Aposentadoria Especial do Servidor Público e Súmula Vinculante nº 33 do Supremo Tribunal Federal

Oscar Valente Cardoso

Juiz Federal (exercendo o cargo de Juiz Auxiliar do Supremo Tribunal Federal, no Gabinete do Ministro Teori Zavascki), Doutorando em Direito (UFRGS), Mestre em Direito e Relações Internacionais (UFSC), Professor da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina (Esmafesc).

Adir José Da Silva Júnior

Analista Judiciário Federal, Diretor de Secretaria da Vara do Juizado Especial Federal Previdenciário de Florianópolis, Mestre em Direito, Estado e Sociedade (UFSC), Professor da Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul).

RESUMO: *O artigo analisa a eficácia do direito à aposentadoria especial garantido pela Constituição aos servidores públicos, a omissão legislativa na sua regulamentação e o suprimento da lacuna pelo Supremo Tribunal Federal, em entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 33.*

PALAVRAS-CHAVE: *Direito Previdenciário; Aposentadoria Especial; Supremo Tribunal Federal; Regimes Próprios de Previdência Social; Regime Geral de Previdência Social.*

SUMÁRIO: *Introdução; 1 O direito à aposentadoria especial do servidor público; 2 Súmula Vinculante nº 33: extensão e limites; Conclusões; Referências.*

INTRODUÇÃO

O direito dos servidores públicos à aposentadoria especial é assegurado pelo § 4º do art. 40 da Constituição, que depende da edição de lei específica regulamentadora para a sua aplicação (norma constitucional de eficácia limitada).

Ao apreciar as consequências da omissão legislativa em pedidos formulados em mandados de injunção, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a eficácia do direito deve ser garantida pela incidência das normas do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), até que seja suprida a mora do Congresso Nacional por meio da aprovação e entrada em vigor da lei específica.

[56 - RSP Nº 62 - Set-Out/2014 - PARTE GERAL - DOUTRINA](#)

Como consequência das reiteradas decisões sobre o assunto, na sessão de 9 de abril de 2014 o STF aprovou o enunciado da Súmula Vinculante nº 33, que consolida em parte o seu entendimento sobre a eficácia do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos.

Este artigo analisa o direito do servidor público à aposentadoria especial, com suas regras, seus requisitos e suas peculiaridades, e examina a extensão do texto do novo enunciado do STF.

1 O DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO

O art. 40 da Constituição de 1988 assegura, desde a sua redação originária, o direito dos servidores públicos à aposentadoria especial.

O § 1º da norma previa exceção à aposentadoria voluntária sem contagem ficta de tempo de contribuição, autorizando o tratamento diferenciado a determinadas atividades: "Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, *a e c*, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas".

A partir da Emenda Constitucional nº 41/2003, que modificou o dispositivo, essa regra passou a ser prevista no § 4º do art. 40 da Constituição, que utiliza expressões mais genéricas e amplas do que a anterior:

§ 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.

Como ponto em comum, os dois textos mencionam a *necessidade de lei complementar* para estabelecer os requisitos e critérios distintos para a aposentadoria especial dos servidores públicos. Na classificação de José Afonso da Silva, as normas constitucionais são divididas, quanto à sua eficácia, em: (a) de eficácia plena, que produzem todos os seus efeitos de imediato; (b) contida, que também produzem de início os seus efeitos, mas que podem ser restringidos por ato normativo posterior; (c) e limitada ou reduzida, que não produzem efeitos de imediato, necessitando de complementação por lei ou outro ato normativo ¹.

[RSP Nº 62 - Set-Out/2014 - PARTE GERAL - DOCTRINA 57](#)

O art. 40, § 4º, da Constituição é, portanto, norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, que exige lei específica para produzir os seus efeitos. Isso significa, na prática, que os institutos de previdência dos entes da Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que possuem regime próprio de previdência não reconhecem, em tese, o direito à aposentadoria especial, em virtude da ausência de regulamentação infraconstitucional.

Diante da omissão legislativa, diversos mandados de injunção foram impetrados no Supremo Tribunal Federal, por servidores públicos que buscavam suprir a lacuna e obter o reconhecimento de seu direito à aposentadoria especial ².

Em primeiro lugar, no ano de 2007, o Pleno do STF decidiu, no MI 721, por unanimidade, que servidora pública do Ministério da Saúde que trabalhou durante mais de 25 anos como auxiliar de enfermagem tem direito à aposentadoria especial, observando-se as regras do Regime Geral da Previdência Social constantes da Lei nº 8.213/1991:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA - Conforme disposto no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.

MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS - Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.

APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/1991. (MI 721/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 30.08.2007, DJe 29.11.2007)

[58 RSP Nº 62 - Set-Out/2014 - PARTE GERAL - DOCTRINA](#)

Em resumo, o STF decidiu, por unanimidade, que: (a) há mora do legislador na regulamentação do benefício, o que não pode prejudicar o exercício do direito por seu titular; (b) e que, enquanto o Legislativo não suprir a omissão, a aposentadoria especial dos servidores públicos deve ser regulamentada de forma subsidiária pelas normas do Regime Geral de Previdência Social.

Isso não significa que o STF reconheça, na prática, a concessão do benefício, mas apenas em tese o direito à aposentadoria especial, e que a Administração Pública deve processar e decidir os requerimentos administrativos dos seus servidores, com a aplicação das normas do RGPS. Esse acórdão também importou em uma modificação importante do entendimento do STF acerca dos efeitos do mandado de injunção ³. Lembra-se que existem três principais concepções acerca do tema: (a) a decisão judicial deve apenas declarar a mora legislativa (natureza declaratória), considerando que o Judiciário não tem competência para legislar, mas apenas para apreciar e resolver o caso concreto; (b) na omissão do Legislativo, o Judiciário pode expedir norma regulamentadora do dispositivo constitucional, mas com eficácia restrita ao caso concreto, ou seja, *inter partes* (natureza constitutiva); (c) e a omissão legislativa permite que o Judiciário regule a norma da Constituição e que a sua decisão tenha eficácia *erga omnes*, passando a ser (temporariamente) o legislador da matéria (natureza condenatória e mandamental) ⁴. Até então, adotava-se a concepção não concretista, de que a decisão de procedência do mérito pelo STF se limitava a reconhecer a omissão legislativa e a comunicá-la ao Congresso Nacional, para que elaborasse a lei, sem fixação de prazo, mas sob pena de gerar o direito de indenização aos lesados pela mora ⁵.

[RSP Nº 62 - Set-Out/2014 - PARTE GERAL - DOCTRINA 59](#)

No julgamento do MI 721, a Corte adotou um entendimento concretista, ao decidir que incumbe ao próprio Supremo determinar ou elaborar a norma aplicável, a fim de suprir a mora legislativa e conferir efetividade ao direito material objeto da tutela jurisdicional ⁶. Todavia, Não há clareza quanto à adoção da teoria concretista geral (efeitos *erga omnes*, natureza condenatória e mandamental) ou individual (efeitos *inter partes*, de natureza constitutiva), tendo em vista que as modulações dos efeitos da decisão são variáveis em cada caso concreto, sem que haja uma posição previamente fixada pelo STF ⁷. Esses fundamentos foram mantidos em 2008 na decisão do MI 758, que teve outra peculiaridade: dois anos depois, ao julgar os embargos declaratórios opostos contra o acórdão, o Supremo concluiu que não há uma aplicação *subsidiária* da Lei nº 8.213/1991, mas sim *integral*, pois não existe norma legal regulamentadora da aposentadoria especial dos servidores públicos. Consequentemente, além dos parâmetros constitucionais específicos do serviço público, os requisitos exigidos para a aposentadoria especial são apenas aqueles exigidos para o segurado do RGPS, não incidindo os requisitos da aposentadoria voluntária do servidor público, como, por exemplo, a idade mínima de 65 anos para os homens e 60 anos para as mulheres, prevista no art. 40, § 1º, III, da Constituição. Conforme a ementa do julgado:

[60 RSP Nº 62 - Set-Out/2014 - PARTE GERAL - DOCTRINA](#)

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL -
Os embargos declaratórios visam ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, devendo, por isso mesmo, merecer compreensão por parte do órgão julgador.

APOSENTADORIA ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO - TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE - PARÂMETROS - Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei nº 8.213/1991, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima. (MI 758 ED/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 08.04.2010, DJe 13.05.2010)

Isso significa que, a despeito de a Constituição fixar idade mínima para a aposentadoria, o reconhecimento do direito dos servidores públicos à aposentadoria especial observa apenas as normas e os requisitos específicos do RGPS. Em seu voto, o Relator do MI 758 destacou: "Em síntese, mesclar-se os sistemas da Constituição Federal e da Lei nº 8.213/1991 resulta em criação, como já consignado, de um terceiro sistema, atuando o Supremo como legislador positivo"; e acrescenta que a exigência de idade mínima violaria o objetivo buscado pela aposentadoria especial, de fazer cessar o desgaste causado pelo trabalho sobre a saúde do trabalhador ⁸. Porém, em relação a outras normas genéricas de todas as aposentadorias, tais como a forma de cálculo

e os termos inicial e final (que serão vistos adiante), incidem as normas específicas para os servidores públicos previstas na Constituição.

