Aspectos Especiais do Mandado de Injunção para Aposentadoria Especial no Setor Público

Tatiana Regina Souza Silva Guadalupe

Procuradora Municipal.

RESUMO: O presente estudo busca destacar análise das peculiaridades em que o trabalho é desenvolvido para efeito da adoção do remédio constitucional de mandado de injunção em relação à aposentadoria especial. Insta salientar, com essa análise, peculiaridades que compreendem atestar limites constitucionais de competência legislativa e judicial e consequente possibilidade de equiparação de atividades especiais para efeito da antecipação da inativação do trabalhador ao setor público.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Injunção. Aposentadoria Especial.

SUMÁRIO: Aspectos Gerais - Conceito de Aposentadoria Especial. Da Ausência de Normatização aos Demais Entes Federativos e o Aspecto Analítico da Constituição Federal. Conclusão. Referências.

Aspectos Gerais - Conceito de Aposentadoria Especial

A aposentadoria especial corresponde consideração peculiar de diminuição do tempo de exercício funcional em razão de situações de risco que agravem a saúde do trabalhador.

A regulação normativa não é nova, decorre da Lei Orgânica da Previdência Social nº 3.807/60, tendo sido objeto de regulamentação o Decreto nº 53.864/64, tendo por análise inicial a presunção de algumas atividades como especiais, como a de engenheiro e telefonista [1](#).

Com efeito, com o decorrer do tempo e peculiar avanço da mão de obra especializada, outrora decorrente de necessidades industriais, a ordenação legislativa sofreu novas mudanças, como a regulação perante o Decreto nº 83.080/79, suprimindo algumas profissões e estabelecendo novos critérios como da consideração de ruído à agressividade funcional e composição de idade mínima, como exposto pela doutrina [2](#):

82. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

"Em 1979, houve mudança significativa no critério de caracterização da atividade como especial com a edição do Decreto nº 83.080/79. Esse Decreto suprimiu algumas profissões consideradas como especiais pelo Decreto nº 5.381/64, como, por exemplo, eletricista e engenheiro civil. Além disso, o critério de caracterização de atividade especial pela exposição aos agentes físicos, químicos e biológicos também foi revisado, devendo ser destacada a elevação do nível de ruído para 90 dB para fins de concessão do direito ao benefício. Esse nível conflitava com o limite de tolerância de 85 dB utilizado para caracterização de insalubridade, conforme estabelecido pelo Anexo 1 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 (...).

(...) O Decreto nº 83.080/79 não revogou o Decreto nº 53.831/64; sendo assim, os critérios para enquadramento da atividade como especial geraram muitas dúvidas. Assim, a autarquia federal, na década de 1990, admitia o enquadramento no Decreto nº 53.831/64, porém exigia idade mínima de 50 anos, embora esse limite de idade tenha sido suprimido pela Lei nº 5.444/68 (FREUETHAL, 2000). Em 04.09.95, a exigência da idade de 50 anos foi suprimida pelo parecer CJ-MOMAS 223."

No ano de 1995, o legislador federal alterou a Lei Geral de Benefícios Previdenciários, atestando necessidade além da exposição efetiva do risco e equivalência segundo critérios estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, a comprovação técnica dos agentes, o que permitiu compreensão de que não bastava o simples enquadramento funcional e sim a peculiar demonstração de situação de agravo efetivo - permanente não ocasional e intermitente.

Por amostragem, o dispositivo legal objeto de mudança:

"Art. 57. A aposentadoria especial será devida, 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, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário de benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

83. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

~~§ 3º O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério de Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.~~

~~§ 4º O período em que o trabalhador integrante de categoria profissional enquadrada neste artigo permanecer licenciado do emprego, para exercer cargo de administração ou de representação sindical, será contado para aposentadoria especial.)~~

[*Novo ordenamento*]

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 4º O segurado deverá comprovar, *além do tempo de trabalho*, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)"

Assim, a apuração passou a ser qualitativa e não equiparatória por categorias funcionais, qual seja objeto de regulação quando do Decreto nº 83.080/79:

"Decreto nº 83.080 - de 24 de janeiro de 1979 - DOU de 29.01.79 - *Revogado*

Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social.

