

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUI – UESPI
CURSO BACHARELADO EM DIREITO

CARLA LUANA DA SILVA SANTOS

**APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 33 E A APOSENTADORIA
ESPECIAL NA ÀREA DA SAÚDE**

TERESINA

2018

CARLA LUANA DA SILVA SANTOS

**APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 33 E A APOSENTADORIA
ESPECIAL NA ÁREA DA SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual do Piauí como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Esp. Jhon Kennedy Teixeira
Lisbino

TERESINA

2018

CARLA LUANA DA SILVA SANTOS

**APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 33 E A APOSENTADORIA
ESPECIAL NA ÀREA DA SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual do Piauí como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Esp. Jhon Kennedy Teixeira
Lisbino

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Jhon Kennedy Teixeira Lisbino – (Orientador)

Profa. Dra. Adeilda Coelho de Resende

Prof. Msc. Orlando Mauriz Ramos

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiro, a Deus, por sempre me dar forças para persistir em busca dos meus objetivos. Ao meu orientador, Professor Jhon Kennedy Teixeira Lisbino, pela orientação, apoio e confiança.

À professora Adeilda Coelho de Resende pelas dicas que foram essenciais na elaboração do trabalho. À minha família e amigos por sempre acreditarem em mim.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A aprovação desta monografia não significará endosso do Professor Orientador Jhon Kennedy Teixeira Lisbino, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Piauí às ideias, opiniões e ideologias constantes no trabalho. A responsabilidade é inteiramente do autor.

Teresina, ____ de _____ de 2018.

Carla Luana da Silva Santos

RESUMO

A Constituição Federal prevê no inciso III, § 4º do artigo 40 que os servidores públicos exercerão o direito a aposentadoria especial nos termos e nos limites definidos em lei específica. Todavia, tem-se que desde a promulgação da constituição em 1988 até os dias hodiernos padece de regulamentação pelo poder legislativo. Diante dessa omissão legislativa, vários mandados de injunção foram impetrados pelos servidores públicos pleiteando a concessão do benefício à aposentadoria especial. Em vista disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu declarar a existência desse direito editando a Súmula Vinculante nº 33, pacificando o entendimento de que o direito a aposentadoria especial para os profissionais que exercem atividades sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física pode ser exercido mesmo antes da edição de lei específica. Para tanto, aplica-se subsidiariamente aos servidores públicos, no que couber, as regras do regime geral de previdência social que regula o direito da aposentadoria especial dos trabalhadores da iniciativa privada.

Palavras-chave: Aposentadoria Especial. Mandado de Injunção. Servidor Público. Regulamentação.

ABSTRACT

The Federal Constitution provides in paragraph III, paragraph 4 of article 40 that public servants will exercise the right to special retirement under the terms and within the limits defined by a specific law. However, it has been that since the promulgation of the constitution in 1988 until the present day it is subject to regulation by the legislative power. Faced with this legislative omission, several orders of injunction were filed by public servants pleading the granting of the special retirement benefit. In view of this, the Federal Supreme Court decided to declare the existence of this right by issuing Binding Summary 33, pacifying the understanding that the right to special retirement for professionals engaged in activities that undermine health or physical integrity may be exercised even before the specific law edition. For this purpose, the rules of the general social security scheme that governs the special retirement entitlement of private sector workers apply to civil servants, as applicable.

Keywords: Special Retirement. Injunction Order. Public server. Regulation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 APOSENTADORIA ESPECIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL	10
2.1 Direito Fundamental Social e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	10
2.2 A relação da saúde e ambiente de trabalho digno na preservação do trabalhador que se expõe a agentes agressivos prejudiciais a saúde e a integridade física	15
2.3 Instituto da Aposentadoria Especial como Mecanismo de Proteção da Saúde	16
3 MANDADO DE INJUNÇÃO E A CONSTRUÇÃO DOS REQUISITOS E CRITÉRIOS DIFERENCIADOS DA APOSENTADORIA ESPECIAL	19
3.1 Requisitos e Critérios Diferenciados para a Concessão da Aposentadoria Especial.....	19
3.2 Trajetória do Mandado de Injunção na Jurisprudência do STF.....	23
4 NORMAS DO REGIME GERAL E A SÚMULA VINCULANTE N. 33.....	28
4.1 O Fundamento da Edição da Súmula Vinculante n. 33	28
4.2 Dificuldade do Servidor Público em adquirir o benefício da aposentadoria especial após a edição da súmula vinculante n. 33.....	32
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS	40

1 INTRODUÇÃO

A aposentadoria especial é um direito fundamental dos servidores públicos, previsto na Constituição Federal, encontra-se ainda de forma ampla e não regulamentada por legislação própria até os dias de hoje. E, conseqüentemente, essa fragilidade normativa acaba gerando incertezas e dúvidas sobre o tema.

Nesse sentido, o presente trabalho visa elucidar sobre as dificuldades dos profissionais da saúde em adquirir o benefício da aposentadoria especial no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social com previsão no § 4º, do art. 40 da CF.

Tal previsão constitucional expressa os requisitos e critérios diferenciados caracterizados pela redução do tempo de serviço do servidor que exerceu as suas funções em condições ambientais peculiares, com a condição de que seja regulamentada através de lei complementar.

Em razão da inércia do Poder Legislativo, que não regulamentou a lei complementar sobre a matéria, os servidores públicos que se enquadram nesse contexto omissivo, notadamente, aqueles ligados à área da saúde, buscam no judiciário a proteção do tratamento diferenciado para pleitear a concessão da aposentadoria especial, impetrando ações de mandado de injunção junto ao Supremo Tribunal Federal.

Após transcurso do tempo, com a persistente incidência das ações de mandado de injunção e decisões semelhantes, o STF com o objetivo de concretizar judicialmente uma solução capaz de viabilizar o direito fundamental da aposentadoria especial, decidiu declarar a existência do direito originando a súmula vinculante nº 33, concedendo a todos os servidores expostos a agentes nocivos o uso das regras do Regime Geral de Previdência Social de forma subsidiária no RPPS para a concessão da aposentadoria especial.

No âmbito do regime geral de previdência social, aos trabalhadores a ele vinculados tem previsão constitucional para redução dos seus tempos de esforços laborais estabelecido no artigo 201, § 1º, da nossa Lei Fundamental. Nele consta, igualmente, a previsão de norma regulamentadora como requisito para alcance do benefício.

Ocorre que, os trabalhadores inscritos no Instituto Nacional de Seguridade Social ficaram assegurados à aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91, enquanto uma legislação específica não fosse confeccionada. Enquanto isso, para os trabalhadores lotados na área específica permanece a omissão do legislador infraconstitucional, já passados mais de 30 anos da implantação da nossa Lei Maior, constituindo, como refere à doutrina, uma “mora legislativa” acerca da lacuna normativa.

Com o advento da Súmula Vinculante nº 33, o Supremo Tribunal Federal passou aplicar analogicamente os dispositivos relativos à aposentadoria especial do Regime Geral de Previdência Social aos servidores públicos que se encontram na situação prevista no inciso III do § 4º do art. 40 da CF como forma de suprir a omissão legislativa, colocando fim a vários mandados de injunção impetrados para sanar a falta de norma regulamentadora.

Assim, o presente trabalho se propõe analisar a aplicação da Súmula Vinculante nº 33 na efetivação do direito à aposentadoria especial dos profissionais da saúde filiados ao RPPS e os requisitos indispensáveis que estão dificultando a concessão do benefício previdenciário na seara administrativa.

No primeiro capítulo será abordado sobre a aposentadoria especial como direito fundamental social em prol do respeito à dignidade da pessoa humana, a relação da saúde e o ambiente de trabalho digno na preservação do trabalhador que se expõe a agentes agressivos prejudiciais a saúde e a integridade, bem como as medidas paliativas de proteção do trabalhador.

No segundo capítulo será sintetizado os requisitos e critérios diferenciados para a concessão do direito a aposentadoria especial, destacando a utilização do remédio constitucional do mandado de injunção como tentativa de sanar as omissões legislativas e a trajetória da evolução das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

E por fim, o terceiro capítulo discorrerá sobre a edição da Súmula Vinculante nº 33 no que tange a aplicação subsidiária das regras do Regime Geral de Previdência Social nos casos dos profissionais da saúde que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, assim como as dificuldades em adquirir o benefício da aposentadoria especial após a edição da Súmula Vinculante nº 33.