Na sessão do Pleno de 15 de abril de 2009, o STF decidiu dezoito mandados de injunção, e em todos reconheceu o direito dos servidores públicos à aposentadoria especial, regulamentada pelas normas do RGPS. Cita-se, entre eles, o MI 795:

MANDADO DE INJUNÇÃO - APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO - ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA - NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA

[RSP Nº 62 - Set-Out/2014 - PARTE GERAL - DOCTRINA 61](#)

1. Servidor público. Investigador da polícia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade.

2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial.

3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei nº 8.213/1991. (MI 795/DF, Pleno, Relª Min. Cármen Lúcia, J. 15.04.2009, DJe 21.05.2009) ⁹

Mais recentemente, reafirmou-se o entendimento de que o mandado de injunção tem a função processual de possibilitar o exercício de direitos constitucionais frustrados pelo legislador infraconstitucional. Logo, por meio dele se obtém a concretização efetiva do direito material, como consequência do reconhecimento de um *direito à legislação*:

MANDADO DE INJUNÇÃO - MAGISTRADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À APOSENTADORIA ESPECIAL (CF, ART. 40, § 4º, I) - Injusta frustração desse direito em decorrência de inconstitucional, prolongada e lesiva omissão imputável a órgãos estatais da União Federal. Correlação entre a imposição constitucional de legislar e o reconhecimento do direito subjetivo à legislação. Descumprimento de imposição constitucional legiferante e desvalorização funcional da Constituição escrita. A inércia do Poder Público como elemento revelador do desrespeito estatal ao dever de legislar imposto pela Constituição. Omissões normativas inconstitucionais: uma prática governamental que só faz revelar o desprezo das instituições oficiais pela autoridade suprema da lei fundamental do Estado. A colmatação jurisdicional de omissões inconstitucionais: um gesto de fidelidade, por parte do Poder Judiciário, à supremacia hierárquico-normativa da Constituição da República. A vocação protetiva do mandado de injunção. Legitimidade dos processos de integração normativa (dentre eles, o recurso à analogia) como forma de suplementação da *inertia agendi vel deliberandi*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Pretendida imposição de multa à parte recorrente (CPC, arts. 17 e 18, c/c o art. 557, § 2º). Ausência de intuito manifestamente procrastinatório. Recorrente que não age como *improbus litigator*. Atitude maliciosa que não se presume. Recurso de agravo improvido. (MI 1967-AgRg/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 20.10.2011, DJe 02.12.2011)

[62 RSP Nº 62 - Set-Out/2014 - PARTE GERAL - DOCTRINA](#)

Portanto, desde outubro de 2007 o STF desenvolveu e firmou a sua jurisprudência no sentido de que os servidores públicos têm direito à aposentadoria especial e que, diante da mora legislativa, aplicam-se analogicamente as normas do Regime Geral da Previdência Social relativas a esse benefício. Esse entendimento foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, que passou a aplicar a Lei nº 8.213/1991 na regulamentação do direito dos servidores públicos à aposentadoria especial ¹⁰.

2 SÚMULA VINCULANTE Nº 33: EXTENSÃO E LIMITES

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 9 de abril de 2014, aprovou o enunciado da Súmula Vinculante nº 33, que consolida em parte o entendimento da Corte sobre a eficácia do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos e a regulamentação do benefício. A redação final, sancionada após a deliberação dos Ministros, é a seguinte: *"Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica"*.

Diante das citadas decisões, todas de natureza constitutiva (regulamentadora do dispositivo constitucional, com eficácia restrita ao caso concreto) do STF, mais de cinco mil e duzentos mandados de injunção foram impetrados por servidores públicos (e MI coletivos por sindicatos e associações) de 2005 a 2013, com o objetivo de ter reconhecida a efetividade de seu direito à aposentadoria especial. Esse elevado número de processos sobre o mesmo tema, e a reiteração das decisões da Corte, levou o Ministro Gilmar Mendes a apresentar, em 15.06.2009, a Proposta de Súmula Vinculante nº 45, com o seguinte teor:

Enquanto inexistente a disciplina específica sobre aposentadoria especial do servidor público, nos termos do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 47/2005, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/1991).