O Presidente da República, no uso das atribuições que lhe confere o item III do art. 81 da Constituição e tendo em vista a Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, decreta:

Art. 1º Fica aprovado o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, *que acompanha este Decreto, com seus 9 (nove) anexos.*

Art. 2º A matéria referente à assistência médica, assistência social, custeio, administração e gestão econômico-financeira e patrimonial das entidades integrantes do SINPAS será objeto de regulamentação específica, aplicável, no que couber, aos benefícios da previdência social.

84. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

Art. 3º Ficam revogadas as disposições em contrário, especialmente os dispositivos regulamentares referentes a benefícios.

Art. 4º Este decreto entrará em vigor em 1º de março de 1979.

Brasília, 24 de janeiro de 1979; 158º da Independência e 91º da República.

Ernesto Geisel

L. G. do Nascimento e **Silva**

Anexos

ANEXO I	CLASSIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS SEGUNDO OS AGENTES NOCIVOS
---------	---

ANEXO II	CLASSIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS SEGUNDO OS GRUPOS PROFISSIONAIS
ANEXO III	CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OS EFEITOS DA LEI Nº 6.226/75
ANEXO IV	CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OS EFEITOS DA LEI Nº 6.226/75
ANEXO V	ACIDENTES DO TRABALHO (URBANOS)
ANEXO VI	RELAÇÃO DAS SITUAÇÕES EM QUE O APOSENTADO TEM DIREITO À MAJORAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 235 DESTE REGULAMENTO
ANEXO VII	RELAÇÃO DAS SITUAÇÕES EM QUE DÃO DIREITO AO AUXÍLIO-SUPLEMENTAR
ANEXO VIII	DOENÇAS PROFISSIONAIS OU DO TRABALHO (RURAIS)
ANEXO IX	RELAÇÃO DOS ÓRGÃOS TRANSFORMADOS EM SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, EMPRESA PÚBLICA OU FUNDAÇÃO (Item II do § 1º do art. 428)

(...)."

Para efeito de equiparação de atividades, foram estabelecidas duas Leis, ns. 9.528/97 e 9.732/98, alterando a Lei de Plano de Benefícios - Lei nº 8.213/91, as quais delimitaram a necessidade de invocação dos agentes por ato do Poder Executivo, não mais por leis específicas e também somente por laudos técnicos:

~~"Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.~~

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

~~§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)~~

85. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

~~§ 2º Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)~~

§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

§ 2º Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

§ 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)."

Em decorrência, a comprovação das atividades especiais passou a ter especificação e cotejo a comprovação de perfil profissiográfico que demonstrasse incontestemente descrição das atividades especiais de labor em situações gravosas.

Em especial, para aplicação do dispositivo legal descrito, o INSS regulamentou Ordem de Serviço 600, de 02.06.08, detalhando os procedimentos para aceitação do laudo, por regra geral, por peritos oficiais a não ser autorizados pela empresa e com especificação acerca de graduação em que o uso de EPI neutralizou ou diminuiu o risco.

Em 2003, houve nova regulamentação junto ao RGPS por parte do INSS - Decreto nº 4.882/03, modificando o Decreto nº 3.048/99 estabelecendo, além do enquadramento da atividade, a exposição dos agentes acima dos limites de tolerância.

86. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

Em respeito à padronização das atividades em cotejo com as épocas de exposição ao risco, foi estabelecido regramento através da IN nº 27/07 (INSS), estabelecendo até 28.04.95 pelo Decreto nº 53.831/64, a obrigatoriedade de LTCAT para agente ruído, de 29.04.95 a 13.10.96, para agentes de ruído e ambientais, de 14.10.96 a 05.03.97 e a partir de 01.01.99 a 31.12.99 para comprovações ambientais e nocivas [3](#).

Porém, a partir de 01.01.99 até 01.01.04, o Anexo IV do RBPS - Decretos ns. 2.172/97 e 3.048/99, estabeleceu também a necessidade da comprovação através de formulário LTCAT com base em demais demonstrações ambientais e agentes nocivos com correlação às informações do CNIS para homologação da contagem do tempo de serviço especial, ou seja, não bastando a simples demonstração e sim a homologação da fidelidade das informações dos formulários e atividades desenvolvidas, sem prejuízo da efetiva verificação *in loco* pelo instituto de previdência.

