 1988, que estabelecia a isenção de

¹²⁶ BARROSO, op. cit., 2008, p. 135.

contribuição para a seguridade social para as entidades beneficentes de assistência social, observadas as exigências da lei. Passados mais de dois anos sob omissão legislativa, o STF fixou prazo para a adoção de providências legislativas, findo os quais o dispositivo se tornaria autoaplicável.¹²⁷ Embora, nesse caso, não tenha sido criada pelo STF uma norma específica para a hipótese concreta, o entendimento ali adotado evidenciou o avanço da posição da Suprema Corte na resolução das lacunas legislativas por omissão e o reconhecimento da efetividade – e da necessidade de concretude – das normas constitucionais.

Foi a partir do MI 712/PA, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará com o objetivo de dar efetividade à norma inscrita no artigo 37, inciso VII, da Constituição da República, que afirma que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica, e, principalmente, a partir do MI 721/DF, impetrado por uma servidora pública estadual com o objetivo de exercer o direito à aposentadoria especial, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ganhou a conformação atual – e mais consonante – com a finalidade do mandado de injunção.

Em ambos os julgamentos, o STF optou por viabilizar o exercício do direito constitucional reclamado, cujo exercício estava obstado por ausência de norma regulamentadora. Em inúmeras passagens, os integrantes da Corte afirmaram a vinculação institucional do Poder Legislativo à concretização da atividade governamental que lhe foi imposta pela Constituição, mesmo que o desempenho dessa incumbência constitucional não esteja sujeita a prazos previamente fixados. Inaugurou-se, assim, um novo patamar de atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos e liberdades constitucionais.

6.3. O reconhecimento da mora legislativa na regulamentação da aposentadoria especial: O Mandado de Injunção nº 721-7/DF

Uma servidora do Ministério da Saúde que, desde 1986, exercia suas funções exposta a agentes nocivos – contato com portadores de moléstias infecto-contagiosas humanas e materiais e objetos contaminados – impetrou mandado de injunção com o objetivo de suprir a lacuna legislativa referente à edição de lei complementar a que se refere o artigo 40, §4º, da Constituição. Para essa servidora, a ausência de norma regulamentadora para a

¹²⁷ Idem, p. 139.

concessão da aposentadoria especial obstará o exercício do seu direito à aposentadoria.

A regulamentação do artigo 40, §4º, da Constituição, que exige a edição de lei complementar para a instituição de requisitos e critérios diferenciados de aposentadoria nos casos de deficiência física, atividades de risco e atividades que sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, jamais foi editada desde o advento da nova ordem constitucional. Com fundamento nessa injustificável e inconstitucional inércia legislativa, que a impedia de exercer o seu direito à aposentadoria especial, a servidora pública levou ao Supremo Tribunal Federal mais uma situação em que a normatividade do texto constitucional era ignorada, fazendo com que o dispositivo instituidor da aposentadoria especial funcionasse muito mais como um programa do que como uma norma, como outrora os tribunais pátrios reconheciam.¹²⁸

No julgamento desse mandado de injunção, o Relator concluiu pela existência de um direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles servidores públicos que exerceram suas atividades submetidos a condições especiais. Reforçou a necessidade da atuação do Supremo Tribunal Federal o decurso de mais de 15 (quinze) anos sem a devida regulamentação legislativa. Em seu voto, o Ministro Relator MARCO AURÉLIO DE MELLO assim se posicionou:

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 de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à 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 consequências da inércia do legislador.

Verificado, então, o impedimento do exercício de um direito ou liberdade constitucional devido a uma inconstitucional omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão reconhecendo o direito da impetrante à aposentadoria especial, utilizando por analogia o regramento estabelecido para o Regime Geral de Previdência Social, contido no artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

Para se efetuar alguma conclusão a respeito da conformidade da atuação do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento da mora legislativa na regulamentação da aposentadoria especial, é necessário analisar os principais pontos que marcam o tema.

¹²⁸ Ver nota de rodapé nº 93.