2 APOSENTADORIA ESPECIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A consagração dos direitos fundamentais são conquistas alcançadas ao longo da história pelo homem, que surgiram com a finalidade de limitar e controlar os abusos do poder estatal, bem como garantir aos cidadãos uma vida mais digna. No que tange a aposentadoria especial, refere-se a um direito fundamental social que tem como escopo a instauração de um Estado Democrático de Direito, visto que viabiliza a possibilidade dos trabalhadores que laboram em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física o mínimo de proteção capaz de lhes resguardar a sobrevivência digna. Para o doutrinador Bulos¹, sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e em alguns casos não sobrevive.

2.1 Direito Fundamental Social e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Os direitos fundamentais assume um importante papel para a sociedade. Tendo por objetivo básico estabelecer condições mínimas em prol do respeito à dignidade da pessoa humana, propiciando convivência pacífica garantidora para o desenvolvimento de um mundo justo, solidário e humano.

Segundo José Afonso da Silva, a expressão que melhor define direitos fundamentais é “direitos fundamentais do homem”:

constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas².

Podemos destacar, que é a expressão mais utilizável, pelo seu caráter mais abrangente, englobando não só os direitos do homem em sua individualidade, mas todos os direitos consagrados na Constituição Federal. Assim, assumindo o caráter concreto de normas positivas constitucionais.

O reconhecimento dos direitos fundamentais se deu de forma progressiva e sequencial, assim, surgindo no século XVIII, a partir das Revoluções Americana e Francesa,

¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 401.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 178.

onde se deu início à formação mais completa dos direitos humanos fundamentais, o que ocasionou à sua classificação em gerações.

As gerações desses direitos foram baseadas no lema da Revolução Francesa, que dividiu em três princípios basilares a matéria dos direitos fundamentais, com a seguinte sequência histórica: liberdade, igualdade e fraternidade, o que busca repassar uma ideia de que eles não surgiram todos em um mesmo momento histórico, mas fruto de uma evolução histórico-social, de conquistas alcançadas pela sociedade.

Assim, para facilitar o entendimento dessa evolução histórica, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal resume muito bem o entendimento da Corte sobre as etapas em que esses direitos percorreram:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.³.

Os direitos fundamentais caracterizam uma sociedade política que configura valores eternos e universais, inspirado nos movimentos históricos, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana com condições mínimas de vida para a concretização dos direitos.

A necessidade de condições mínimas de trabalho remete à crise do Estado liberal, provocada pelo forte avanço da industrialização. Nas fábricas os trabalhadores eram mantidos em ambientes precários e insalubres. E a partir dessas condições, os trabalhadores, por meio de movimentos reivindicatórios, passaram a exigir uma posição mais atuante do Estado.

Tendo em vista os diversos movimentos históricos, a Constituição de Weimar de 1919 foi o grande marco dos direitos sociais influenciado por reivindicações trabalhistas e pelo surgimento de doutrinas socialistas para a realização da igualdade material.

No que concerne especificamente à previdência social, direito fundamental intimamente inter-relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, foi recepcionada

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n. 22.164/SP. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ DE 17-11-1995. p. 405. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28220678/enquanto-os-direitos-de-primeira-geracao>> Acesso em: 05-11-2017.

como Direito Fundamental com fundamento positivado na Constituição Federal de 1988, mais especificamente como direito social de segunda geração.

A segunda geração dos direitos fundamentais foi consagrada ao longo do texto constitucional representando um grande progresso na sociedade em relação ao avanço da proteção dos direitos fundamentais à condição humana. Destarte, estabelece o art. 6º da Constituição Federal:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição⁴.

Tem-se o conceito de direitos sociais na doutrina de Uadi Lammêgo Bulos: “são direitos as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais descentes e condignas com o primado da igualdade real”⁵.

Para José Afonso da Silva, os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais⁶.

Assim, podemos dizer que os direitos sociais são prestações positivas porque apontam um fazer por parte do Estado, que têm a responsabilidade de realizar os serviços para concretizar os direitos sociais, proporcionando condição mais harmonizável com o exercício efetivo da liberdade e igualdade social.

No que diz respeito à dignidade da pessoa humana, foi positivado pelo constituinte como fundamento do constitucionalismo democrático, tendo por base o homem e sua dignidade, conforme previsto no art. 1º, III e do preâmbulo da Constituição Federal. É, portanto, um princípio jurídico fundamental, resultado do processo de redemocratização da sociedade.

Com o objetivo de conceituar a dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet, assim preconiza:

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_6_.asp > Acesso em: 10-11-2017.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 619.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 286.

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁷.

Os direitos sociais em um Estado Social de Direito devem ser cumpridos e reconhecidos obrigatoriamente, pois constitui liberdades positivas, com a finalidade de beneficiar os hipossuficientes, garantir a qualidade de vida a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e assistência aos desamparados.

Na condição de direitos fundamentais, os direitos sociais são indispensáveis para a efetivação da dignidade da pessoa humana. O Estado, no seu dever de concretização desses direitos deve garantir o mínimo existencial, capaz de prover-lhe a subsistência dos seres humanos para viver de maneira plena e satisfatória.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, sintetiza que a dignidade da pessoa humana possui dupla dimensão, uma dimensão negativa (defensiva) e uma dimensão positiva (prestacional), manifestadas em face da autonomia da pessoa humana (“vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência”) e da proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado⁸.

O direito à existência digna passa pelo cumprimento de prestações positivas, e o Estado, na busca de melhoria para o bem-estar do homem, deve proteger os direitos individuais e, além disso, assegurar condições materiais mínimas de existência aos indivíduos.

2.2 A relação da saúde e ambiente de trabalho digno na preservação do trabalhador que se expõe a agentes agressivos prejudiciais a saúde ou a integridade física

Na abordagem citada anteriormente, no que diz respeito às condições mínimas de vida, necessário para o bem-estar do homem, podemos sintetizar que a princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional assecuratório de suma importância para os indivíduos, principalmente, na garantia de melhores condições de trabalho.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 60.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 71.

No que se refere às condições de trabalho, é necessário à proteção do meio ambiente de trabalho, uma vez que este influencia diretamente a dignidade do trabalhador no que diz respeito à integridade física e mental.

Nesse diapasão, trataremos sobre a preocupação do legislador no que se refere à proteção do trabalho e do trabalhador, bem como ao meio ambiente do trabalho. Neste caso, podemos destacar alguns dispositivos da Constituição Federal que fazem menção a proteção do trabalhador, *in verbis*⁹:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI- defesa do meio ambiente;

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Tendo como ênfase os artigos supracitados, é notória a imposição do princípio da dignidade da pessoa humana como pressuposto de respeito à integridade física e psíquica do trabalhador, o que garante condições justas e adequadas de vida, valores estes que devem ser destinados no meio ambiente do trabalho.

Em que pese, às condições de efetiva proteção de bem-estar do trabalhador para a melhoria da qualidade de vida. A Organização Mundial de Saúde (OMS) conceituou a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”.

Diante desse conceito, percebe-se que “o elemento saúde no trabalho depende de uma série de condicionantes, não sendo entendido somente como ausência de doença e outros agravos”¹⁰.

Então, saúde não é somente ausência de doença ou enfermidade. No art. 3º da Lei nº 8.080/90 estão elencados alguns fatores determinantes e condicionantes tais como: a

⁹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30-04-2018.

¹⁰ ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 126.

alimentação, a moradia, o saneamento, básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Todas essas ações se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Dessarte, como é direito fundamental do ser humano a proteção à vida e a integridade física, o ponto de partida para a garantia desses direitos é a preservação do meio ambiente de trabalho¹¹.

O ambiente de trabalho equilibrado acarreta não somente inexistência de fatores de risco no desempenho das atividades laborais, mas, sim às condições de efetiva proteção de bem-estar do trabalhador indispensável ao gozo de uma vida digna. Por isso, o ambiente de trabalho deve ser seguro, limpo e salubre para assegurar o trabalhador sua dignidade e maior qualidade de vida.