Da Ausência de Normatização aos Demais Entes Federativos e o Aspecto Analítico da Constituição Federal

A norma constitucional, em especial a tutela de direitos e garantias individuais, declina pela análise do estabelecimento de situações em que o legislador constituinte declinou particularidades para obtenção de direitos.

Nesse sentido, a compreensão das matérias regulamentares, em especial a aposentadoria especial, desafia a interpretação da Constituição em face do Poder Público com base no princípio da legalidade, cuja previsão repousa no *caput* do art. 37 da CF.

Com efeito, o estabelecimento do princípio da legalidade representa para a esfera de direitos públicos, além dos gerais, vocação analítica, tal qual característico na Constituição, sem a qual a simples representação sintética e sucinta ultrapassa a tutela da separação de poderes, dos limites de regulação, competência funcional e à ordenação do sistema objeto de criação.

Com base nessa vertente, a doutrina declina o que vem a ser uma Constituição analítica, como a CF de 88, para base do que consta e representação efetiva de direitos ordenatórios relevantes ao controle social [4](#):

87. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

"Constituição Analítica: também chamada de prolixa, é aquela elaborada de forma extensa (formato amplo), com um cunho detalhado, na medida em que nascem pormenores não se preocupando somente em descrever e explicitar matérias constitucionais (tipicamente constitutivas do Estado e da sociedade). Portanto, acaba por regulamentar outros assuntos que entenda relevantes num dado contexto, estabelecendo princípios e regras e não apenas princípios."

Com essência, a ordem constitucional representa balizas do que o legislador constituinte quis quando da sua elaboração, permitindo, assim, sua aplicação com cotejo sistemático aos limites representativos a atestar legitimidade ou não aos direitos constitucionais, sobretudo os necessários à regulamentação e essa direcionada ao Poder Público sobre o critério legal.

Com base nesses parâmetros, nasce interesse da análise do direito à aplicação do ordenamento à conversão/equiparação de atividade especial aos servidores públicos, sobretudo, em face das situações de ausência de normatização especial.

Nessa toada, entendimentos há acerca do uso supletivo das leis gerais federais aos demais entes da federação, empregando efeito concretista em mandados de injunção diante da inação legislativa, ou seja, aplicando, subsidiariamente, no caso em questão, Lei Previdenciária Geral, aos servidores públicos, participantes de regimes próprios previdenciários.

Com isso, a Constituição Federal, ao passo que permitiu a garantia do uso da ação mandamental, nos termos do art. 5º,

LXXI, para garantia de liberdades e prerrogativas, não atestou detração aos princípios e normas específicas previstas em sistema constitucional, passamos a analisar.

Em representação sistemática e permissiva ao respeito estrutural do direito, o entendimento da doutrina especializada [é](#):

"A primeira corrente tem como defensor José Afonso da **Silva**, doutrinador que defende que o instituto ora estudado é originário da Inglaterra, do século XIV, como essencial remédio da *equity*, sendo remédio criado para ser utilizado nos casos em que não houvesse norma legal ou que a *Common Law* não oferecesse a proteção necessária.

Em outras palavras, o mandado de injunção teria nascido do juízo de equidade, a qual não é desassociada de moldes jurídicos, norteando-se sempre pelos valores jurídicos presentes no caso, assim como pelos valores existentes na sociedade."

88. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

Com base no respeito às matérias constitucionais para obtenção da análise do direito, em especial a equiparação do direito à aposentadoria especial, insta necessária correta composição do polo passivo da ação mandamental, bem como a competência para julgamento, sem as quais, por tratar de condições de desenvolvimento válido e regular do processo, não atesta conhecimento à ação mandamental e falece a análise de pertinência isonômica regulamentar.

Nesses termos, o legislador constituinte declinou a competência legislativa para regular sobre Seguridade Social à União e espécie desse gênero - Previdência Social, e essa à União, aos Estados e ao Distrito Federal, sem declinar competência aos Municípios, gerando, assim, impasse acerca da normatização especial.

Em análise, os ordenamentos constitucionais:

"Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

(...)

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;

(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXIII - seguridade social;

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados." (CF)

89. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

Nesse sentido, por representar interpretação de direito específico, reputo precisa interpretação analítica estrutural em especial ao regime de competências legislativas organizacionais.

