



**APOSENTADORIA ESPECIAL NO SERVIÇO
PÚBLICO – REGULAMENTAÇÃO DO ART. 40, §
4º, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Paulo Roberto Ossami Haraguchi
Consultor Legislativo da Área VIII
Administração Pública

ESTUDO

JULHO/2008



Câmara dos Deputados
Praça 3 Poderes
Consultoria Legislativa
Anexo III - Térreo
Brasília - DF



SUMÁRIO

A ORDEM CONSTITUCIONAL.....	3
A APOSENTADORIA ESPECIAL NA INICIATIVA PRIVADA.....	4
A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL.....	5
PROPOSIÇÕES AFINS EM TRAMITAÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS.....	9
A INICIATIVA LEGIFERANTE DO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR.....	9
A QUESTÃO DA INCORPORAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.....	10
CONCLUSÕES.....	11

© 2008 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados o autor e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seu autor, não representando necessariamente a opinião da Câmara dos Deputados.



APOSENTADORIA ESPECIAL NO SERVIÇO PÚBLICO – REGULAMENTAÇÃO DO ART. 40, § 4º, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Paulo Roberto Ossami Haraguchi

Esta Consultoria Legislativa é instada a prestar informações sobre a aposentadoria especial no serviço público, no que diz respeito à regulamentação do art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal.

Em linhas gerais, informa o subscritor da aludida correspondência que, apesar de ter decorrido 19 anos da promulgação da Constituição Federal, ainda não foi editada lei complementar para regulamentar a aposentadoria especial para servidor público prevista no art. 40, § 4º, em especial a situação prevista no inciso III. Tal situação caracterizaria uma discriminação com os servidores públicos que exercem atividades sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, quando comparados aos trabalhadores da iniciativa privada, que exercem as mesmas atividades, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Assim, solicita providências que visem a instituir a regulamentação mediante lei complementar que trata da aposentadoria especial, aos 25 anos de serviço sob condições de serviços insalubres, e incorporar o adicional de insalubridade nos proventos de aposentadoria.

A ORDEM CONSTITUCIONAL

No texto constitucional existem normas que não necessitam de qualquer disciplina posterior, são as chamadas de normas constitucionais de eficácia plena. Contudo, existem outras que não têm esse condão, caracterizando-se por necessitarem de normatização posterior, geralmente mediante leis complementares ou ordinárias, as denominadas normas constitucionais de eficácia limitada.

A redação original da Constituição Federal, no art. 40, § 1º, assim dispunha:

“Art. 40.
.....

§ 1º - Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas."

A Emenda Constitucional nº 20, de 1998, deu à Carta Política a seguinte redação:

"Art. 40.

§ 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar."

A atual redação da Magna Carta, dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005, assim dispõe:

"Art. 40.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

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

Veja portanto que desde a promulgação da Carta, o assunto sob comento se tratava de matéria inserida nas normas constitucionais de eficácia limitada, pois havia a previsão de edição de lei complementar para a regulamentação a aposentadoria especial, no serviço público, de atividades insalubres.

A APOSENTADORIA ESPECIAL NA INICIATIVA PRIVADA

A aposentadoria especial na iniciativa privada, no que diz respeito à atividades sob condições que prejudiquem a saúde ou à integridade física, é matéria regulamentada na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nos artigos 57 e 58, ou seja, para os trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho há amparo legal.

A POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

Ante a ausência da lei complementar prevista no art. 40, § 4º, os casos de aposentadoria especial acabam sendo resolvidos na esfera do Judiciário. Nesse sentido, buscamos jurisprudência que trata do tema sob comento.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região publicou acórdão favorável à aplicação analógica da legislação trabalhista para fins de aposentadoria de servidor público exposta à radiação, nos seguintes termos:

“PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ADMISSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. L. 8112/90. ATIVIDADE INSALUBRE. TÉCNICO EM RADIOLOGIA. APOSENTADORIA ESPECIAL. L. 8.213/91. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA QUE NÃO PODE DEIXAR DE SER APLICADA AO FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA. CF, ART. 40, § 4º, II. APLICABILIDADE.