Nesse escopo, o ideal é que o ambiente de trabalho não manifeste riscos à integridade física, devendo o ambiente ser íntegro, de modo a preservar a saúde e segurança, principalmente, os profissionais que exercem suas atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou à integridade física.

No artigo 7º inciso XXII, a Constituição Federal assegura a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Para tanto, existem os equipamentos de proteção individual destinado para a proteção do trabalho, mas que ainda é um método ineficaz para eliminar completamente os riscos do ambiente que comprometem a saúde e a integridade física.

Nessa acepção afirma Marcelo Schaefer: “Assim deve-se entender que um ambiente de trabalho íntegro não pode apresentar oportunidade de danos à saúde ou à segurança do trabalhador”¹².

Tratando sobre o meio ambiente íntegro, também se manifesta Guilherme Oliveira Catanho da Silva:

Sendo assim, o trabalho deve ser visto como uma forma de se ganhar a vida e não de se perdê-la, devendo o ser humano ser valorizado em todas as suas formas, sempre. Portanto, respeitando-se as garantias e direitos fundamentais amplamente assegurados pela Constituição Federal de 1988, conseguiremos viabilizar uma sociedade mais justa e solidária, na qual o trabalhador seja

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 843.

¹² SCHAFER, Marcelo. **Aspectos legais para avaliação da periculosidade em um ambiente do trabalho**. Disponível em: <<http://www.creadigital.com.br/portal?txt=3177333732>>. Acesso em: 30-04-2018.

considerado como pessoa humana merecedora de uma vida digna, fazendo jus aos preceitos constitucionais que lhes são destinados¹³.

Nessa lógica, infere-se que é inegável a relação direta que o ambiente de trabalho tem com a integridade física e moral do trabalhador. Em vista disso, já que não é possível cessar os riscos aos quais os profissionais da área da saúde estão inseridos no meio ambiente de trabalho, é oportuno que sejam adotadas medidas de proteção da saúde do trabalhador que o indenizem como forma de compensar pelo desgaste físico sofrido durante o desempenho de suas atividades laborais.

2.3 Instituto da Aposentadoria Especial como Mecanismo de Proteção da Saúde

A saúde é um bem indispensável à vida humana. Mas, para alguns profissionais da saúde a busca pela preservação da saúde se torna praticamente algo inalcançável, devido a natureza da atividade desempenhada no exercício da profissão. Em consequência disso, torna-se inevitável a exposição do trabalhador a agentes nocivos à saúde ou à integridade física.

Ante o exposto, Donadon¹⁴ ressalta a existência de soluções que revelam medidas paliativas como os adicionais de insalubridade e de periculosidade, bem como a instituição da aposentadoria especial. Então, não obstante tratar-se de um benefício que tem relação com o ambiente de trabalho, foi instituído como benefício previdenciário.

Antes de iniciar sobre a aposentadoria especial, é importante salientar que é um benefício da previdência social, uma instituição responsável por dar cobertura para seus segurados nas situações de riscos ou contingências sociais, no que assevera Fábio Zambitte Ibrahim, “são as adversidades da vida a que qualquer pessoa está submetida, como risco de doença ou acidente, tanto quanto eventos previsíveis, como idade avançada – geradores de impedimento para o segurado providenciar sua manutenção”¹⁵.

Podemos evidenciar que os riscos sociais são os benefícios e serviços cobertos pelos Regimes Previdenciários em prol dos segurados e dependentes, e compreende as seguintes prestações como: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-

¹³ SILVA, Guilherme Oliveira Catanho da. Meio ambiente de trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-meio-ambiente-do-trabalho-e-o-princ%C3%ADpio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 30/04/2018.

¹⁴ DONADON, João. **Benefício de Aposentadoria Especial aos Segurados do Regime Geral de Previdência Social que Trabalham Sujeitos A Agentes Nocivos – Origem, Evolução e Perspectiva**. p. 12. Disponível em: <<http://www.segurancaetrabalho.com.br/download/aposenta-donadon.pdf>>. Acesso em: 23-04-2018.

¹⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20.ed.Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 28.

maternidade, auxílio-acidente, pensão por morte, auxílio-reclusão, serviço social e reabilitação profissional.

Segundo Sérgio Pinto Martins a previdência social:

“é o segmento da Seguridade Social, composta de um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, quando ocorrer certa contingência prevista em lei”¹⁶.

No que tange especificamente a um dos tipos de contingências sociais está a aposentadoria especial, um benefício previdenciário que objetiva garantir ao segurado uma recompensa pelo desgaste decorrente do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à sua saúde ou integridade física.

E nas palavras de Maria Helena Alvim Ribeiro, trata-se de um benefício em forma de compensação para aqueles que se dispuseram ou não tiveram alternativa ocupacional, a realizar atividade em que expunham sua saúde ou integridade física aos riscos oriundos do trabalho, em prol do desenvolvimento nacional¹⁷.

Adriane Bramante de Castro Ladenthin¹⁸ a define como “espécie de prestação previdenciária, de natureza preventiva, destinada a assegurar proteção ao trabalhador que se expõe efetivamente a agentes agressivos prejudiciais à saúde ou à integridade física durante os prazos mínimos de 15, 20 ou 25 anos”.

A concessão da aposentadoria especial se trata de uma indenização social pela exposição aos agentes nocivos ou possibilidade de prejuízos à saúde do trabalhador, distinguindo-a da aposentadoria por tempo de contribuição e da aposentadoria por invalidez¹⁹.

Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari²⁰ salienta que

Aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição. Com redução do tempo necessário a inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais a saúde ou a

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 18.ed., São Paulo: Atlas, 2002.p.302.

¹⁷ RIBEIRO, Maria Helena Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da aposentadoria especial**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 25.

¹⁸ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial: teoria e prática**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 23.

¹⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial em 420 perguntas e respostas**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 23.

²⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 8.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 499.

integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito as condições de trabalho inadequadas.

De acordo com o conceito de aposentaria especial citado anteriormente por alguns autores, podemos notar que há divergência de entendimento, na qual uma parte dos autores considera que a aposentadoria especial seria uma espécie do gênero aposentadoria por tempo de contribuição e outros consideram que a aposentadoria especial possui características próprias, distintas dos demais benefícios previdenciários.

Com a finalidade de deixar bem claro as características desta aposentadoria, Ladenthin²¹ faz uma sucinta comparação com outras modalidades de aposentadoria:

Distingue-se aposentadoria especial da por tempo de contribuição, pois a primeira é autônoma. Na aposentadoria especial o tempo necessário é de 15, 20 ou 25 anos de efetiva exposição aos agentes nocivos, enquanto na por tempo de contribuição é necessário que o segurado tenha trabalhado por pelo menos 35 anos de contribuição. Difere, também, a aposentadoria especial da aposentadoria por invalidez, pois nesta tem natureza reparadora e na aposentadoria especial tem natureza preventiva. A aposentadoria especial pressupõe a proteção do trabalhador que durante anos se expôs a agentes agressivos prejudiciais à saúde ou à integridade física. A segunda decorre da incapacidade e insusceptibilidade de reabilitação do segurado.

No que tange a natureza jurídica do benefício da aposentadoria especial ela tem natureza preventiva, pois exige que o trabalhador abandone o ambiente nocivo na qual exerce suas atividades após a concessão da aposentadoria especial.

Entretanto, podemos observar que os requisitos e critérios diferenciados da aposentadoria especial têm por finalidade prevenir o trabalhador e não permitir que o segurado chegue a manifestar danos à saúde, devendo ser cumprido o tempo máximo exigido de 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de exposição de atividades exercidas em ambientes insalubres.

²¹ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial: teoria e prática**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 23-26.

3 MANDADO DE INJUNÇÃO E A CONSTRUÇÃO DOS REQUISITOS E CRITÉRIOS DIFERENCIADOS DA APOSENTADORIA ESPECIAL

A ação do mandado de injunção é um instrumento de garantia jurídico constitucional destinado ao exercício de prerrogativas, liberdades e direitos relacionados à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando estes não podem ser exercidos pela ausência de norma regulamentadora. Em vista disso, no que tange a concessão da aposentadoria especial aos servidores públicos, cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, essa matéria será apreciada pelo STF, por meio da impetração de injunção.