Em primeiro lugar, observa-se que a instituição da aposentadoria especial não é uma faculdade do legislador. Conforme demonstrado, as alterações no texto constitucional afastaram a compreensão de que se trataria de mera liberalidade. Assim, se conclui que a existência de um direito a requisitos e critérios diferenciados emana do próprio texto constitucional e, portanto, de uma decisão política majoritária, afastando qualquer invasão do Supremo Tribunal Federal nessa seara.

Em seguida, questiona-se se o reconhecimento desse direito pela via injuncional não seria uma substituição da vontade do Poder Público, de forma que a demora na regulamentação estaria pautada em uma opção política relacionada a critérios econômicos e estratégicos, evitando o aumento de benefícios a uma categoria que já seria depositária de tantos privilégios. Nessa hipótese, também não se pode admitir uma atuação inadequada do Supremo Tribunal Federal. Os princípios relacionados à seguridade social que emanam do texto constitucional não podem ser tolhidos em face de haver ou não haver privilégios a determinado grupo de cidadãos. A natureza das atividades dos servidores públicos, no que tange à exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, em nada difere da natureza das atividades dos trabalhadores celetistas que se submetem aos mesmos agentes.

Por essa razão, reconhecer o direito à aposentadoria especial aos servidores públicos, além de ser um consectário da normatividade dos princípios relacionados à previdência social, como a proteção social, é, também, uma questão de atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Quanto a esse último princípio, é preciso destacar que os servidores, enquanto agentes públicos, têm suas atividades pautadas pelo interesse público. Dessa forma, não se pode admitir que determinados cidadãos, apenas em virtude da pessoa com quem possuem relação profissional, seja o Estado, seja um particular, tenham que aceitar encargos não impostos a outros cidadãos; no caso, serem tolhidos de um benefício específico de previdência cujo fato gerador é a exposição a determinados agentes nocivos durante um lapso de tempo e o intuito é proteger a saúde dos trabalhadores que exercerem suas atividades nessas condições.

Quanto à opção do Supremo Tribunal Federal de aplicar, por analogia, o artigo 57 da Lei nº 8.213/91, verifica-se que não houve lesão a nenhuma prerrogativa exclusiva do legislador ou do administrador. Observa-se, nessa opção, que não foi suprimida nenhuma opção política majoritária, porquanto a utilização dos dispositivos da Lei nº 8.213/91 se amolda com naturalidade aos servidores públicos no reconhecimento do tempo

especial e não infligem outros ônus ao Poder Público que não aqueles que serão obrigatoriamente suportados quando sobrevier a definitiva regulamentação.

O que se conclui é que, na presente hipótese, ocorreu uma genuína atuação da Suprema Corte sob a perspectiva da constitucionalização do direito e no exato papel que lhe foi outorgado pela Constituição de 1988.

Isso porque o reconhecimento da mora legislativa em regulamentar a aposentadoria especial no serviço público nada mais traduziu do que a cogência das normas constitucionais e o reconhecimento da lesão infligida aos servidores públicos, que se viam obstados de optarem por requisitos e critérios diferenciados de aposentadoria em caso de atividades nocivas à saúde ou à integridade física.

A jurisdição constitucional, acionada por um instrumento previsto na própria Constituição – o mandado de injunção – foi capaz de dar concretude a um direito constitucional cujo exercício esteve obstacularizado pela inconstitucional inércia do legislador, mediante a opção de preenchimento da lacuna por analogia, utilizando-se como referência uma legislação que se amolda com naturalidade à natureza estatutária das atividades dos servidores públicos.

Desde a edição da Lei nº 8.112, em 12 de dezembro de 1990, momento em que todos os servidores públicos da União passaram a ser estatutários, nenhum servidor exposto a agentes nocivos à saúde ou à integridade física tinha a possibilidade de contar de forma diferenciada esse tempo, mesmo que desempenhasse atividades idênticas às aquelas desempenhadas por um trabalhador da iniciativa privada que, no entanto, contaria de forma diferenciada esse tempo no regime geral.

A decisão do STF alterou o cenário da previdência no serviço público, uma vez que milhares de servidores exercem suas atividades submetidos a algum agente nocivo apto a ensejar a contagem especial do tempo de serviço. A partir da decisão proferida no MI nº 721-7/DF, diversos outros mandados de injunção foram impetrados, especialmente pelas entidades representativas, abrangendo quase a totalidade das carreiras no serviço público que poderiam se beneficiar do posicionamento do STF.