1. Não obstante a redação conferida ao art. 530 do CPC pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, interpostos os presentes Embargos Infringentes no período de *vacatio legis* do aludido diploma legal (três meses), encontram-se preenchidos os pressupostos recursais específicos até então vigentes.

2. Não se admite que servidor público federal, técnico em radiologia, seja penalizado pela inexistência de norma específica que tutele exceção constitucionalmente prevista (aposentadoria cujos requisitos e critérios sejam diferenciados em função da atividade exercida em condição especial que prejudica a saúde ou integridade física), mormente quando a lei a ser editada, ainda que em grau hierárquico diverso da Lei 8.213/91 e de seus diplomas regulamentares, não poderá deixar de reconhecer a insalubridade ou penosidade das atividades por estes apontadas como insalubres e ou penosas.

3. A Constituição Federal garante ao servidor que critérios diferenciados para aposentadoria serão considerados nas exceções que estabelece em seu artigo 40, parágrafo 4º. É de se destacar que, não obstante a previsão de lei específica a ser observada nestes casos, ainda que se estabeleça lei cujos requisitos de edição se distinguem da lei ordinária, o tema de fundo de uma não poderá ser negado pela outra, sob pena de incongruência do sistema.

4. Não vejo, pois, ofensa ao princípio da legalidade. Ao contrário tem-se na tese vencedora justamente a observância do que estabelece a lei, em consonância ao princípio basilar de regência da Administração Pública, qual seja, a supremacia do interesse público sobre o privado.

5. Antes de representar um direito atinente a quaisquer vantagens pecuniárias, o estabelecimento de tempo reduzido como critério de contagem de aposentadoria deve ser observado enquanto dever do Estado no atingimento de suas funções públicas, no que concerne especificamente às medidas de saúde pública e saúde do trabalho.

6. Na hipótese, limitar a eficácia da exceção constitucionalmente prevista é ir de encontro à supremacia do interesse público sobre o privado, mormente, reitere-se, quando lei posterior não tornará distintas as situações concretas laborativas vividas pelo servidor público e as idênticas a estas, reconhecidas pelo RGPS como penosas ou insalubres.

7. Embargos Infringentes improvidos.”

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, em julgamento do Mandado de Injunção nº 721, se pronunciou nos seguintes termos:

“MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 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 – ARTIGO 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 – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.”

Reproduzimos, à seguir, argumentos que fundamentaram a aludida decisão. Do voto do Ministro relator Marco Aurélio Melo, extraímos o seguinte excerto:

“Pois bem, na redação primitiva, a Carta de 1988, ao dispor sobre a aposentadoria dos servidores públicos, previa, ao lado das balizas temporais alusivas à jubilação espontânea, a possibilidade de lei complementar estabelecer exceções. Confira-se com o preceito:

Art. 40. O servidor será aposentado:

(...)

III – voluntariamente:

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

(...)

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

(...)

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, “a” e “c”, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

(...)

Com a Emenda Constitucional nº 20/98, afastou-se a óptica míope do sentido do verbo “poder” – considerado o tempo, futuro do presente, “poderá” -, para prever-se, no § 4º do artigo 40 da Carta que:

§ 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 os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

Tal afastamento foi mantido pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, que deu nova redação ao citado § 4º:

§ 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.

Então, é dado concluir que a jurisprudência mencionada nas informações sobre a existência de simples faculdade ficou, sob o ângulo normativo-constitucional, suplantada. Refiro-me ao que decidido no Mandado de Injunção nº 484-6/RJ, citados os precedentes formalizados quando do julgamento dos Mandados de Injunção nºs 425-1/DF e 444-7/MG. Em síntese, hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Permaneceu a cláusula da definição em lei complementar.

Assento, por isso, a adequação, da medida intentada. Passados mais de quinze anos da vigência da Carta, permanece-se com o direito latente, sem ter-se base para o exercício. Cumpre, então, acolher o pedido formulado, pacífica a situação da impetrante. Cabe ao Supremo, porque autorizado pela Carta da República a fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício de direito assegurado constitucionalmente.

Assim está autorizado pela norma do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal:

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;

O instrumental previsto na Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de ser acionados, tem natureza

mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa.”