3.1 Requisitos e Critérios Diferenciados para a Concessão da Aposentadoria Especial

A prestação previdenciária da aposentadoria, na sua generalidade, tem requisitos e critérios iguais a serem observados pelo servidor público. Contudo, em algumas circunstâncias, por sua natureza e especificidade, requerem tratamento diferenciado, exigindo em razão disso que sejam estabelecidos critérios e requisitos não previstos pela regra geral.

Segundo o autor Clemilton da Silva Barros²², a finalidade precípua dessa espécie de benefício previdenciário está relacionada com o princípio da isonomia, buscando a ordem jurídica, de algum modo, igualar aos segurados exercentes de atividade comum, aqueles cuja atividade profissional se der de forma mais desfavorável e desgastante.

Por essa razão, entende-se que o legislador quis emparelhar o trabalhador sujeito a determinados esforços físicos ou riscos, com aplicação de condições diferenciadas para suportar o serviço exigido em relação aos trabalhadores que exercem suas atividades em condições normais, assim, retirando o trabalhador antecipadamente das atividades laborais para que ele não tenha sua saúde comprometida.

O artigo 40, § 4º da Constituição Federal de 1988, prevê a possibilidade de aposentadoria diferenciada para os servidores públicos, *in verbis*:

²² BARROS, Clemilton da Silva. **A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do artigo 40, parágrafo 4º, da CF.** Campinas/SP: Servanda Editora, 2012. p. 280.

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.

(...)

§ 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.

O Regime Próprio de Previdência Social de que trata este artigo é um sistema de previdência instituído no âmbito de cada ente federativo, integrado pela União, Estados ou Municípios, que assegura, através de lei, os benefícios em prol dos seus servidores públicos e militares.

Segundo Kertzman²³, todos os Estados brasileiros e o Distrito Federal instituíram os seus próprios regimes, com contribuições e benefícios específicos, sempre regidos por leis. Mas podemos enfatizar, que alguns municípios que não possui regime próprio de previdência, os seus servidores estarão obrigatoriamente filiados ao Regime Geral de Previdência Social.

Podemos ressaltar, que o RPPS somente abrange os servidores públicos titulares de cargos efetivo dos entes federativos; possui caráter contributivo, os filiados deem contribuir, possibilitando que na ocorrência de algum risco social venham gozar de um benefício previdenciário; possui caráter solidário, o seu funcionamento engloba o sistema previdenciário como um todo; o RPPS depende de contribuição dos servidores ativos, inativos e pensionistas para a manutenção do regime, tendo como base a solidariedade social e o equilíbrio financeiro para garantir o direito aos beneficiários atuais e futuros.

Os benefícios previdenciários dos servidores públicos amparados na Constituição são as aposentadorias por invalidez, aposentadorias compulsórias e aposentadorias voluntárias previstas no art. 40, §1º da CF, abrangendo também, as aposentadorias especiais dos servidores públicos, que podem ser concedidas aos que exercem atividades de risco, insalubre ou para portadores de deficiência, como prevê o artigo explícito anteriormente. Além das aposentadorias, há previsão de pensão por morte e abono de permanência em serviço.

²³ KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12.ed.Salvador:JusPodivm, 2015.p.38.

Conforme descrito no artigo anterior, tendo como parâmetro a aposentadoria especial dos profissionais da área da saúde filiado ao RPPS, na qual estes profissionais estão enquadrados nas atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física é admissível haver regras e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria especial.

Nessa acepção, para que seja possível a aposentadoria especial dos profissionais da saúde de forma diferenciada da regra geral, é necessária a existência de lei complementar para regulamentar a matéria. Visto que, o art. 40, parágrafo 4º da CR/88, não é autoaplicável, classificando-se como norma de eficácia limitada, de acordo com a teoria de José Afonso da Silva.

No entanto, o nosso sistema legislativo é omissivo quanto à lei que regulamente tal matéria, o que acaba tornando inviável o exercício de um direito que até então está assegurado pela Constituição Federal, o que acaba resultando em um obstáculo para os servidores públicos pleitearem a aposentadoria especial.

Diante disso, a Administração vem negando, de plano, os requerimentos dos servidores públicos de aposentadoria especial com o argumento de que não há lei regulamentadora do benefício.

Com esse problema, a matéria chegou então ao STF, por meio de várias ações de mandados de injunção, uma vez que a ausência de norma regulamentadora tornou inviável o exercício do direito fundamental constitucional à aposentadoria especial pelo servidor público.

Dessa forma, ante a carência de norma regulamentadora, o STF decidiu que a questão da aposentadoria especial dos servidores públicos deve ser apreciada por essa Corte Superior por meio de impetração de mandado de injunção.

O mandado de injunção é uma ação constitucional garantidora dos direitos, prerrogativas e liberdades criados pela Constituição Federal de 1988. A nossa carta magna, estabelece em seu inciso LXXI do art. 5º, que: “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 Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, decidiu pela executoriedade autônoma do referido instituto, independente de lei para regulamentá-lo, em face do parágrafo

1º do mesmo artigo 5º, que preceitua que normas definidoras de direitos fundamentais, quais sejam, aquelas previstas por este artigo, têm aplicação imediata²⁴.

Quanto à matéria abordada sintetiza Ingo Wolfgang Sarlet:

Por estas razões, há como sustentar, [...] a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata dos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrados, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF [...]²⁵.

Conclui-se que, a inexistência de distinção do regime jurídico em relação a regra contida no § 1º, do art. 5º, da CF, por si só, não é suficiente para modificar os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de eficácia plena.

No que tange os direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e a eficácia plena atribui condição de norma geral, com ressalva nas exceções que, para serem consideradas autênticas, depende da justificativa plausível e fundamentada à luz do caso concreto para atender litígios individuais, baseado em cada direito fundamental de forma específica.

Por tratarem de direitos fundamentais, não é suficiente que os direitos sociais estejam previstos na Constituição como meio de concretização dos direitos. É necessário que sejam efetivados na prática pela atuação estatal, seja através de leis regulamentares, sejam através da oferta de prestações positivas em prol do indivíduo.

Efetivamente, aponta-se o mandado de injunção como uma ferramenta de verdadeira consumação prática da disposição do art. 5º, § 1º, da Constituição, tornando “todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente”, mesmo ainda se encontrando carentes da respectiva regulamentação, modificando faculdades previstas pelo dispositivo Constitucional em concretas garantias.

O mandado de injunção é conceituado pelo doutrinador Alexandre de Moraes em sua obra Direito Constitucional, da seguinte forma:

O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma

²⁴ BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 782-783.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 263.

prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à síndrome de inefetividade das normas constitucionais²⁶.

Isto é, está evidente que a conceituação doutrinária de que o remédio constitucional ora tratado veio como tentativa de sanar as omissões inconstitucionais, de responsabilidade do Poder Público, para que seja viabilizada a total concretização dos direitos, liberdades e prerrogativas previstas constitucionalmente, refutando a síndrome de inefetividade das normas constitucionais já definidas.

O mandado de injunção é um remédio constitucional e representa uma das maiores inovações para a tutela jurisdicional no que tange especificamente os direitos e garantias fundamentais. Tendo em vista que o direito a aposentadoria especial é um direito fundamental, nada mais cabível do que a utilização do mandado de injunção pelo judiciário para suprir uma omissão praticada pelo legislador.

Destarte, o constituinte originou o mandado de injunção a fim de suprir a inércia do Poder Legislativo em regulamentar os vários direitos fundamentais e, com isso, evitar as intermináveis discussões sobre a eficácia das normas constitucionais, que dizem terem aplicações imediatas às normas garantidoras dos direitos fundamentais.

O mandado de injunção tem como objeto: “[...] normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade”²⁷. Contudo, vê-se que sempre serão imprescindíveis, para caracterizarem-se como objetos, as lacunas na estrutura normativa, que precisam de leis ou atos normativos para serem preenchidas.

3.2 Trajetória do Mandado de Injunção na Jurisprudência do STF

Em torno do mandado de injunção, tem gerado muita hesitação e questionamentos, ocasionando soluções diversificadas pelos operadores do Direito, ora limitando-se estes à simples declaração de omissão legislativa; ora declarando a omissão e estipulando prazo para o Poder competente saná-la; ora suprimindo a falta da norma; e ora determinando o gozo do direito obstado devido à omissão legislativa.

²⁶ MORAES, A. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 296.

