

PARECERES

Aposentadoria especial do servidor público com deficiência. Art. 40, § 4º, I, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 47/2005. Eficácia da norma constitucional ainda carente de regulamentação pela legislação infraconstitucional. Especificidades do caso.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP CONSULTORIA JURÍDICA

Aposentadoria especial do servidor público com deficiência. Art. 40, § 4º, I, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 47/2005. Eficácia da norma constitucional ainda carente de regulamentação pela legislação infraconstitucional. Especificidades do caso.

I

1. Consulta-nos o Exmo. Sr. Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público sobre a eficácia do art. 40, § 4º, I, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 47/2005, que dispõe sobre a aposentadoria especial dos “portadores de deficiência”. Afinal, decorridos pouco mais de oito anos desde a promulgação da reforma constitucional, ainda não foi editada a lei complementar necessária à integração de eficácia do referido comando.

2. Naquilo que se mostra relevante à análise, observa-se que (a) em 6 de julho de 2005, foi apresentado, no Senado Federal, o Projeto de Lei Complementar nº 250, de autoria do Senador Paulo Paim, ainda pendente de apreciação, que “estabelece requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos portadores de deficiência”; (b) em 8 de maio de 2013, foi promulgada a Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, que “[r]egulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social – RGPS”; e (c) em 23 de outubro de 2013, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal aprovou o substitutivo apresentado pelo Senador Armando Monteiro, que buscou ajustar o projeto à sistemática instituída pela Lei Complementar nº 142/2013, dispensado tratamento similar aos segurados vinculados ao regime geral e ao regime próprio de previdência social.

II

3. O presente parecer é exarado no exercício de uma atividade associativa, no âmbito interno da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, o que, não obstante sua natureza consultiva, em nada se confunde com o exercício da advocacia, vedada, aliás, aos membros do Ministério Público. Acresça-se que a matéria versada possui relevância direta para os associados da CONAMP, já que o seu regime de aposentadoria, consoante os arts. 93, VI c.c. 129, § 4º, da Constituição da República, é o mesmo dos servidores públicos em geral, o que inclui a possibilidade de serem beneficiários da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, I.

4. Em relação ao objeto de análise propriamente dito, cremos que a questão é simples, passando pela individualização do direito em potência, pela omissão do Congresso Nacional na sua regulamentação e pelos efeitos daí decorrentes.

5. O direito à aposentadoria, por imperativo constitucional, consubstancia direito social outorgado aos trabalhadores em geral, quer do setor público, quer do setor privado.¹ Trata-se de direito à percepção de numerário, associado ao exercício de atividade laborativa regular, mas sem a continuidade desta última. Cabe à ordem jurídica de qualquer Estado de Direito estabelecer os requisitos a serem cumpridos para a percepção desse benefício, que é primordialmente direcionado às pessoas idosas, não aos noviços.

6. O ciclo existencial da espécie humana, que principia com o nascimento e se extingue com a morte, evidencia a ocorrência de uma série de transformações físicas e psíquicas que necessariamente se manifestam em todos os indivíduos, os quais, ainda que em momentos diferenciados, se formam, alcançam o ápice e definham. Homero, no Livro VI da *Ilíada*, ao fazer que Glauco respondesse a Tíides quem era ele, definiu-nos com rara plasticidade: “[c]omo as folhas somos; Que umas o vento as leva emurchecidas, Outras brotam vernais e as cria a selva: Tal nasce e tal acaba a gente humana”. A mesma metáfora foi incluída, em momento posterior, nas Escrituras Sagradas, mais especificamente no Livro Sirácida (14: 19), que desde a tradução de Martin Luther (*rectius*: Martinho Lutero) não é considerado um livro canônico, mas apócrifo (*apokryphe*), que complementa o Livro de Provérbios e sequer é veiculado na maioria dos exemplares das Bíblias contemporâneas. Lê-se na versão de Luther: “*Wie mit den grünen Blättern auf einem schönen Baum – die einen fallen ab, die andern waschen wieder – so geht’s mit dem Menschengeschlecht auch: die einen sterben, die andern werden geboren*” (“*Como as folhas verdes de uma bela árvore – da qual algumas caem e outras brotam – assim também ocorre com a humanidade, na qual alguns morrem e outros nascem*”). É no final desse ciclo, quando as folhas estão secas e prestes a cair, que a fragilidade encontra-se mais acentuada. O mesmo ocorre com a espécie humana. É na velhice, fase biológica imediatamente anterior à morte, que o ser humano, em distintos graus de intensidade, mais necessita de amparo. E o direito à aposentadoria é uma das formas de materializar esse amparo, conferindo maior especificidade ao princípio mais amplo da dignidade humana.