Desde então, uma situação de injusta desigualdade foi amenizada. Conforme debatido nos capítulos iniciais do presente estudo, a Previdência Social é um direito social fundamental, que integra um sistema de direitos constitucionais. Por essa razão, encerra um conjunto de prestações que possuem como objeto tanto uma atuação fática, quanto

uma ação normativa por parte do Estado.¹²⁹ Não se pode pretender que o legislador constituinte originário, ao incluir no texto constitucional o direito dos servidores públicos a um benefício de aposentadoria diferenciado, denominado aposentadoria especial, tinha por intenção apenas sugerir, apenas estabelecer sem qualquer expectativa de concretização, a tutela previdenciária daqueles servidores submetidos a agentes nocivos.

A ordem inaugurada pela Constituição de 1988 representou uma transformação da relação das normas constitucionais com todo o sistema. O texto constitucional, agora dotado de normatividade e, portanto, de imperatividade, passa a impor deveres positivos ao Poder Público. Entre os deveres de atuação impostos ao legislativo e ao administrador, está o de produzir as normas necessárias à concretização dos preceitos constitucionais.

Assim, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do direito dos servidores públicos ao benefício da aposentadoria especial, utilizando por analogia o regramento existente para os segurados do regime geral, é uma autêntica demonstração da expansão da jurisdição constitucional e da normatividade dos preceitos constitucionais. Realizando a justiça por equidade, o STF proporcionou um avanço na redução do gravame imposto a todos os servidores públicos que, desde a instituição do regime jurídico único, estiveram impedidos de contar de forma diferenciada o tempo especial para fins de aposentadoria.

6.4. A aplicação da Lei nº 8.213/91 e o cumprimento das decisões proferidas nos mandados de injunção

A solução para a omissão legislativa na regulamentação da aposentadoria especial no serviço público foi facilmente encontrada pelo Supremo Tribunal Federal. No lugar de elaborar a norma apta a resolver a controvérsia ou estabelecer uma compensação por perdas e danos, o STF simplesmente determinou a aplicação do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Esse dispositivo, que regulamenta a aposentadoria especial para os segurados

¹²⁹ CITTADINO, op. cit., p. 51.

do regime geral de previdência, se amolda perfeitamente aos servidores públicos estatutários.

Isso porque os parâmetros para a concessão da aposentadoria especial abrangem dois critérios, que são a exposição a agente nocivo prejudicial à saúde ou à integridade física e o decurso temporal. A qualidade do vínculo laboral – celetista ou estatutário – ou a denominação da atividade desenvolvida não influenciam no preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício, cingidos à conjugação da exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física relacionados na legislação com o decurso do tempo.

Nos momentos seguintes à promulgação da Constituição de 1988, já havia doutrina administrativista que interpretava o então artigo 40, §1º, e atual §4º declinando a mesma visão:

O §1º do art. 40 fixa que lei complementar (federal, trabalhista ou previdenciária) “poderá estabelecer exceções ao disposto nas alíneas *a* e *e* do inc. III do art. 40 (aposentações voluntárias), quando a atividade envolvida for penosa, insalubre ou perigosa; essa legislação já existe, ampla e detalhada, podendo igualmente ser aproveitada, bastando a sua menção, por cada legislação local, como incidente para a respectiva esfera; poderá aquela legislação previdenciária também, é óbvio, ser alterada e aperfeiçoada.”¹³⁰

Além desse aspecto, é de se ressaltar que as emendas constitucionais que alteraram a previdência do servidor público reduziram sensivelmente a diferença entre os dois regimes básicos de Previdência Social no Brasil. A partir das Emendas nº 20/98, nº 41/03 e nº 47/05, o regime dos servidores e o regime dos trabalhadores na iniciativa privada foram aproximados, em caracteres como as formas de cálculo dos proventos, bem como a forma com que serão reajustados e a possibilidade de estipulação de um teto unificado para os benefícios de ambos os regimes por meio da criação de um fundo complementar.