²⁷ *Ibidem*, 2016. p. 296-297.

A atuação do Supremo Tribunal Federal nas decisões jurisprudenciais é possível averiguar o empenho por parte dos seus membros no sentido de compreender o instituto do mandado de injunção da maneira que melhor se adeque com a finalidade estabelecida pela Constituição de 1988, aplicando através de meios hábeis à garantia e efetivação dos direitos que ela mesma estabelece.

Assim, muitos posicionamentos são constatados a partir mesmo da primeira ação de injunção apreciada entre seus próprios membros, cujas decisões, consoante se verá, alternam posicionamentos que vão desde o simples reconhecimento da mora legislativa, até o provimento do exercício do direito constitucionalmente previsto, abrindo espaço para novas correntes de pensamento, finalizando mesmo a se conferir efeito *erga omnes*.

Podem ser sistematizadas em três momentos característicos as correntes que marcaram a trajetória do mandado de injunção, a destacar uma ordem evolutiva de posicionamentos, tendo-se, inicialmente, uma natureza meramente declaratória. Nesse raciocínio, segue a ementa do Mandado de Injunção nº 107:

EMENTA : - Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9., da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir . - Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem "legitimatatio ad causam" ,em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele . - Em se tratando, como se trata, de servidores publicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrario, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores publicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito . - Precedente do STF: MI 235. Mandado de injunção não conhecido...²⁸

Posteriormente no Mandado de Injunção nº 283, foi incorporado, além da declaração de mora do Legislativo, o estabelecimento de prazo, por parte do Supremo Tribunal Federal, para que houvesse o preenchimento da lacuna legislativa existente. Corolário, então, na instituição de contornos mandamentais ao instituto, como pode ser analisado a seguir:

- Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessaria ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção: MI 107 DF**. Relator: Moreira Alves. DJ: 21/11/1990. JusBrasil, 1991. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

8., par.3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (...) d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.:²⁹

Em seguida, no Mandado de Injunção nº 708, refere-se ao direito de greve no serviço público, os ministros do STF reconheceu a omissão legislativa e determinou a aplicação, no que fosse cabível, a lei nº 7.783/89 (Lei Geral de Greves), a decisão trouxe uma inovação no sentido de adotar a teoria concretista em caráter geral, ou seja, abrangeu o benefício em prol de todo o funcionalismo público, atribuindo assim efeito *erga omnes* à decisão decorrente do mandado de injunção, como mostra a seguir:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIACÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os elementos operacionais: seguintes i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; (...) 6.7. Mandado de injunção conhecido

²⁹ BRASIL.STF. **Mandado De Injunção: MI 283 DF**. Relator: Sepúlveda Pertence. DJ: 20/03/1991. JusBrasil, 1991. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752112/mandado-de-injuncao-mi-283-df>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis³⁰.

Percebe-se, que evolui o posicionamento do atual entendimento do STF com relação às especificidades do mandado de injunção. Contudo, é certo que hoje a Corte Suprema admite a possibilidade de uma regulação provisória sobre determinada matéria pela via do mandado de injunção.

A base para as decisões supracitadas tem fundamento nas teorias concretista e não concretista, que se desdobram os confrontos teóricos entre os membros da Corte Suprema. Na tese não concretista, o Poder Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade da omissão, vai tão somente comunicar ao órgão competente para que adote as medidas necessárias à regulamentação que ora é exigida pelo dispositivo constitucional. Pela tese concretista, o Poder Judiciário, por meio de uma decisão constitutiva, vai viabilizar o exercício do direito que se encontra inexecutável ante a ausência de regulamentação.

O grande marco para a aposentadoria especial para os servidores que trabalhavam expostos a agentes nocivos prejudiciais à sua saúde ou integridade física está relacionado ao Mandado de Injunção nº 721, impetrado no ano de 2007, contendo o seguinte teor:

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 8.213/91³¹.

Nota-se que a forma utilizada pelo STF para resolver o problema da ausência de regulamentação da aposentadoria especial para os servidores públicos expostos a agentes

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado De Injunção: MI 708 DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 25/10/2007. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção: MI 721 DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 30/08/2007. JusBrasil, 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/26837351/mandado-de-injuncao-mi-721-df>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

nocivos, foi semelhante ao caso da falta de lei regulamentando a greve dos servidores públicos: o uso da analogia como meio de preencher a lacuna legislativa.

Através deste mandado, adveio o deferimento do direito à aposentadoria especial, concedida à servidora pública na área da saúde. Ou seja, o Mandado de Injunção nº 721 favoreceu fortemente para estabilizar o posicionamento concretista da Suprema Corte, além da declaração do reconhecimento do direito, determinar a sua aplicação.

Os doutrinadores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari destaca que a decisão do Mandado de Injunção nº 721 foi um marco na matéria da aposentadoria especial no serviço público. A maioria dos impetrantes são pertencentes do quadro da área da saúde no setor público federal. O relator dessa precedente matéria foi o ministro Marco Aurélio Mello que determinou a fixação provisória das regras do regime geral de previdência social, como balizamento para o serviço prestado pelo trabalhador servidor, frente à inexistência de lei específica nos entes públicos que pudesse lhe dar guarida³².

Destaca-se que a postulante do Mandado de Injunção é servidora pública federal vinculada ao Ministério da Saúde, aduzindo laborar sob condições especiais, objetiva a supressão da lacuna legislativa referente ao exercício do direito à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º da CF/88, com consequente efetivação da pretendida aposentadoria pela aplicação do art. 57, da Lei nº 8.213/91, afirmando já ter trabalhado por mais de 25 anos como auxiliar de enfermagem, atividade considerada insalubre para os fins do referido art. 40, § 4º da CF/88³³.

A Suprema Corte julgou parcialmente na decisão e declarou a lacuna legislativa, proferindo uma decisão de natureza constitutiva, com efeitos para as partes. Percebe-se que na ementa do julgado, a Corte apontou a regra a ser adotada na hipótese concreta, ou seja, supriu a lacuna normativa que faltava, facultando a parte impetrante valer-se do instrumento processual adequado para alcançar sua aposentadoria.

³² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 865-867.

³³ BARROS, Clemilton da Silva. **A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do artigo 40, parágrafo 4º, da CF**. Campinas/SP: Servanda Editora, 2012. p. 280.

4 NORMAS DO REGIME GERAL E A SÚMULA VINCULANTE Nº 33

Consoante ao discorrido no capítulo abordado anteriormente sobre a trajetória do Mandado de Injunção, o Supremo Tribunal Federal com o intuito de standardizar o entendimento jurisprudencial acerca dos reiterados julgamentos de mandados de injunção, referentes à aposentadoria especial no serviço público, surgiu à edição da Súmula Vinculante nº 33. Deste modo, restou assentado à aplicação subsidiária das regras do regime geral de previdência social sobre a aposentadoria especial para os casos dos servidores que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

4.1 O Fundamento da Edição da Súmula Vinculante nº 33

A Súmula Vinculante é um instrumento de padronização do direito, vinculativo dos Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como suas autarquias e fundações, que tem por objetivo colocar fim a controvérsia da interpretação do direito até então mutável nas Cortes de Justiça, trazendo segurança jurídica.

Foi originada com a Emenda Constitucional 45/2004, acrescentada a Constituição Federal pelos seguintes dispositivos:

Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (EC 45/2004)

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinantes, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. §2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.³⁴

³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2014.

Nos dizeres de José Afonso da Silva, mencionado livro:

Como se viu, as súmulas vinculam não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federais, estadual, e municipal, e, assim, tolhem uma correta apreciação das alegações de lesão ou ameaça de direito que está na base do direito de acesso à Justiça, sem que se veja como elas podem reduzir o acúmulo de feitos perante o Supremo Tribunal Federal, pois só nesse âmbito têm aplicação.³⁵

A súmula deve ser aprovada através de um processo, pois impõe que a jurisprudência da matéria seja debatida e sua existência venha de reiteradas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Para que seja necessário enfatizar a importância dos efeitos vinculante das súmulas é primordial que as decisões que provocaram sua edição sejam devidamente fundamentadas.

Nessa perspectiva, foi editada a Súmula Vinculante nº 33 tendo como fundamento o crescimento extraordinário de julgamento de milhares Mandados de Injunção impetrados por servidores e a continuidade da omissão legislativa quanto ao assunto.