¹ CR/1988, arts. 7º, XXIV, 40 e 201.

7. Com os olhos voltados à essência da pessoa humana e à projeção dessa essência na realidade, quer em sua individualidade, quer na inter-relação com a sociedade ou o Estado, é possível identificar dois elementos estruturais da dignidade que lhe é característica. O primeiro deles consiste na própria existência do ser humano, enquanto ser vivo e racional, que deve estar protegido de qualquer ameaça que possa comprometer a sua continuidade, provenha essa ameaça de ações (v.g.: atentados à integridade física) ou de omissões (v.g.: indiferença ao estado de penúria). O segundo elemento se manifesta na forma de ser humano ou, mais especificamente, na possibilidade de ser ou fazer algo de uma maneira compatível com certo paradigma, *in casu*, a base de valores que define o nível civilizatório de determinado ambiente social. O direito à aposentadoria busca justamente assegurar a subsistência do indivíduo em uma fase da vida em que a sua força de trabalho já começa a definir. Além de garantir a subsistência do indivíduo, o benefício a ser pago deve ser fixado em patamares que lhe assegurem uma qualidade de vida compatível com os valores subjacentes ao ambiente social em que está inserido. Benefícios previdenciários módicos, à evidência, conquanto capazes de assegurar a manutenção da vida, são nitidamente atentatórios à dignidade humana, já que incapazes de oferecer uma vida com qualidade.

8. Apesar de primordialmente direcionado às pessoas de idade avançada, não é incomum que a ordem jurídica estabeleça sistemática diferenciada para a aposentadoria de certos segmentos da sociedade, os quais, *a priori*, não estão em uma posição de igualdade com o *homo medius*. Na sistemática atualmente adotada em nossa ordem constitucional, há uma dicotomia de tratamento em relação ao regime previdenciário próprio dos servidores públicos e o regime geral de previdência social afeto aos trabalhadores em geral. Apesar do tratamento diferenciado, sendo o primeiro regime disciplinado pelo art. 40 e, o segundo, pelo art. 201 da Constituição de 1988, é factível a semelhança existente entre ambos, que possuem natureza contributiva, de modo a preservar o equilíbrio atuarial do sistema, e conjugam os referenciais de idade mínima para a aposentadoria e tempo de contribuição. Além disso, ambos estabelecem uma regra geral, a de que é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, e algumas exceções a essa regra, a serem detalhadas no plano infraconstitucional, *verbis*:

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:²

Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47/2005.

2 Redação anterior, dada pela EC nº 20/1998: "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".

- I - portadores de deficiência;
Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 47/2005.
- II - que exerçam atividades de risco;
Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 47/2005.
- III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.³
Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 47/2005.

Art. 201 (...)

§ 1º - § 1º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.⁴

Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47/2005.

9. Como se constata, ambos os regimes estabelecem, como exceção à regra geral da igualdade, a necessidade de ser conferido um tratamento diferenciado aos “portadores de deficiência”. Enquanto a população em geral tende a obter o direito à aposentadoria em uma fase mais madura da vida, as pessoas com deficiência, em razão das maiores dificuldades que possuem no desempenho de atividades ao alcance do *homo medius*, podem ter um tratamento diferenciado.