Na solução dada pelo Supremo Tribunal Federal, até que sobrevenha a regulamentação definitiva, deverá ser utilizada, por analogia, a legislação aplicável ao regime geral referente à aposentadoria especial. A avaliação do preenchimento dos requisitos necessários ao gozo do benefício, mediante a análise dos documentos exigidos e das provas dos tempos especiais, cabe à autoridade administrativa à qual os servidores estiverem vinculados.

¹³⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 168.

6.5. O novo cenário da previdência do servidor público

A partir da atuação do Supremo Tribunal Federal no preenchimento da lacuna que impedia o exercício do direito à aposentadoria especial em sentido estrito, uma nova modalidade de benefício foi acrescentada ao rol de aposentadorias no serviço público, que já previa a aposentadoria voluntária, a aposentadoria por invalidez, a aposentadoria proporcional e a aposentadoria especial em sentido amplo – policiais, mulheres e professores. A contagem do tempo especial – designação para o período em que o servidor laborou exposto a agentes nocivos – exercido posteriormente à edição da Lei nº 8.112/91 passou a integrar os registros funcionais do servidor, tornando-se passível de utilização tanto para a aposentadoria especial, quanto para a conversão desse tempo especial em tempo comum.

Para dar efetivo cumprimento às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos diversos mandados de injunção impetrados por servidores e suas entidades representativas, a Administração editou alguns regulamentos. Os principais foram a Orientação Normativa SRH/MPOG nº 10, de 05 de novembro de 2010, e a Instrução Normativa nº 1 MPS/SPS, de 22 de julho de 2010. A primeira, editada pelo Ministério do Planejamento, no exercício de sua competência para estabelecer procedimentos para todos os órgãos de recursos humanos da Administração; a segunda, editada pelo Ministério da Previdência Social, no exercício de sua competência para estabelecer procedimentos a serem seguidos pelos regimes próprios de Previdência Social.

A possibilidade de contar de forma diferenciada o tempo exercido sob condições especiais terá grande repercussão em diversos pontos no regime jurídico dos servidores. Além do reflexo mais evidente, que é poder optar pelo benefício da aposentadoria especial, o tempo especial poderá ser convertido em tempo comum, proporcionando ao servidor a antecipação da aposentadoria voluntária ou da percepção do abono de permanência, concedido a todo servidor que reuniu condições para se aposentar, mas optou por permanecer em atividade e correspondente ao valor da contribuição previdenciária.

É preciso destacar que a decisão do STF repercute no tempo especial já exercido e, por essa razão, desencadeia uma série de eventos que podem estar consolidados ou em vias de se consolidar. Muitos servidores ativos e aposentados verificarão que, utilizando a contagem de tempo especial, já poderiam ter atingido a inatividade ou trabalharam mais

tempo do que o necessário para aposentar-se. Nesses casos, deverão ser discutidas judicialmente eventuais compensações financeiras, seja a título retroativo, seja a título indenizatório.

Ao tempo especial exercido anteriormente à promulgação da Lei nº 8.112/90, à época que a maioria dos servidores públicos eram vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, deverá ser somado o tempo especial exercido sob o regime estatutário. Nesse período, haverá dificuldades do servidor e da Administração em fazer prova do tempo exercido, uma vez que, diante da inexistência de norma regulamentadora, jamais houve a devida preocupação com o registro dos períodos de atividade especial. Nesses casos, porém, não se pode conceber que o ônus de eventual ausência de documentação será do servidor. O empregador e, por analogia, a Administração Pública, é responsável por lei a manter registro dos empregados que exercem atividades prejudiciais à saúde ou à integridade física, devendo inclusive fornecer aos trabalhadores documento idôneo que servirá de prova no requerimento da aposentadoria especial.

Além da abertura de uma nova possibilidade de aposentadoria, da rediscussão de direitos previstos no regime jurídico do servidor público que estão, de alguma forma, relacionados à contagem de tempo de serviço, e da repercussão patrimonial que a contagem do tempo especial poderá gerar para servidores ativos e inativos, uma grande discussão girará em torno dos direitos à paridade e à integralidade daqueles servidores que optarem pela aposentadoria especial, mas ingressaram no serviço público antes de 31 de dezembro de 2003.