Assim, não tendo o legislador constituinte inserido os Municípios no rol dos legitimados a legislar acerca de Previdência Social, limitada sua responsabilidade para legislar sobre normas inseridas a essa matéria de conteúdo "específico", nesse caso, aposentadoria especial.

Nessa toada em respeito à legitimidade merece destacar a necessidade da inserção no polo passivo do agente público

mesmo modo, em respeito à legitimidade, merece destacar a necessidade da atuação no polo passivo do agente público responsável pela elaboração da norma, respeitada, em todos os casos, a competência constitucional.

Entendimentos há acerca da possibilidade de inserção daquele que, embora não responsável pela elaboração da norma, necessário ao polo passivo na ação para aferição da responsabilização, à base da teoria da asserção processual, bastante à análise e resguardo e pertinência acerca do mérito da ação.

Para outros, porém, além do responsável pela elaboração da norma, merece ser mantido também aquele que irá sofrer os efeitos da eventual aplicação, seja decorrente de normatização ou simples aplicação g:

"'Contudo', na legitimidade passiva, residem sérias controvérsias, não havendo pacifismo na doutrina e na jurisprudência, estando esses conflitos atrelados à seguinte questão trazida por Rachel Anastácio: quem deverá satisfazer o direito cujo exercício se encontra obstado é o órgão em face do qual será exercido o direito ou o órgão responsável pela omissão regulamentar.

Defende a referida autora o litisconsórcio passivo do órgão, autoridade ou entidade responsável pela elaboração da norma regulamentadora e da parte que irá suportar o ônus da decisão, eis que ambas as partes estando presentes na relação processual, se torna mais fácil alcançar o objetivo do mandado de injunção."

Insta declinar que a interposição da ação mandamental, ao contrário das diversas ações para garantia de direitos constitucionais, é de ser impetrado nos tribunais a ensejo ao que consta do art. 102, I, *q*, da CF, embora de singular representação ativa e não objeto de dupla revisão, decorrentes de decisões de juízos de piso ou dos tribunais de segunda instância, por meio de recursos voluntários ordinários e extraordinários para aplicação de direitos fundamentais.

Em medida de representação ativa, merece destaque, também, a diferenciação da ação mandamental e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, embora tenham comum interesse de afastamento, ausência normativa por inexistência de normas e eventual síndrome de ineficácia de aplicação das normas.

90. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

Com efeito, a ação de inconstitucionalidade por omissão tem efeito mais amplo da simples inexistência da lei e providências materiais específicas, o que na ação mandamental atende a situações restritas, como no caso em questão, por exemplo, decorrente da ausência de regulação de normas para consideração de aposentadoria especial em determinados regimes próprios de servidores públicos.

Além dessas diferenças, existem peculiaridades que diferem quanto à legitimidade ativa.

Na ADO, é restrita aos titulares descritos no art. 103 da CF, ao passo que no mandado de injunção é o titular do direito prejudicado por ausência de regulação, assim como a competência, que na ação de controle é restrita ao STF, ao passo que no mandado de injunção pode não ser, dependendo da autoridade e direito correspondente a que declina aplicação, como no caso em questão, face o Governador de Estado - Tribunais de Justiça e ao Presidente da República - STF.

Em relação aos efeitos, também há diferença, regra geral, os efeitos da ação mandamental são *inter partes* e *erga omnes* na ADO.

Para efeito de classificação das sentenças judiciais, parte da doutrina elenca classificação quinária, constituindo: declaratórias, constitutivas, condenatória, mandamental e executiva, tendo controvérsia a respeito dessas espécies ao mandado de injunção.