Podemos notar esse crescente número através da pesquisa realizada no período de 2005 a 2013 pelo Ministro Teori Zavascki, publicada no Jornal Folha de São Paulo, de 16/05/2014, que mostra o levantamento da quantidade de processos concernente à matéria, verificando-se que 5.219 Mandados de Injunção (ação que pede a regulamentação de uma norma da Constituição em caso de omissão dos poderes competentes), 4.892 eram referentes à concessão de aposentadoria especial dos servidores.³⁶

Em razão do levantamento da quantidade de processos pertinente à matéria, o Supremo Tribunal Federal aprovou no dia 09 de abril de 2014 a Proposta da Súmula Vinculante 45 de propositura do ministro Gilmar Mendes que foi convertida na Súmula Vinculante nº 33, publicada com o seguinte teor: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica'.³⁷

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 566.

³⁶ SERVIDOR terá aposentadoria especial pelas regras do INSS, decide STF. Folha de São Paulo. São Paulo, 16 mai.2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/05/1454888-aposentadoria-especial-de-servidor-tera-regras-do-inss.shtml>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 33**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

Os Tribunais, de forma adequada e justa, reconhece a aplicação súmula vinculante nº 33, considerando a regra inserida no artigo 57 do Regime Geral para concessão de aposentadoria especial aos servidores vinculados ao Regime Próprio. Propício mencionar o julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, percebamos:

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 8.213/91.³⁸

Nesse sentido, a aprovação da referida Súmula foi de suma importância, por que põe fim à necessidade de interposições de mandados de injunção por parte dos servidores que pretendem requerer a concessão do benefício. Com isso, ocorre a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública Direta e Indireta, nas três esferas de governo (federal estadual e municipal).

Portanto, pacificou-se o entendimento que se aplicam aos servidores públicos, no que couber, as regras do RGPS sobre a aposentadoria especial, as quais estão atualmente dispostas nos arts. 57 a 58 da Lei 8.213/91 e regulamentadas pelo Decreto nº 3.084/99, respeitando àqueles que se enquadram no inciso III do § 4º do art. 40 da CF/88, quais sejam, servidores que exercem atividade sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

É oportuno notar que para auxiliar essa aplicação e limitar a ampla expressão “no que couber”, é necessário observar as recomendações da Nota Técnica nº 02/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS de 15 de maio de 2014 que trata da “Amplitude dos efeitos da Súmula Vinculante nº 33. Aplicação das normas do [...] RGPS na concessão da

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 721**. Impetrante: Maria Aparecida Moreira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 01 jul. de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>. Acesso em: 01 jul. 2018.

aposentadoria especial [...] aos servidores amparados em [...] RPPS, [...]”³⁹ e também IN 1/2010⁴⁰. Isso porque, algumas características da aposentadoria especial no RGPS, não se aplicam aos RPPS, devido à natureza das atividades exercidas por servidores públicos.

Para Moraes: “[...] os institutos de previdência passaram a ter a ferramenta legislativa necessária para a análise dos pedidos administrativos de aposentadoria especial, quais sejam, as regras do regime geral da previdência social.”⁴¹.

Outrossim, restou consignado em várias ordens injuncionais que compete à administração pública analisar “in concreto” a situação jurídica daqueles que requererem a aposentadoria especial de acordo com a legislação aplicável para se aferir se o servidor cumpre integralmente os requisitos para a obtenção da aposentadoria especial.

Nessa lógica, percebe-se o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECLAMAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. SÚMULA VINCULANTE 33. 1. Viola a Súmula Vinculante 33 ato administrativo que indefere pedido de aposentadoria especial por atividade insalubre, em razão da inexistência da Lei Complementar a que se refere o art. 40, § 4º, III, da CRFB/1988. 2. Não cabe a este Tribunal, em sede de reclamação, definir se o reclamante tem ou não efetivo direito à aposentadoria e em que condições: a Súmula Vinculante 33 destina-se apenas a suprir a lacuna normativa, cabendo à autoridade competente analisar o cumprimento dos requisitos legais. 3. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental, a que se nega provimento.⁴²

Entretanto, a partir da edição da súmula, o servidor público tem a expectativa de ver reconhecido o seu direito, assim, requerendo na via administrativa a concessão da aposentadoria diferenciada, desde que se enquadrem os requisitos elencados para tal.

³⁹ BRASIL. Secretaria de Políticas de Previdência Social. Nota Técnica nº 02, de 15 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/NOTATECNICACGNALn02-2014.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁰ BRASIL. **Secretaria de Políticas de Previdência Social. Instrução Normativa nº 1**, de 22 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/INSTRUNORMATIVASPSn01de22jul2010atualizadaat26mai2014-2.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴¹ MORAES, Sabrina Ferreira Novis de. Aposentadoria especial – Súmula Vinculante nº 33 – peculiaridades dos regimes próprios. In: MOGNON, Alexander (Coord.). **Regimes Próprios: Aspectos Relevantes**. 9º vol. [S.l.: s.n] [2014?] p. 94.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargo de Declaração 21.652. Embargante: Denilson Bezerra dos Anjos. Embargado: Diretora do Núcleo do Pessoal da Penitenciária de Presidente Prudente. Relator: Ministro Roberto Barroso. São Paulo, 29 set. de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9584763>. Acesso em: 03 jul. 2018.

4.2 Dificuldade do Servidor Público em adquirir o benefício da aposentadoria especial após a edição da súmula vinculante n. 33

A aposentadoria Especial é concedida ao trabalhador que comprovar exposição a agentes químicos, físicos e biológicos, ou associação de agentes, de forma habitual e permanente, pelo período de 15, 20 ou 25 anos. No caso específico dos trabalhadores da área da saúde, o período mínimo é de 25 anos, sem exigência de idade mínima.

O ambiente de trabalho dos profissionais da saúde é um local onde realizam atendimento de pessoas doentes, obtenção de diagnósticos e prescrição de tratamentos. Todavia, para quem trabalha habitualmente em seu interior trata-se de um local insalubre, pois os agentes biológicos estão presentes em todos os espaços, independentemente da profissão exercida no local de trabalho.

O entendimento da Previdência Social não é amplo, tendo direito assegurado à aposentadoria especial apenas àqueles trabalhadores que comprovem contato permanente com pessoas infectadas – portanto, que laborarem em ambientes onde haja o isolamento, ou outras medidas de controle de risco biológico. Do contrário, o órgão previdenciário não reconhece a exposição.

No que tange as decisões do STF e a Súmula Vinculante nº 33, deixaram a mercê da Administração averiguar o cumprimento dos critérios para obter aposentadoria especial. Como o direito não foi “regulado” de forma efetiva, os órgãos vêm impondo obstáculos para a concessão de tal benefício previdenciário.

Esses obstáculos estão atrelados às dificuldades que os trabalhadores na área da saúde possuem para se aposentar. A principal delas é a desinformação sobre as regras da aposentadoria. Isto ocorre por que a aposentadoria especial dos profissionais da saúde possui regras de difícil interpretação e demanda prova bastante específica, principalmente com as alterações da legislação previdenciária.

De acordo com MARTINEZ, são três as características básicas relativas à caracterização do direito à aposentadoria especial do servidor: a) qualidade do servidor; b) comprovação de tempo de serviço público; e c) comprovação da atividade exercida sob condições especiais.⁴³

⁴³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial do servidor**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 20.

Nessa acepção, passa-se agora à análise das características e dos requisitos desta modalidade de aposentadoria no Regime Próprio, levando-se em conta a aplicação do Art. 57 da Lei n. 8.213/1991:

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.⁴⁴

Com base no artigo supracitado observamos que o direito á aposentadoria especial é devido ao segurado sujeito a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. Não é necessário que tenha havido o prejuízo real da saúde, pois a sujeição dele ao agente nocivo é o que determina o direito ao benefício.

Para Martinez, considera servidor como “pessoa física civil que se submeteu ou não aos agentes nocivos, no ambiente laboral da repartição ou fora dela e até no exterior”.⁴⁵

A caracterização da atividade especial decorre da comprovação pelo segurado, da exposição aos agentes agressivos durante 15, 20 ou 25 anos para que o segurado faça jus ao benefício.

