

Aposentadoria Especial do Servidor Público e Aplicação Analógica das Normas do Regime Geral de Previdência Social

Aposentadoria Especial do Servidor Público

Oscar Valente Cardoso

Juiz Federal Substituto do JEF Cível de Lages/SC, Doutorando em Direito (UFRGS), Mestre em Direito e Relações Internacionais (UFSC), Professor da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina (Esmafesc).

RESUMO: O artigo aborda a aposentadoria especial do servidor público, com fundamento nas decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente nos Mandados de Injunção nºs 721 e 758. Apesar de esse direito ser assegurado pelo § 4º, III, do art. 40 da Constituição, trata-se de norma constitucional de eficácia limitada e ainda não há norma infraconstitucional federal regulamentadora em vigor. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que incidem as normas do Regime Geral de Previdência Social na aposentadoria especial dos servidores públicos. Especificamente, o artigo aborda as normas do RGPS que versam sobre a aposentadoria especial para, em consequência, examinar a regulamentação dessa modalidade de aposentadoria para os servidores públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Servidor público; aposentadoria especial; Supremo Tribunal Federal; mandado de injunção; Lei nº 8.213/1991.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito à aposentadoria especial do servidor público no entendimento do STF; 2 A regulamentação da aposentadoria especial no RGPS; 2.1 Requisitos; 2.1.1 Carência; 2.1.2 Tempo de contribuição; 2.2 Legitimidade; 2.3 Termo inicial; 2.4 Renda mensal inicial; 2.5 Termo final; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

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

No julgamento de diversos mandados de injunção, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em face da mora legislativa, aplicam-se as normas do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Pretende-se, neste artigo, examinar o direito do servidor público à aposentadoria especial, com suas regras, seus requisitos e suas peculiaridades.

RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA 27

Para esse fim, serão inicialmente analisadas as decisões do STF para, em seguida, tratar dos principais aspectos da aposentadoria especial no RGPS e seus reflexos para os servidores públicos.

1 O DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO NO ENTENDIMENTO DO STF

O art. 40 da Constituição de 1988 assegura, desde 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".

Com as modificações promovidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003, essa regra passou a ser prevista no § 4º, III, do art. 40 da Constituição, que utiliza expressões mais genéricas e amplas do que a escrita 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. Relembra-se a classificação de José Afonso da Silva, que divide as normas constitucionais quanto à sua eficácia em: (a) de eficácia plena, que produzem todos os seus efeitos de imediato; (b) contida, que igualmente produzem de início os seus efeitos, mas que podem ser restringidos em determinadas situações 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.

28 RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA

Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, que exige lei (complementar) específica para produzir seus efeitos.

Diante da omissão legislativa na efetivação da referida lei complementar regulamentadora de direito constitucional, o Supremo Tribunal Federal julgou diversos mandados de injunção impetrados por servidores públicos, nos quais se buscava suprir a lacuna e reconhecer o direito à aposentadoria especial.

Em primeiro lugar, no ano de 2007, decidiu-se, de forma unânime no MI 721, 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)

Esse acórdão também importou em uma modificação importante do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos do mandado de injunção.

Até então, usava-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 ².

RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA 29

A partir desse julgamento, passou-se a adotar 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 ³.

O entendimento foi mantido 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 acerca 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, exigida pelo art. 40, § 1º, III, da Constituição. Conforme a ementa do julgado:

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 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 ⁴.

[30 - RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA](#)

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 - 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) ⁵

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 legislante 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 colmatção 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 (entre 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)

RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA 31

Portanto, desde outubro de 2007, o STF desenvolveu e firmou 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 ⁶. Diante de tal concepção, para compreender a aposentadoria especial dos servidores públicos é preciso conhecer a aposentadoria especial do RGPS, que se passa a analisar no próximo tópico.

2 A REGULAMENTAÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL NO RGPS

A Constituição de 1988 também assegura o direito à aposentadoria especial para os segurados do RGPS.

Conforme a redação atual do art. 201, § 1º (modificada pela EC 47/2005):

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

32 RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA

Conferindo efetividade ao dispositivo constitucional, os arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/1991 e os arts. 64 e 70 do Decreto nº 3.048/1999 regulamentam a aposentadoria especial.

Serão analisados, na sequência, os requisitos, a legitimidade, o termo inicial, a renda mensal inicial e o termo final desse benefício do RGPS, destacando-se, em cada item, as peculiaridades de sua incidência para os servidores públicos.