No mesmo sentido foi o desfecho dado ao Mandado de Injunção nº 758, em recente decisão de 01.07.2008, cujo acórdão ainda não foi publicado.

Vê-se, portanto, que, ante a ausência de regulamentação, o Judiciário tem decidido no sentido de se aplicar aos casos concretos, por analogia, a legislação aplicável à iniciativa privada, ou seja, a Lei nº 8.213, de 1991.

PROPOSIÇÕES AFINS EM TRAMITAÇÃO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Inerente ao tema em debate, localizamos o Projeto de Lei Complementar nº 60, de 1999, em tramitação nesta Casa Legislativa, que dispõe sobre a aposentadoria especial para os trabalhadores que exercem atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física. A essa proposição foram apensados diversos projetos de lei complementar que tratam de assuntos correlatos à matéria tratada na proposição principal. Entretanto, tal proposição, bem como as demais apensadas, incorre em inconstitucionalidade por vício de iniciativa, conforme se verá adiante.

A INICIATIVA LEGIFERANTE DO PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR

A Constituição Federal, nos termos do art. 61, §1º, reserva ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa legiferante de algumas matérias:

“Art. 61.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

.....

II - disponham sobre:

.....

*c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e **aposentadoria**;*

.....”

Portanto, projeto de lei complementar que trate da aposentadoria especial deve ser, necessariamente, de iniciativa do Poder Executivo, não cabendo iniciativa parlamentar nesse sentido.

A QUESTÃO DA INCORPORAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, ao tratar sobre incorporação de adicionais e adicionais de insalubridade, assim dispõe:

“Das Vantagens

Art. 49. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I - indenizações;

II - gratificações;

III - adicionais.

§ 1º As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§ 2º As gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.

Art. 50. As vantagens pecuniárias não serão computadas, nem acumuladas, para efeito de concessão de quaisquer outros acréscimos pecuniários ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento.

(...)

Dos Adicionais de Insalubridade, Periculosidade ou Atividades Penosas

Art. 68. Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo.

§ 1º O servidor que fizer jus aos adicionais de insalubridade e de periculosidade deverá optar por um deles.

§ 2º O direito ao adicional de insalubridade ou periculosidade cessa com a eliminação das condições ou dos riscos que deram causa a sua concessão.”

Portanto, embora no art. 49, § 2º, exista a possibilidade de incorporação de adicional, como é o caso do adicional de insalubridade, no art. 68, § 2º, há disposição no sentido de que o direito é cessado no momento em que se elimina as condições ou os riscos que deram causa a sua concessão. Ou seja, ao passar para a inatividade o servidor não tem o adicional de insalubridade incorporado aos proventos de aposentadoria.

CONCLUSÕES

Realmente, como se pôde observar, constata-se haver mora legislativa na regulamentação do preceito constitucional disposto no artigo 40, § 4º, o que impede a efetivação do exercício de um direito aos servidores públicos. Assim, os casos concretos têm sido resolvidos no âmbito do Judiciário, que tem adotado, por analogia, a legislação aplicável no Regime Geral da Previdência Social.

É de se ressaltar que, conforme entendimento jurisprudencial, a edição da lei complementar não é facultativa. A faculdade se fazia presente nos termos originais do art. 40, § 1º, da Constituição Federal. Com o advento das Emendas Constitucionais, permaneceu a cláusula de definição em lei complementar, entretanto, revogou-se o caráter facultativo daquele dispositivo, eliminando-se qualquer dúvida sobre a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Apesar da boa vontade de alguns parlamentares, no sentido de promover a regulamentação, há de se ressaltar que a matéria está inserida no rol dos assuntos cuja iniciativa de lei é privativa do Chefe do Poder Executivo. Ou seja, cabe ao Presidente da República encaminhar proposição que venha a regulamentar a aposentadoria especial dos servidores públicos, prevista no art. 40, § 4º, da Constituição Federal.

No que diz respeito à incorporação do adicional de insalubridade nos proventos de aposentadoria, a providência a ser tomada também é de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, por tratar-se de matéria relativa ao regime jurídico dos servidores públicos.

São essas as considerações oportunas sobre a matéria.