Em especial, à tutela de mandado de injunção, José da **Silva** Pacheco, citado por Macedo e Martins z, estabelece um paralelo entre a classificação acima para efeito de aplicação mandamental, consideração importante à análise do interesse que a ação visa resguardar diante do vazio normativo, senão vejamos:

"(a) a primeira considera que a ação de mandado de injunção e a respectiva sentença favorável visariam criar norma legal omissa, substituindo, desse modo, a atividade do órgão competente para fazê-lo;

b) a segunda enfoca a ação e a sentença como tendo em vista obter ordem ou mandamento ao órgão competente para baixar a norma, inclusive ao legislativo, a fim de que elabore e baixe o ato regulamentar;

91. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

c) a terceira focaliza o mandado de injunção como propiciatório de sentença declaratória da omissão ou condenatória de obrigação de fazer, sujeita à ação comum;

d) a quarta vê o mandado de injunção como instrumento para obter do juiz a decisão no sentido de, atendendo ao pedido, proteger o direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os

princípios constitucionais e gerais do direito;

(e) a quinta hipótese combina a segunda e a quarta, que se resume o legislativo, baixe a norma em certo prazo, ciente que se assim não o fizer, o juiz julgará o caso concreto submetido a sua apreciação."

Nesse diapasão, interessa destacar que a Suprema Corte vem atribuindo em situações especiais efeito concretista às ações mandamentais, equiparando a espécie da alínea a, ao exemplo dos mandados de injunção MI 670-9 ES (31.08.08), 712-8 PA (03.10.08) e 708 DF (31.10.08), quanto à aplicação das Leis ns. 7.701/98 e 7.783/89, em especial a Lei Geral de Greve do setor privado à esfera pública.

Com efeito, à base do princípio da legalidade aplicável ao poder público, insta salientar a necessidade antes destacada da necessidade de análise das normas constitucionais em seu conjunto, ou seja, garantia de direitos previdenciários com a correspondente fonte de custeio, senão a atestar respeito à separação dos poderes em relação às competências legislativas o equilíbrio financeiro e atuarial, portanto, ao princípio da legalidade antes destacado de que trata o *caput* do art. 37 da CF.

Assim, verifica-se que, embora os mandados de injunção descritos tivessem empregado a aplicação extensiva da Lei de Greve aos servidores civis, à gênese desse direito corresponde reflexo à esfera laboral de suspensão contratual, ou seja, *em regra, sem efetiva remuneração*, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/89, devendo as relações obrigacionais ser objeto de acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Por compreensão, em passeio ao ordenamento jurídico constitucional há a vedação de concessão de benefício sem fonte de custeio correspondente ao reflexo do respeito ao equilíbrio orçamentário e atuarial:

"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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.03)

92. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

(...)

§ 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

I - portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

II - que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

(...)

§ 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98)

(...)

§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, *no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social*. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98)

(...)

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 5º *Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.*

(...)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de *caráter contributivo e de filiação*

obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

93. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

(...)

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, *de pessoa participante de regime próprio de previdência.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)" (CF)

Com efeito, o direito correspondente a atestar eventual reconhecimento de tempo de serviço especial atesta limites de causa que dê ensejo ao uso da ação mandamental, diante da especificação de a norma atestar a necessidade de contribuição especial para efetivar *fonte de custeio para fins de concessão de tempo especial, nesse sentido, com propriedade e recepção constitucional a lei federal geral ao tratar de custeio:*

"Capítulo IV

Da Contribuição da Empresa

(...)

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...)

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998)

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave." (Lei nº 8.212/91)

Por decorrência da Lei nº 9.732/98, soma-se ainda aos percentuais *supra* 12, 9 e 6%, conforme atividade exercida pelo segurado.

Nesse caso, em análise a todo o ordenamento constitucional, impossível afastar o conteúdo normativo analítico contido na carta a atestar direito a emprego do uso da lei federal aplicável ao regime geral aos regimes próprios quanto à aposentadoria especial, seja para efeito de adequação processual em relação à competência jurisdicional e legitimidade das partes, seja para análise do mérito para efeito de necessidade de aplicação dos preceitos principiológicos descritos no regime geral de previdência social, dentre os quais a necessária fonte de custeio ao efeito de enquadramento de legislação geral.

94. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

Permito, mais uma vez, abrir parênteses a destacar diferenciação da aplicação da lei de greve geral, tendo em vista que quanto àquela não há reflexo direto orçamentário por embasar hipótese de suspensão contratual sem remuneração quanto aos dias parados, situação que difere da aplicação de lei geral para regular atividade especial, efeito de aposentadoria do servidor público ante a necessidade de fonte de custeio em respeito ao princípio da legalidade e à ordem tributária nacional.

Reflexão que se faz, também, diante da exigência de base contributiva para além do efetivo exercício funcional desde o advento da EC nº 20/98.