Por não estar regulamentada à época em que foram promovidas as reformas constitucionais, não foram estabelecidas nas regras de transição para os servidores públicos regra atinente ao benefício da aposentadoria especial. Contudo, pode-se inferir que, não fosse a inconstitucional omissão do Poder Público, o poder constituinte reformador estabeleceria regras de transição também para aqueles servidores cujas atividades são exercidas sob condições nocivas. Isso porque a aposentadoria especial é uma modalidade de aposentadoria com fato gerador bem definido e com beneficiários determinados, atraindo, da mesma forma como os demais segurados do Regime Próprio de Previdência Social, a devida tutela da relação previdenciária em curso no momento das reformas, realizada por meio do estabelecimento de regras de transição.

Uma vez que a Administração Pública, mediante os regulamentos editados, já afastou o direito à paridade e à integralidade daqueles que optarem pela aposentadoria especial, espera-se que a atuação do Poder Judiciário, em atendimento aos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e da boa-fé, corrija tão prejudicial situação, cujo único beneficiário é aquele que deu causa à lesão do direito.

7. Conclusão

A aposentadoria especial é definida pela doutrina tanto em um sentido amplo, quanto em um sentido estrito. Em sua compreensão mais ampla, é um conceito que abrange quaisquer requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, dos quais são exemplos a aposentadoria da mulher, do deficiente físico e do policial. Em sua compreensão técnica, é a espécie de modalidade por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, conferida aos trabalhadores que exercem suas atividades sujeitos a agentes nocivos à saúde ou à integridade física durante determinado período de tempo.

A aposentadoria especial em sentido amplo dos servidores públicos possui autorização constitucional desde a Constituição de 1937. A aposentadoria especial em sentido estrito, instituída pela primeira vez para os trabalhadores privados com a edição da Lei Orgânica da Previdência Social – Lei nº 3.807/60 – só recebeu tratamento constitucional expresso, no caso dos servidores públicos, com a promulgação da Constituição de 1988. No cenário da previdência do serviço público no período anterior à atual Constituição, prevalecia os quadros celetistas na Administração, em detrimento das contratações sob o regime estatutário. Por essa razão, os servidores do Estado com vínculo celetista e, portanto, segurados do Regime Geral de Previdência, que exerciam suas atividades expostos a agentes prejudiciais à saúde gozavam, ao preencher os requisitos necessários, do direito à aposentadoria especial.

Essa realidade mudou a partir da instituição do regime jurídico único, que transpôs para a égide estatutária todos os servidores públicos. Essa opção do constituinte originário deflagrou uma grave realidade na previdência do servidor público, caracterizada pela impossibilidade de os servidores públicos optarem pelo benefício até que lei complementar o regulamentasse. Assim, se antes os servidores do Estado e os trabalhadores privados, ao exercerem a mesma atividade nociva, possuíam o direito ao gozo de um benefício previdenciário destinado a tutelar sua saúde – a aposentadoria especial -, a partir da instituição do regime jurídico único os servidores públicos foram tolhidos da opção pela aposentadoria especial até que sobreviesse a lei regulamentadora, mesmo que exercem as mesmas atividades que exerciam antes de serem transpostos do regime celetista para o

estatutário.

Essa situação de flagrante desigualdade jamais foi combatida pelo Poder Público que, a despeito de possuir a competência para a regulamentação do benefício, pouco se movimentou para a edição, repetindo a histórica omissão e inércia dos poderes no Brasil.

Apesar de parecer que mais uma vez, na história constitucional brasileira, os dispositivos inseridos na Constituição careceriam de concretude, a Constituição de 1988 traduziu um processo de profundas mudanças no direito constitucional que, iniciado na Europa do pós-guerra, se expandiu no Brasil com a redemocratização e, de forma mais contundente, nos últimos anos.

Esse processo, identificado pela doutrina como constitucionalização do direito, é marcada, no plano teórico, pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova dogmática de interpretação constitucional. A Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico e, assim, passa a irradiar seus efeitos e normatividade por todo o sistema e a promover a reinterpretação das normas infraconstitucionais sob a sua ótica. Desse modo, o texto constitucional passa a impor não só limitações ao legislador e ao administrador, mas também deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais.