Diversas entidades de classe de servidores públicos se manifestaram sobre a Proposta de Súmula Vinculante nº 45 e a Procuradoria-Geral da República apresentou proposta alternativa de redação:

[RSP Nº 62 - Set-Out/2014 - PARTE GERAL - DOCTRINA_63](#)

Enquanto inexistente a disciplina específica sobre aposentadoria especial do servidor público que exerce atividade em condições especiais que prejudique a saúde ou a integridade física, nos termos do art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 47/2005, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/1991), no que couber.

O texto da PGR limita o enunciado ao inciso III (atividades em condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física) e, no final, ressalva que a aplicação das normas do RGPS é *subsidiária* ("no que couber"), ou seja, não há uma incidência integral da Lei nº 8.213/1991 e do Decreto nº 3.048/1999, mas apenas para complementar o que não for regulado pelo Regime Próprio de Previdência Social.

Na sessão de 09.04.2014, o Presidente do STF também sugeriu escrita diversa, similar à da PGR:

Enquanto inexistente disciplina específica sobre aposentadoria especial de servidor titular de cargo efetivo que exerce atividade em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, nos termos do art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 47/2005, deve a autoridade administrativa competente analisar pedido de aposentadoria especial com base na legislação aplicável aos trabalhadores em geral (art. 57 da Lei nº 8.213/1991), no que couber.

Nos debates, o Ministro Gilmar Mendes fez proposta de mudança, que levou à redação

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

[64 - RSP Nº 62 - Set-Out/2014 - PARTE GERAL - DOCTRINA](#)

A limitação ao inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição (atividades exercidas em condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física) não significa que os servidores portadores de deficiência e os que desempenham atividades de risco não têm direito à aposentadoria especial. Essas duas hipóteses não foram inseridas no enunciado porque os Ministros entenderam que não há um número suficiente de decisões reiteradas do STF sobre o tema, requisito exigido no art. 103-A da Constituição.

Ainda, não foi mantido o entendimento do acórdão do MI 758 sobre a aplicação integral das normas do RGPS, em virtude da inclusão da expressão "no que couber", no sentido de que a sua incidência é *subsidiária*, ou seja, aplicam-se as normas gerais do RPPS sobre a aposentadoria e as normas específicas do RGPS sobre a aposentadoria especial.

CONCLUSÕES

A Constituição de 1988, no § 4º de seu art. 40, assegura aos servidores públicos (federais, estaduais, distritais e municipais) o direito ao benefício previdenciário de aposentadoria especial. Contudo, a norma tem eficácia limitada ou reduzida, porque não produz efeitos de imediato, necessitando de complementação por lei e, passados mais de 25 anos, ainda não foi regulamentada por lei complementar infraconstitucional. Diante da omissão, diversos mandados de injunção foram impetrados no Supremo Tribunal Federal e, em 30 de agosto de 2007, o Plenário concluiu o julgamento do Mandado de Injunção nº 721, no qual declarou a mora legislativa na concretização da Constituição.

Em face da reiteração de decisões, o Pleno do STF aprovou o enunciado de Súmula Vinculante nº 33 no dia 9 de abril de 2014: "*Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica*".

Portanto, os servidores públicos têm direito à aposentadoria especial, independentemente da existência de lei específica regulamentadora desse benefício. A partir da aprovação da Súmula Vinculante nº 33, aqueles que trabalharam em condições nocivas à saúde ou à integridade física podem apresentar o requerimento administrativo à autoridade administrativa competente, que está vinculada a apreciá-lo e a aplicar as normas do RGPS (mas não necessariamente a conceder a aposentadoria especial, que depende de prova do cumprimento de seus requisitos). Por sua vez, os servidores que exerceram atividades de risco e os portadores de deficiência devem requerer administrativamente e, caso seja negado pela ausência de lei regulamentadora, impetrar o mandado de injunção para que seja declarado o seu direito em tese à aposentadoria especial (a menos que tenham sido beneficiados por decisão em MI coletivo).

[RSP Nº 62 - Set-Out/2014 - PARTE GERAL - DOCTRINA 65](#)

REFERÊNCIAS

- BARROS, Clemlton da Silva. *A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção*: análise da jurisprudência do STF, acerca do artigo 40, § 4º, da CF. Campinas: Servanda, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.