Recentemente, foi promulgada, em 06.03.2013, pelo Decreto nº 7.944/2013, a Convenção nº 151 da OIT, autorizando o uso da negociação coletiva aos servidores públicos, porém, com limites aos efeitos pecuniários decorrentes da negociação, restringindo ao âmbito jurídico, o que coaduna com a necessidade da análise parcimoniosa acerca da aplicação das normas gerais em situações especiais, dentre as quais refletivas aos orçamentos públicos e impactos solidários e atuariais:

"Decreto nº 7.944, de 6 de março de 2013

Promulga a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, *firmadas em 1978*.

A Presidenta da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, *caput*, inciso IV, da Constituição, e

Considerando que o Congresso Nacional aprovou a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, por meio do Decreto Legislativo nº 206, de 7 de abril de 2010;

Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação referente à Convenção nº 151 e à Recomendação nº 159 junto ao Diretor-Geral da OIT, na qualidade de depositário do ato, em 15 de junho de 2010, tendo, na ocasião, apresentado declaração interpretativa das expressões 'pessoas empregadas pelas autoridades públicas' e 'organizações de trabalhadores' abrangidas pela Convenção; e

95. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

Considerando que a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 entraram em vigor para a República Federativa do Brasil, no plano jurídico externo em 15 de junho de 2011, nos termos do item 3 do Artigo 11 da Convenção nº 151;

Decreta:

Art. 1º Ficam promulgadas a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978, anexas a este Decreto, com as seguintes declarações interpretativas:

I - a expressão 'pessoas empregadas pelas autoridades públicas', constante do item 1 do Artigo 1 da Convenção nº 151, abrange tanto os empregados públicos, ingressos na Administração Pública mediante concurso público, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*, quanto os servidores públicos no plano federal, regidos pela *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*, e os servidores públicos nos âmbitos estadual e municipal, regidos pela legislação específica de cada um desses entes federativos; e

II - consideram-se 'organizações de trabalhadores' abrangidas pela Convenção apenas as organizações constituídas nos termos do *art. 8º da Constituição*.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional atos que possam resultar em revisão das referidas Convenção e Recomendação e ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do *inciso I do caput do art. 49 da Constituição*.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 6 de março de 2013; 192º da Independência e 125º da República."

Nesses termos, destaca-se que a referida Convenção somente foi promulgada e aceita pelo Brasil após cerca de 34 (trinta e quatro) anos de sua elaboração, vez que elaborada em 1978, o que representa um longo tempo de maturação de efeitos decorrentes de sua adoção na esfera jurídica interna, resguardando, por fim, a reserva orçamentária da Administração Pública, garantido regulação remuneratória pelo sistema constitucional pátrio a cada ente federativo.

Com efeito, instado a manifestar acerca dos limites de aplicação de dissídios coletivos na esfera de direito público, o TST elaborou precedente jurisprudencial majoritário limitando a apreciação de cláusulas de natureza social, senão vejamos:

96. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

"DISSÍDIO COLETIVO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CLÁUSULA DE NATUREZA SOCIAL. Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Inteligência da Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010." (OJ nº 5 da SDC)

Insta salientar que há em tramitação no Congresso Nacional projetos de lei para regulamentar a aposentadoria especial do servidor público, prevista nos incisos I a III do § 4º do art. 40 da CF de autoria do Governo Federal.

Os respectivos projetos de Leis ns. 554/2010 e 555/2010, em especial quanto a esse último, declinam que o servidor

público, para ter direito à aposentadoria especial, em especial os servidores policiais, necessitaria de idade mínima e teria quebrada integralidade e paridade, em destaque, o projeto [8](#):

"O projeto determina que o servidor que exerce atividade de riscos só fará jus à aposentadoria especial, e *sem direito a integralidade nem paridade*, se cumprir, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- 1) 30 anos de contribuição, sendo 25 deles de efetivo exercício em atividade de risco,
- 2) 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria, e
- 3) 55 anos de idade, se homem, e 50, se mulher."

Com efeito, porém, resguarda o direito a integralidade e paridade remuneratória àqueles que obtiveram os requisitos para esse fim até dezembro de 2003 por ocasião da EC nº 41.