10. A igualdade geral não deve ser vista como um princípio inconsequente e indiferente à natureza das coisas. Exige-se tratamento idêntico para aqueles que se encontrem em idêntica situação, não para os que estejam em situação distinta. Nesse sentido, a Constituição holandesa de 1983 (art. 1º) teve a preocupação de explicitar que todas as pessoas “*devem ser tratadas igualmente em iguais circunstâncias*”. A identidade ou não de situações fático-jurídicas, à evidência, não pode resultar de escolhas arbitrárias, estranhas à realidade e à razão. Nesses casos, o tratamento diferenciado não deve resultar, pura e exclusivamente, de aspectos inerentes à pessoa, mas de fatores agregados (*v.g.*: capacidade econômica para fins tributários, presumida ausência ou limitação da capacidade de discernimento para fins civis, limitação da capacidade de trabalho para fins previdenciários etc.), que influem na inter-relação com o Estado e os demais particulares. Aplica-se a fórmula clássica, já defendida por

3 Redação anterior do antigo § 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”.

4 Redações anteriores: (a) de acordo com a EC nº 20/1998 - “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar”; e (b) redação original - “Qualquer pessoa poderá participar dos benefícios da previdência social, mediante contribuição na forma dos planos previdenciários”.

Aristóteles⁵, que apregoa a necessidade de tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.⁶

11. Acresça-se que a mera igualdade formal pouco a pouco se mostrou absolutamente inócua, já que incapaz de transpor o plano semântico e alcançar a realidade. Apesar de todos receberem o mesmo tratamento legal e o Estado não estar autorizado a introduzir discriminações arbitrárias, nem todos gozavam das mesmas oportunidades de inserção social. Assim, de modo correlato ao sentido clássico das discriminações, que assume contornos negativos ou de exclusão, assume indiscutível relevância o seu sentido positivo ou de inclusão, que se disseminou a partir da primeira metade do Século XX. Nesse período, o pensamento jurídico-político apercebeu-se que a simples igualdade perante a lei, sem discriminações atentatórias à dignidade humana, não seria apta, por si só, a estabelecer uma igualdade real. Em outras palavras, afirmar que o miserável é igual ao rico ou que, numa sociedade historicamente segregacionista, o negro, doravante, passaria a ser igual ao branco, não tem o condão de gerar qualquer benefício real para as pessoas que se encontrassem em situação de inferioridade. Significa, tão somente, que, perante os olhos da lei, todos são iguais. Esse tipo de igualdade, no entanto, em nada influi sobre as forças sociais que traçam os contornos da realidade. Na conhecida crítica de Anatole France, “a lei proíbe tanto o rico, como o pobre, de viver debaixo das pontes, de pedir nas ruas e de roubar”.

12. A partir dessa constatação, desenvolveu-se o entendimento de que a igualdade, como parte integrante e indissociável do ideal de justiça, somente seria alcançada com a adoção de medidas efetivas, não meramente formais, que permitissem a sua projeção na realidade, não sendo suficiente a mera contemplação. Seria necessário transitar da *igualdade formal* para a *igualdade material*. O artificialismo da igualdade formal entra em refluxo, o dogma da neutralidade estatal é repensado e o pensamento jurídico-filosófico passa a ser direcionado à materialização da igualdade substancial, ontologicamente calcada na inserção social, no oferecimento de oportunidades para o livre desenvolvimento da personalidade. É com esse objetivo que surgem e se desenvolvem as denominadas ações afirmativas, fruto do pensamento político norte-americano e que buscam eliminar, ou ao menos diminuir, as desigualdades sociais que assolam certas minorias. É justamente nesse contexto que se inserem as pessoas com deficiência.