Há parcela da doutrina que alerta para os perigos da apologização da constitucionalização do direito, bem como para os riscos de uma *supremocracia*, caracterizada pela invasão de escolhas precipuamente majoritárias e reservadas ao processo legislativo democrático no exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

É pela via da jurisdição constitucional que a Constituição é aplicada diretamente, que se verifica a inconstitucionalidade de normas e que se aplica uma interpretação conforme à Constituição. É, também, pela via da jurisdição constitucional que se lida com as omissões constitucionais, especialmente a partir de dois instrumentos inseridos na Constituição de 1988, que são o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O mandado de injunção é o meio processual colocado à disposição de todo cidadão que estiver impedido de exercer um direito ou liberdade constitucional por omissão do Poder Público, inserido na Constituição de 1988 para atender os reclamos da

sociedade por efetividade e concretude das normas constitucionais.

Foi mediante a utilização desse instrumento que os servidores públicos, diante da inconstitucional inércia e omissão dos Poderes Públicos na regulamentação do instituto, obtiveram o direito ao gozo da aposentadoria especial. Após um momento inicial de timidez, em que se recusava a assumir o papel da concretização de direitos pela via injuncional, o Supremo Tribunal Federal alterou radicalmente sua atuação, para, além de reconhecer a omissão do Poder Público, estabelecer a norma a ser aplicada ao caso concreto.

A atuação do STF em hipóteses de preenchimento de lacunas, bem como na própria jurisdição constitucional em si, suscita importantes debates, relacionados ao efetivo papel da Suprema Corte na configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1988. Em diversas oportunidades, a atuação do STF foi observada pela doutrina como inadequada, evidenciando que a concentração de poderes em um só órgão, de composição reduzida, pode gerar distorções nos arranjos institucionais.

O presente trabalho analisou a atuação do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento do direito dos servidores públicos à aposentadoria especial sob a ótica da constitucionalização do direito. O percurso histórico realizado na parte inicial do estudo evidenciou não só o grave quadro gerado pela ausência de regulamentação, como permitiu a compreensão dos caracteres mais importantes do instituto, de forma a facilitar a visualização da cogência dos dispositivos constitucionais afetos à seguridade social e a à proteção social.

Ao reconhecer o direito dos servidores públicos à aposentadoria especial, mediante a aplicação por analogia do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, o Supremo Tribunal Federal refletiu com clareza a nova ordem instaurada pela Constituição de 1988, marcada pela normatividade dos dispositivos constitucionais e pela expansão da jurisdição constitucional. Em uma atuação autêntica do papel que lhe foi dado pela Constituição, o STF agiu para impedir que um direito constitucional deixe de ser exercido pela inconstitucional omissão do Poder Público.

8. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **A constitucionalização do Direito:** Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania:** a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.

CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 10. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CUNHA, Lásaro Cândido da. **Reforma da previdência:** noções gerais do sistema previdenciário brasileiro e comentários às mais recentes alterações na legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

FISCHGOLD, Bruno. **Direito Administrativo e Democracia:** A interdependência entre interesses públicos e privados na Constituição da República de 1988. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social:** prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GUASTINI, Ricardo. A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUERZONI FILHO, Gilberto. Análise da Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. A Contratação de Servidores pela CLT. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n.º. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 de julho de 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito previdenciário e estado democrático de direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEITÃO, André Studart. **A aposentadoria Especial: Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**. 6. ed. Rio de Janeiro, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aspectos Técnicos e Jurídicos da Aposentadoria Especial do Servidor. In: **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. v. 1. Porto Alegre: Magister, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Vital. Constituição e democracia. In: Antonio G. Moreira Maués (org). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Regime Jurídico Único dos servidores públicos na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TAVARES, Marcelo Leonardo. A constitucionalização do direito previdenciário. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) **A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito do Estado**. a. 3, n. 12, out./dez. 2008.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Manual de aposentadoria especial**. São paulo: Quartier Latin, 2005.