Já o Projeto nº 555/2010, aplicado aos servidores sujeitos a atividades prejudiciais à saúde ou à integridade física após 25 anos para homens e mulheres, não exige a idade mínima, exigindo 10 anos de efetivo exercício público e cinco anos no cargo pretendido, não garantindo, também, o direito e a integralidade à paridade, além de estabelecer uma série de exigências para comprovação, dentre os quais a que não seja ocasional nem intermitente, não bastando a percepção de adicionais de risco ou testemunhas para comprovação das atividades especiais, permitindo, contudo, a compensação entre os regimes, ou seja, base de custeio.

97. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

Assim, não obstante ausência de norma específica para tratar da questão e aprovação plenária junto ao Congresso Nacional, objeto de projeto legislativo federal, há proposta, Súmula Vinculante nº 45, para compor vazío normativo especial aos servidores públicos, ainda objeto de análise, portanto, não vinculante ao Judiciário e à Administração Pública geral, nos termos do art. 103, *a*, da CF [9](#):

"Enquanto inexistente a disciplina específica sobre a aposentadoria especial do servidor público, nos termos do art. 40, § 4º, da CF, com redação da EC nº 47/05, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91)."

Insta declinar que, inobstante ausência de lei e precedente jurisprudencial vinculativo, ainda que por adoção do uso supletivo da lei geral previdenciária aos regimes próprios de previdência social, a necessidade de limitação da atividade especial prejudicial para após a inativação do servidor, vez que se utilizou da regra para efeito de antecipação daquela, pela mesma razão à continuidade do exercício funcional, cujo fator diferenciado não merece dissociação ao interesse do legislador.

Nesse sentido, a doutrina [10](#):

"Há argumentos no sentido de que o § 8º do art. 57 da Lei nº 8.213/91 é inconstitucional, pois contraria o inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal [CF]. Entendo que isso não ocorre, pois nada impede o exercício de outra atividade ou profissão, desde que não seja em atividade ou local prejudicial à saúde do trabalhador. O segurado aposentado poderá, mediante aposentadoria especial, exercer a mesma atividade ou profissão que exercia antes, desde que não seja em local ou atividade adversa à sua saúde (...)."

Em medida de limites ao estabelecimento de isonomia entre profissionais respectivos, em relação à separação dos poderes e reflexo monetário, o entendimento majoritário do STF e alguns arrestos jurisprudenciais:

"Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia."

"APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO ORDINÁRIA. PRETENSÃO DE 2º SARGENTO NO SENTIDO DE INCORPORAR AO SEU VENCIMENTO BÁSICO VANTAGEM REMUNERATÓRIA (FUNÇÃO GRATIFICADA INSTITUÍDA PELO ART. 11, § 2º, DA LEI Nº 10.395/95), E PERCEBIDA EXCLUSIVAMENTE PELOS TITULARES DO POSTO DE CAPITÃO, CONSOANTE AO DISPOSTO NO ART. 2º DA LEI Nº 12.203/04. Diante da vedação expressa contida no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.203/04, bem como o disposto na Súmula nº 399 do STF, mostra-se inviável a concessão do reajuste requerido. APELAÇÃO DESPROVIDA." (Apelação Cível 70027300995, Terceira Câmara Cível, TJRS, Rel. Rogério Gesta Leal, 12.02.09)

98. DOCTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

"APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. PARCELA DE GRATIFICAÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI

Nº 12.203/04 AOS DETENTORES DO POSTO DE CAPITÃO PM. A parcela equivalente a 25% da gratificação instituída no § 2º do art. 11 da Lei nº 10.395/95 destina-se aos integrantes do posto de Capitão PM da Brigada Militar, sendo defeso ao Poder Judiciário estendê-la aos demais integrantes da Corporação, a título de isonomia, conforme a Súmula nº 339 do STJ. Aplicação, por igual, do art. 37, incisos X e XIII, da CF/88. Apelo desprovido." (Apelação Cível 70027354125, Quarta Câmara Cível, TJRS, Rel. João Carlos Branco Cardoso, 14.01.09)

"ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR MILITAR ESTADUAL. ISONOMIA SALARIAL. LEI ESTADUAL Nº 12.203/04. Apelação em que servidora militar estadual pretende a sua isonomia/equiparação salarial aos Capitães da Brigada Militar, porquanto somente estes foram beneficiados com a Lei nº 12.203/04 - que incorporou, aos vencimentos básicos desta classe de oficiais, gratificação. O soldo dos militares estaduais somente pode ser fixado por meio de lei estadual específica (art. 42, § 1º, c/c art. 142, § 3º, X, da CF). A equiparação/vinculação salarial para fim de vencimentos também é vedada aos militares estaduais (art. 42, § 1º, c/c art. 142, § 3º, VIII, c/c art. 37, XIII, da CF). O Poder Judiciário, que não tem função de legislador, não pode aumentar vencimentos sob o fundamento de isonomia salarial (Verbete nº 339 do STF). Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. Apelação improvida." (Apelação Cível 70027362219, Terceira Câmara Cível, TJRS, Rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 18.12.08)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS CONCEDIDA AOS CORONÉIS DA POLÍCIA MILITAR E DO CORPO DE BOMBEIROS. EXTENSÃO A MILITARES DE PATENTES DIVERSAS. ISONOMIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 339 DO STF. 1. A jurisprudência do STF fixou entendimento no sentido de que 'não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia'. Incidência do óbice da Súmula nº 339 do STF. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE-AgR 543473/RJ, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ 31.07.08)

99. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

Conclusão

É incontestável a previsão constitucional do uso da ação mandamental injuntiva para garantia de direito de liberdades constitucionais relacionadas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A inação legislativa levou o uso do mandado de injunção aos titulares de direitos constitucionais em todo o país, que, de certa feita, restrita a eleição de responsabilidade regulamentar.

Com o transcorrer dos anos, instado a manifestar por diversas vezes acerca de questões gerais de grande envergadura constitucional, o STF conferiu realidade executiva aos mandados de injunção, atribuindo para além da declaração da inatividade a aplicação de legislações especiais aos regimes próprios, como o caso da Lei de Greve aos servidores civis.

Com efeito, com base na análise do sistema normativo constitucional, o uso supletivo de normas gerais desafia o intérprete a uma vocação de análise dos preceitos legais, sobretudo, aos aspectos sistêmicos e analíticos de todo o ordenamento constitucional tal qual, análise de uma questão internacional, a exemplo da organização de trabalhadores para representação coletiva e assistencial decorrente da Convenção nº 151 da OIT.

Assim, com base na análise desse artigo, declino pela reflexão acerca do direito para além das bases aos reflexos decorrentes de aplicação à interpretação isonômica e materialização da efetiva legitimidade da aplicação da igualdade substancial, em especial às alterações legislativas que abandonaram a aplicação de atividade especial ao simples enquadramento profissional, sem a constatação da atividade gravosa comprovada em laudos e documentos relacionados aos registros funcionais, de forma permanente e não intermitente, para efeito de homologação administrativa e judicial, respeitadas, em todos os casos, as balizas constitucionais.

TITLE: Special aspects of writ of injunction for special retirement in the public sector.

ABSTRACT: This study aims to emphasize analysis of the peculiarities in which the work is performed for the purpose of adopting the constitutional remedy of writ of injunction against special retirement the public sector. Calls note to this analysis, peculiarities attest that they understand the constitutional limits of legislative and judicial jurisdiction and the consequent possibility of assimilation of special activities for the purpose of anticipating inactivation worker.

KEYWORDS: Writ of Injunction. Special Retirement.

100. DOUTRINA - Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 18 -Dez-Jan 2014

Referências

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional - classificação das constituições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 18 p.

MACEDO, Elaine Harzheim; MARTINS, Michele Fernanda. A eficácia do mandado de injunção: doutrina e perspectivas jurisprudenciais. *Revista Biental de Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 13, 70, nov./dez. 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *1936 - aposentadoria especial do servidor*. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. A continuidade da mesma atividade na concessão de aposentadoria especial. *Orientador Trabalhista - SLJD*, São Paulo, a. 29, n. 10, out. 2010.

QUEIROZ, Antônio Augusto. Servidor: aposentadoria especial será regulamentada. *Trabalho em Revista*, Curitiba, a. 29, n. 332, mar. 2010.

SALIBA, Tuffi Messias. *Aposentadoria especial: aspectos técnicos para caracterização*. São Paulo: LTr, 2011. 135 p.