Vendrame esclarece que

determinadas atividades, pelo grau de nocividade que oferecem ao trabalhador, concedem a aposentadoria a períodos menores, como é o caso dos mineiros que trabalham no subsolo, cuja aposentadoria se dá após 15 anos de trabalho. Da mesma forma, existem trabalhadores com direito de se aposentarem aos 20 ou 25 anos, segundo a atividade, ressalvado que a aposentadoria especial só é concedida aos 15, 20 ou 25 anos de trabalho em atividade exclusiva exposta a agentes nocivos.⁴⁶

Portanto, têm direito ao regime especial pessoas que trabalham em condições insalubres ou periculosas expostas a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos, constantes no Decreto n. 3.048/99.

Assim, os servidores da área da saúde são uns dos profissionais que mais se expõem a agentes nocivos inerentes ao exercício da profissão, por isso têm direito à aposentadoria especial, após 25 anos de exercício, devidamente comprovado.

Com relação à carência para a concessão da aposentadoria especial, que no caso do regime geral é de 180 contribuições além do tempo de serviço mínimo trabalhado sob condições

⁴⁴BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial do servidor**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 34.

⁴⁶ VENDRAME, Antônio Carlos. **Aposentadoria Especial**: Com enfoque em Segurança do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2000, p. 12.

especiais de 15, 20 ou 25 anos, salienta-se que não há no RPPS período de carência para o servidor.⁴⁷

Entretanto, há, porém, a exigência de dez anos de serviço público e cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria, exigência esta que se aplica a todas as modalidades de aposentadoria por tempo de contribuição, além também do tempo mínimo de exercício de atividade em condições especiais de 25 anos.

No que diz respeito à comprovação do trabalho exercido sob condições especiais, é um dos requisitos que mais apresenta dificuldade para o deferimento do benefício pela Administração. Em vista que a Instrução Normativa do Ministério da Previdência e Assistência Social exige elementos de prova suficientes para verificar se caracteriza a atividade do requerente como especial para fins de aposentação.

Anteriormente era presumível a atividade especial (insalubre) bastando, para tanto, a comprovação do exercício da profissão pelo tempo mínimo exigido em lei. Com alterações na legislação, a aposentadoria especial passou a ser direcionada a certas categorias profissionais, consideradas pelo legislador como nocivas, e depois passando a ser concedida ao trabalhador que, de maneira individual, comprovasse sua exposição permanente, não ocasional e nem intermitente, a agentes nocivos a serem definidos em regulamento pelo Poder Executivo.

Consoante leciona a autora Adriana Bramante de Castro Ladenthin⁴⁸:

Foi o grande marco das mudanças ocorridas na aposentadoria especial. A começar pela exclusão do enquadramento pela atividade profissional, (...). Exclui a expressão “conforme atividade profissional” e inclui outra: “conforme dispuser a lei”.
E arremata: “(...) passamos a viver uma nova era, com o afunilamento das concessões e uma dificuldade expressiva para se alcançar esse benefício”.

Todavia, se faz necessário frisar que com o objetivo de disciplinar o cumprimento das decisões que concedem a aposentadoria especial ao servidor público, no que disciplina a Súmula vinculante n. 33, o Ministério da Previdência Social, editou a Instrução Normativa MPS/SPPS n. 1/2010, com alterações dadas pela IN MPS/SPPS n. 3/2014, a qual dispõe sobre os critérios utilizados para o reconhecimento do tempo de atividade especial.

A Instrução Normativa SPPS/MPS nº 01, de 22 de julho de 2010, dispõe no § 1º da do art. 2º sobre o reconhecimento do tempo de exercido sob condições especiais que

⁴⁷ Cf. MARTINEZ, W. N., 2016, p. 31.

⁴⁸ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial: teoria e prática**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 128-129.

dependerá de comprovação do exercício de atribuições do cargo público de modo permanente, não ocasional nem intermitente, nessas condições, *verbis*:

Art. 2º. *Omissis...*

(...)

§ 1º O reconhecimento de tempo de serviço público exercido sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física pelos regimes próprios dependerá de comprovação do exercício de atribuições do cargo público de modo permanente, não ocasional nem intermitente, nessas condições.⁴⁹

E mais, o § 2º do mesmo dispositivo assevera que não será admitida a comprovação de tempo de serviço em condições especiais apenas com base em prova testemunhal ou no mero recebimento do adicional de insalubridade. Eis o inteiro teor do dispositivo:

Art. 2º. *Omissis...*

(...) § 2º Não será admitida a comprovação de tempo de serviço público sob condições especiais por meio de prova exclusivamente testemunhal ou com base no mero recebimento de adicional de insalubridade ou equivalente.⁵⁰

Esse entendimento normativo é corroborado pela melhor doutrina e jurisprudência pátria. Leciona o autor Wladimir Novaes Martinez⁵¹ que:

O direito aos adicionais laborais de penosidade, insalubridade ou periculosidade, desembolsadas pelo empregador, não é garantia do direito à aposentadoria especial.

(...)

Da mesma forma, a concessão da aposentadoria especial não gera para o trabalhador a certeza da obtenção do adicional trabalhista, que, embora muito assemelhados, segue as orientações da legislação trabalhista.

O STJ, por sua vez, entende também que a só percepção do adicional de insalubridade nos é suficiente para a concessão da aposentadoria especial:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. REGIME CELETISTA. CONVERSÃO EM TEMPO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PELA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTE DA 3ª SEÇÃO DO STJ. INAPLICABILIDADE AO CASO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS SEM EFEITO MODIFICATIVO.

⁴⁹ BRASIL. Secretaria de Políticas de Previdência Social. Instrução Normativa nº 1, de 22 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/INSTRUNORMATIVASPSn01de22jul2010atualizadaat26mai2014-2.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵⁰ *Ibidem*, *idem*.

⁵¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 163-164.

4. (...) O percebimento de adicional de insalubridade, por si só, não é prova conclusiva das circunstâncias especiais do labor e do consequente direito à conversão do tempo de serviço especial para comum, tendo em vista serem diversas as sistemáticas do direito trabalhista e previdenciário.⁵²

A instrução normativa dispõe, em seus arts. 7º a 11, que os entes federativos, bem como suas autarquias e fundações públicas, utilizem alguns formulários para que haja a efetiva comprovação da exposição aos agentes nocivos à saúde ou à integridade física de seus servidores. Dentre eles destacam-se o Laudo Técnico de Condições Ambientais - LTCAT e o Perfil Profissiográfico - PPP, como os principais meios de prova para comprovação do trabalho exposto a agentes nocivos.

Martinez esclarece que:

O LTCAT consiste numa declaração oficial, formalmente exteriorizada, de caráter técnico-científico, firmada com exclusividade por profissionais habilitados técnica e legalmente, após avaliação sistemática do ambiente público, do exame da presença de concentração ou intensidade do agente nocivo (além ou aquém dos limites de tolerância) e da constatação da exposição do servidor considerado, em caráter habitual, permanente ou ocasional. Com a utilização eficaz ou não dos equipamentos de proteção e beneficiando-se ou não da redução ou anulação dos seus efeitos deletérios, acompanhado da conclusão final relativa ao perigo da exposição em relação à vida ou à integridade física do segurado.⁵³

O Perfil Profissiográfico Previdenciário, compete a características das atividades do servidor, pessoalmente considerado. É um documento, exigido, via de regra, em todas as entidades públicas, que contém seu histórico-laboral e possui a forma de um formulário técnico que deve ser preenchido e assinado pelo responsável pela repartição em que trabalha o servidor.

Podemos destacar alguns dos problemas enfrentados pelo segurado para conseguir esses formulários, como por exemplo, a empresa fornece PPP ou outros formulários preenchidos de forma incorreta; a empresa não tem laudo técnico ou não tinha na época em que ele trabalhou; a empresa fornece PPP, mas as informações não são fieis ao ambiente laboral; a empresa fechou, foi extinta, mudou ou a empresa simplesmente não fornece o PPP. Quando o servidor consegue os formulários para requerer o benefício, a grande maioria dos pedidos de aposentadoria são indeferidos pelo não reconhecimento dos períodos especiais

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial** : EDcl no AgRg no REsp 1005028 RS. Relator: Ministro Celso Limongi. DJe 02/03/2009. JusBrasil, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2457878/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-resp-1005028-rs-2007-0263025-0>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 137.

trabalhados sob condições insalubres, mesmo com a apresentação dos formulários que comprovam sua exposição.