2.1 Requisitos

Diante da similitude com a aposentadoria por tempo de contribuição, também são dois os requisitos da aposentadoria especial no RGPS: (a) o cumprimento do período de carência e (b) o tempo de

contribuição mínimo trabalhado em condições especiais, prejudiciais à saúde ou à integridade física. Não é exigida idade mínima para a aposentadoria especial, o que também se aplica aos servidores públicos, conforme decidido pelo STF no Mandado de Injunção nº 758.

2.1.1 Carência

Inicialmente, lembra-se que a carência é o número mínimo de contribuições que o segurado deve pagar para ter direito a um benefício da Previdência Social (art. 24 da Lei nº 8.213/1991).

Da mesma forma que as aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, a carência da aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social é de 180 meses (art. 25, II, da Lei nº 8.213/1991). Igualmente incide aqui a tabela progressiva do art. 142 da Lei nº 8.213/1991 para os segurados que já eram inscritos no RGPS antes de 24 de julho de 1991, que varia de 60 (em 1991) até 180 meses (em 2011), conforme o ano que o segurado cumprir os dois requisitos (carência e tempo de contribuição em condições especiais).

Essa tabela do art. 142 limita-se à carência das aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial, não incidindo em nenhum outro benefício da Previdência Social.

Em relação aos servidores públicos, existem duas carências específicas: tempo mínimo de efetivo exercício no serviço público (10 anos) e tempo mínimo de exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria (5 anos), conforme prevê o § 4º, III, do art. 40 da Constituição ⁷.

RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA 33

Por conseguinte, os servidores públicos devem observar esses dois prazos de carência (inferiores aos 15 anos do RGPS), no serviço público e no cargo que ocupam no momento da aposentadoria.

Ressalta-se que: (a) o período de 10 anos no serviço público pode ser intercalado ⁸; (b) o prazo de 5 anos precisa ser ininterrupto até a aposentadoria, mas não há necessidade de que o exercício do mesmo cargo seja continuado, ou seja, o servidor pode ter desempenhado outros cargos de modo intercalado, e não necessariamente ter laborado no mesmo durante os últimos 5 anos anteriores à aposentadoria ⁹.

2.1.2 Tempo de contribuição

O tempo de contribuição mínimo trabalhado em condições especiais varia de acordo com a atividade exercida, sendo que profissões desempenhadas em situações consideradas de maior prejudicialidade à saúde permitem a aposentadoria em 15 anos, outras de grau médio em 20 anos, e determinadas atividades reputadas de menor (mas tendo algum) risco possibilitam a aposentadoria após 25 anos de tempo de contribuição.

Atualmente, apenas o trabalho no subsolo de minerações subterrâneas em frente de produção permite a aposentadoria especial após 15 anos (Código 4.0.2 do Anexo IV do Decreto nº 3.048/1999). A atividade de mineração que não seja exercida em frente de produção e o trabalho em contato com asbesto (amianto) possibilitam a aposentadoria com 20 anos de tempo de contribuição (Códigos 4.0.1 e 1.02 do Anexo IV do Decreto nº 3.048/1999). Todas as outras atividades especiais (tais como a extração, o processamento, o beneficiamento e as atividades de manutenção realizadas em unidades de extração, plantas petrolíferas e petroquímicas; a extração de minérios a céu aberto; a esterilização de materiais cirúrgicos; o trabalho em laboratórios de autópsia, de anatomia e anátomo-histologia; o trabalho de exumação de corpos e manipulação de resíduos de animais deteriorados; a exposição a ruído ou ao calor acima dos limites de tolerância, etc.) permitem a aposentadoria especial aos 25 anos.

34 - RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA

Diferentemente das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição do RGPS e da aposentadoria voluntária do RPPS, na aposentadoria especial não há diferenciação entre homem e mulher: ambos têm direito ao benefício desde que comprovem o trabalho em condições especiais, nos períodos mínimos de 15, 20 ou 25 anos, conforme a atividade.

Essas condições especiais não se confundem com os adicionais (de periculosidade, insalubridade ou penosidade) recebidos no contrato de trabalho. São observadas as regras próprias do direito previdenciário, e as atividades e os agentes constantes das normas vigentes na época do exercício da atividade laboral, que são os Decretos nºs 53.831/1964, 83.080/1079, 2.172/1997 e 3.048/1999. Logo,

tanto o trabalhador que receber adicional de insalubridade pode não ter seu trabalho considerado especial para fins previdenciários, quanto o trabalhador que tiver sua atividade reputada especial para o direito previdenciário não fazer jus a qualquer adicional para o direito do trabalho.