Os fundamentos do indeferimento apresentados são: laudos extemporâneos; não há declaração da empresa informando quem é o responsável pela assinatura no formulário PPP; a data do formulário DSS 8.030 ou Dirben 8.030 está com data posterior a 01.01.2004 quando o único documento aceitável é o PPP a partir desta data; informações sobre equipamento de proteção individual que impedem o reconhecimento do tempo especial (segundo o INSS), dentre outros.⁵⁴

Esses fundamentos e outras motivações são problemas que levam o segurado a procurar a justiça para fazer valer seu direito pelo qual o se achava que estaria assegurado pela súmula vinculante nº 33 e pela legislação previdenciária e que o INSS iria cumprir fielmente.

Por conseguinte, entendemos que a Súmula Vinculante nº 33 produziu eficácia para o servidor público, porém, não eficiência de modo geral. O profissional da saúde tem a tarefa árdua para requerer o benefício da aposentadoria especial pelos requisitos que são avaliados pela administração, principalmente no que tange a comprovação da atividade especial, assim, se tornando um obstáculo para a concretização desse direito fundamental.

⁵⁴ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial: teoria e prática**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 203.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este presente estudo monográfico se propôs, como objetivo geral, analisar a aplicação da Súmula Vinculante nº 33 na efetivação do direito à aposentadoria especial dos profissionais da saúde filiado ao Regime Próprio de Previdência Social. Trata-se de um assunto atual e deve ser estudado de forma mais sistematizada e dinâmica possível, por ser um tema alvo de modificações legislativas, sendo necessário um enfoque mais técnico e específico através de um estudo multidisciplinar, devido às controvérsias em relação à aplicação da Súmula Vinculante nº 33.

Nesse estudo, verifica-se que a Súmula Vinculante nº 33 foi um passo muito importante para a concretização do direito à aposentadoria especial, visto que é um direito fundamental necessário para proteger os profissionais que exercem atividades em condições degradantes, pelo qual possuem a alternativa de antecipação da jubilação para evitar a exposição a agentes nocivos por período prolongado, com a finalidade de coibir que os trabalhadores adoeçam e desenvolvam uma aposentadoria por invalidez.

Para esses servidores que se enquadram no referido contexto, houve avanços em relação à isonomia, tendo como parâmetro os demais trabalhadores filiados ao RGPS. Contudo, há que se considerar que a edição da Súmula Vinculante nº 33 pacificou o entendimento em relação à aplicação subsidiária das regras do RGPS, mas deixou a mercê da administração averiguar os critérios necessários para a concessão do direito à aposentadoria especial.

Entretanto, há que se considerar que nas vias administrativas, no entorno do Regime Geral de Previdência Social, a concessão do benefício diferenciado é obstaculizado. A interpretação do regramento levado a efeito pelo INSS não é pacífica, em especial, no que se refere à comprovação de efetiva exposição aos agentes nocivos, bem como as alterações decorrentes na legislação. Por outro lado, persistem indefinições quanto à compatibilização dos critérios elencados pelos dois modelos previdenciários.

Nesse diapasão, percebemos que a solução para todos os problemas que circundam a aposentadoria especial do servidor público está na edição de lei complementar que estabeleça critérios e requisitos diferenciados direcionados às peculiaridades do vínculo estatutário, tendo a maior possibilidade de buscar melhorias nas condições de trabalho e saúde de seus servidores para neutralizar os efeitos dos agentes nocivos, e assim, evitar a jubilação prematura.

Diante dessa problemática, conclui-se que o profissional da saúde percorre um caminho árduo para pleitear o benefício da aposentadoria especial pelos critérios que são avaliados pela administração, se tornando um obstáculo para esse direito fundamental, cabendo aos gestores e administradores dos RPPS o mandamento pertinente da Súmula Vinculante nº 33 na aplicação do que couber das regras do RGPS aos servidores públicos estatutários, enquanto não for editada a lei complementar.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROS, Clemilton da Silva. **A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF, acerca do artigo 40, parágrafo 4º, da CF**. Campinas/SP: Servanda Editora, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_12.07.2016/art_6_.asp > Acesso em: 10-11-2017.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Mandado de Segurança n. 22.164/SP**. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ DE 17-11-1995. p. 405. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28220678/enquanto-os-direitos-de-primeira-geracao>> Acesso em: 05-11-2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção: MI 107 DF**. Relator: Moreira Alves. DJ: 21/11/1990. JusBrasil, 1991. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752372/mandado-de-injuncao-mi-107-df>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção: MI 283 DF**. Relator: Sepúlveda Pertence. DJ: 20/03/1991. JusBrasil, 1991. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752112/mandado-de-injuncao-mi-283-df>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção: MI 708 DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 25/10/2007. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção: MI 721 DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 30/08/2007. JusBrasil, 2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/26837351/mandado-de-injuncao-mi-721-df>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 33**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 721**. Impetrante: Maria Aparecida Moreira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio

Mello. Brasília, 01 jul. de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>. Acesso em: 01 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargo de Declaração 21.652**. Embargante: Denilson Bezerra dos Anjos. Embargado: Diretora do Núcleo de Pessoal da Penitenciária de Presidente Prudente. Relator: Ministro Roberto Barroso. São Paulo, 29 set. de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9584763>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Secretaria de Políticas de Previdência Social. **Nota Técnica nº 02, de 15 de maio de 2014**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/NOTATECNICACGNALn02-2014.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Secretaria de Políticas de Previdência Social. **Instrução Normativa nº 1, de 22 de julho de 2010**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/INSTRUNORMATIVASPSn01de22jul2010atualizadaat26mai2014-2.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial**: EDcl no AgRg no REsp 1005028 RS. Relator: Ministro Celso Limongi. DJe 02/03/2009. JusBrasil, 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2457878/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-resp-1005028-rs-2007-0263025-0>. Acesso em: 03 jul. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

DONADON, João. **Benefício de Aposentadoria Especial aos Segurados do Regime Geral de Previdência Social que Trabalham Sujeitos A Agentes Nocivos – Origem, Evolução e Perspectiva**. p. 12. Disponível em: <http://www.segurancaetrabalho.com.br/download/aposenta-donadon.pdf>. Acesso em: 23-04-2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JUSBRASIL. **Aposentadoria Especial do Médico**. Disponível em: https://brenovs.jusbrasil.com.br/artigos/586792442/aposentadoria-especial-do-medico?ref=topic_feed. Acesso em: 04 jul. 2018.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12.ed.Salvador:JusPodivm, 2015.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial: teoria e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 18.ed.,São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial em 420 perguntas e respostas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Aposentadoria especial do servidor**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. **Aposentadoria especial**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Sabrina Ferreira Novis de. Aposentadoria especial – Súmula Vinculante nº 33 – peculiaridades dos regimes próprios. In: MOGNON, Alexander (Coord.). **Regimes Próprios: Aspectos Relevantes**. 9º vol. [S.l.: s.n] [2014?].

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Opinião Aposentadoria especial é direito dos trabalhadores em hospitais**. Revista Consultor Jurídico, 14 de agosto de 2017. Disponível no site <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-14/opinioao-aposentadoria-especial-trabalhadores-hospitais>>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

ROCHA, Júlio César de Sá. **Direito ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

RIBEIRO, Maria Helena Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da aposentadoria especial**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHAFER, Marcelo. **Aspectos legais para avaliação da periculosidade em um ambiente do trabalho**. Disponível em: <<http://www.creadigital.com.br/portal?txt=3177333732>>. Acesso em: 30-04-2018.

SERVIDOR terá aposentadoria especial pelas regras do INSS, decide STF. Folha de São Paulo. São Paulo, 16 mai.2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/05/1454888-aposentadoria-especial-de-servidor-tera-regras-do-inss.shtml>. Acesso em: 03 jul. 2018.

SILVA, Guilherme Oliveira Catanho da. **Meio ambiente de trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-meio-ambiente-do-trabalho-e-o-princ%C3%ADpio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 30/04/2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VENDRAME, Antônio Carlos. **Aposentadoria Especial**: Com enfoque em Segurança do Trabalho. São Paulo: Ltr, 2000.