2.2 Legitimidade

A aposentadoria especial pode ser requerida apenas pelo próprio segurado do RGPS, quando tiver preenchido os seus requisitos.

Portanto, não se aplica sobre ela a modalidade compulsória prevista pelo art. 51 da Lei nº 8.213/1991 para a aposentadoria por idade.

Para os servidores públicos existe uma modalidade de aposentadoria compulsória, quando atingirem 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, conforme prevê o art. 40, § 1º, II, da Constituição.

Tendo em vista que essa forma segue as regras da aposentadoria voluntária, caso tenha interesse em obter a aposentadoria especial, o servidor deve expressamente requerê-la antes de completar os 70 anos de idade (especialmente quando não tiver atingido o tempo mínimo para a aposentadoria voluntária, situação em que seria aposentado com proventos proporcionais).

2.3 Termo inicial

A aposentadoria especial no RGPS segue as regras de fixação do termo inicial das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, conforme preceitua o art. 57, § 2º, da Lei nº 8.213/1991: "A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49".

RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA 35

Consequentemente, o termo inicial da aposentadoria especial corresponde, em regra, à data da entrada do requerimento administrativo (DER) no INSS (art. 49, II, da Lei nº 8.213/1991).

Entretanto, para os segurados empregado e empregado doméstico, o início da aposentadoria especial pode se dar em uma entre duas datas: (a) o dia do desligamento do emprego, quando for requerida nesse dia ou em até 90 dias depois dela; (b) ou a data do requerimento administrativo no INSS, quando não tiver ocorrido o desligamento do emprego, ou quando for pleiteada após o prazo de 90 dias a contar da saída do trabalho (art. 49, I, da Lei nº 8.213/1991).

Para os servidores públicos, existem regras específicas e diferenciadas: enquanto a aposentadoria compulsória é automática e inicia a partir dos 70 anos de idade (art. 187 da Lei nº 8.112/1990), sendo o seu ato de concessão meramente declaratório, o ato administrativo que defere o pedido das aposentadorias voluntárias e por invalidez é constitutivo e só tem validade a partir de sua publicação (art. 188 da Lei nº 8.112/1990).

Logo, o termo inicial da aposentadoria especial para os servidores públicos corresponde à data da publicação do ato administrativo concessório.

2.4 Renda mensal inicial

A RMI da aposentadoria especial no Regime Geral é de 100% do salário-de-benefício (art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/1991), ou seja, corresponde à média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo (art. 29, II, da Lei nº 8.213/1991), a partir da competência 07/1994 (art. 188-A do Decreto nº 3.048/1999).

Ao contrário da aposentadoria por tempo de contribuição (em que é obrigatório) e da aposentadoria por idade (na qual é facultativo), o fator previdenciário não se aplica sobre o cálculo da aposentadoria especial (art. 29, II, da Lei nº 8.213/1991).

36 RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA

Existe regra diferenciada para os servidores públicos: (a) deve ser considerado o art. 189 da Lei nº 8.112/1990, segundo o qual "o provento da aposentadoria será calculado com observância do disposto no § 3º do art. 41, e revisto na mesma data e proporção, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade"; por sua vez, o referido art. 41, § 3º, preceitua que "o vencimento do cargo

efetivo, acrescido das vantagens de caráter permanente, é irredutível"; (b) o cálculo observa o art. 40, § 3º, da Constituição, que dispõe que, "para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei" ¹⁰; (c) e também é seguido o art. 40, § 2º, da Constituição, que estipula o limite máximo da aposentadoria tendo como parâmetro a remuneração do cargo: "Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão".

Dessa forma, na aposentadoria especial do servidor público não incide a forma de cálculo da Lei nº 8.213/1991, mas sim aquela (menos favorável) prevista na Constituição, que leva em consideração todas as remunerações do servidor (e não apenas as 80% maiores) e não pode ultrapassar a remuneração do cargo que o servidor ocupava no momento da aposentadoria.

O diferencial (e a vantagem) da aposentadoria especial está na possibilidade de se aposentar com proventos integrais (e não proporcionais) em relação ao tempo de contribuição em um lapso temporal inferior (a fim de compensar o trabalho em condições prejudiciais à saúde) e sem a exigência de idade mínima.

2.5 Termo final

A aposentadoria especial no RGPS cessa em duas situações (sem considerar o controverso pedido de desaposentação ou o cancelamento por irregularidade ou erro material): (a) com o óbito do beneficiário e (b) com o retorno ou a continuidade do segurado em atividade que o exponha a agentes nocivos.

Sobre a segunda hipótese, o art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/1991 faz remissão ao art. 46 (que versa sobre a aposentadoria por invalidez) e dispõe que a aposentadoria especial é automaticamente cancelada quando o segurado exercer atividade que o sujeite a agentes nocivos: "Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta lei". Por sua vez, o mencionado art. 46 preceitua que "o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno".

RSP Nº 49 - Jul-Ago/2012 - ASSUNTO ESPECIAL - DOUTRINA 37

Portanto, a aposentadoria especial impede que o beneficiário retorne ao exercício de atividade que o exponha a agentes nocivos, podendo continuar em função que não tenha essa exposição.

Quanto aos servidores públicos, a aposentadoria especial importará no afastamento imediato de seu cargo e, conseqüentemente, do serviço público, considerando que a investidura em outro cargo depende de prévia aprovação em concurso (art. 37, II, da Constituição). Desse modo, o benefício cessará com o retorno do aposentado ao exercício de atividade que o submeta a agentes nocivos, independentemente do regime previdenciário a que se vincule; por exemplo, o servidor público que se afastar do cargo ao receber aposentadoria especial não pode exercer função nociva à saúde, mesmo que em atividade de filiação obrigatória ao RGPS, sob pena de ter seu benefício cessado.

CONCLUSÕES

Destacam-se dois pontos acerca do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, de acordo com os parâmetros delimitados nos mandados de injunção julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Em primeiro lugar, o STF reconheceu aos servidores públicos o direito à aposentadoria especial, mas, como não há lei regulamentadora específica, aplicam-se as normas do Regime Geral da Previdência Social, especialmente os arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/1991 e os arts. 64 e 70 do Decreto nº 3.048/1999 (Mandado de Injunção nº 721).

Em segundo, como não foi editada a lei prevista no § 4º, III, do art. 40 da Constituição, *incidem exclusivamente as normas do RGPS*, ou seja, não se pode criar um sistema misto na prática, formado por normas da Constituição e das Leis nºs 8.112/1990 e 8.213/1991, que tratam de benefícios de sistemas diferenciados. Como a primeira lei citada não trata da aposentadoria especial, aplica-se apenas a segunda, afastando-se as regras da Constituição e da Lei nº 8.112/1990 sobre a aposentadoria voluntária dos servidores públicos, inclusive quanto à idade mínima (Mandado de Injunção nº 758). Entretanto, em relação a outras normas genéricas de todas as aposentadorias, tais como a forma de

cálculo e os termos inicial e final, incidem as normas específicas para os servidores públicos previstas na Constituição.

Como visto, a aposentadoria especial dos servidores públicos possui dois requisitos: (a) o cumprimento dos períodos de carência, de no mínimo 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos de exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria (art. 40, § 4º, III, da Constituição); (b) e o tempo de contribuição mínimo trabalhado em condições especiais, prejudiciais à saúde ou à integridade física. Não há idade mínima, inclusive para os servidores públicos (STF, Mandado de Injunção nº 758).

O tempo mínimo trabalhado em condições especiais varia de acordo com a atividade exercida, existindo três prazos: 15 anos (situações consideradas de maior prejudicialidade à saúde), 20 anos (grau médio) e 25 anos (menor grau de prejudicialidade). O Anexo IV do Decreto nº 3.048/1999 prevê na primeira hipótese apenas o trabalho no subsolo de minerações subterrâneas em frente de produção, no segundo contexto a atividade de mineração que não seja exercida em frente de produção e o trabalho em contato com asbesto, e todas as demais atividades se enquadram nos 25 anos.

A aposentadoria especial pode ser requerida somente pelo servidor, quando tiver preenchido os seus requisitos (como se ressaltou, existe uma modalidade de aposentadoria compulsória, aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição).

O termo inicial da aposentadoria especial é a data da publicação do ato administrativo de concessão, enquanto o termo final ocorre com o falecimento do beneficiário ou com o seu retorno (em qualquer regime previdenciário) ao desempenho de atividade que o exponha a agentes nocivos.

O cálculo segue as regras da Constituição (art. 40, §§ 2º e 3º) para a aposentadoria voluntária, que, na atualidade, leva em conta todas as remunerações do servidor (atualizadas) e o valor inicial do benefício não pode ultrapassar a remuneração do cargo efetivo em que se deu a jubilação.

REFERÊNCIAS

AKASHI, Diogo Telles. *Regime e reforma da previdência social do setor público*: comentários à Emenda Constitucional nº 41/2003. São Paulo: Letras Jurídicas, 2005.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

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.