13. Ao reconhecer que as pessoas com deficiência devem estar sujeitas a critérios e a requisitos diferenciados para a aposentadoria, a Emenda Constitucional nº 47/2005 reconheceu, *ipso iure*, que um direito de vital importância para a preservação da dignidade humana, como sói ser o benefício previdenciário decorrente da aposentadoria, somente será disponibilizado de modo (materialmente) igualitário se tais pessoas estiverem sujeitas a uma sistemática que atenua a posição de inferioridade (fática) decorrente de suas limitações físicas ou psíquicas.

5 A Política. Trad. de Roberto Leal Ferreira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 162-165.

6 Como afirmado por Robert Alexy, “*Gleiches ist gleich, Ungleiches ist ungleich zu behandeln*” (*Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, p. 360).

14. Como a lei complementar deveria definir os requisitos e critérios diferenciados para a aposentadoria especial da pessoa com deficiência, é fácil concluir que o art. 40, § 4º, I, da Constituição de 1988, somente terá a sua eficácia normativa quando editado o referido diploma normativo. Portanto, trata-se de norma essencialmente programática ou de direcionamento político, isso para lembrarmos a conhecida construção de Vezio Crisafulli. O Estado há de legislar para que a dignidade humana seja integralmente preservada.

15. Regra geral, embora seja reconhecido o dever de o legislador desempenhar o seu *munus*, tal não redundando no correlato surgimento de um direito subjetivo à legislação, consoante o seu delineamento clássico (relação jurídica polarizada pelo dever de prestar e pelo direito de exigir e passível de ser apreciada pelos órgãos jurisdicionais). Existe o dever, mas ao direito não pode ser dada operacionalidade prática, já que o Judiciário não pode compelir o Legislativo a idealizar, propor, discutir, votar e aprovar um padrão normativo, atividades de índole voluntarista e que ultrapassariam todos os limites razoáveis para a execução específica da obrigação de fazer.⁷ Em situações tais, como maior expressão da ingerência dos tribunais na atividade legislativa, tem-se reconhecido, por expressa previsão constitucional ou a partir de uma interpretação construtiva, a possibilidade de declararem a ilicitude da conduta, cientificando o órgão responsável pela omissão, não sendo prestigiado o direito judicial substitutivo (*gesetzes vertretendes Richterrecht*).

16. Resultado mais satisfatório, sob o prisma da máxima efetividade das normas constitucionais, pode ser alcançado não com a prolação de decisão substitutiva da própria lei, mas com uma reengenharia interpretativa das normas já existentes, nelas reconhecendo o potencial de integração da Constituição ou mesmo a sua aplicação direta. A atividade dos tribunais afasta-se da abstração inerente à lei e volta-se ao caso concreto, não chegando propriamente a constituir um regramento de cunho geral, o que é indicativo de um direito judicial concorrente com a normativa preexistente, quer constitucional, quer legal.

17. O Tribunal Constitucional espanhol, em *leading case*, valorando a omissão legislativa na regulamentação do art. 30, nº 2, da Constituição de 1978, que remetia à lei a disciplina, com as devidas garantias, da objeção de consciência, concluiu que a norma constitucional, embora dependente de conformação legislativa, tinha um *conteúdo mínimo* que não podia ser ignorado.⁸ Posta a premissa, entendeu que esse conteúdo mínimo somente seria observado com a “*suspensão provisória da incorporação ao serviço militar*” daqueles que invocassem a objeção de consciência. Observa Jesús González Pérez⁹ que determinada concepção moral, por constituir um direito inalienável do homem, legitima a negativa de atuar contra as suas crenças e convicções, não tendo seu âmbito de incidência restrito à negativa de prestação do serviço militar. Na linha

7 Cf. GOMES CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 1.026-1.027.

8 Acórdão nº 15/1982, *apud* FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*. Madrid, 1998, p. 428 e ss..

9 Ob. cit., p. 37-38.

do seu pensamento, invoca o Acórdão nº 53/1985, do Tribunal Constitucional espanhol, conhecido como o acórdão sobre a legalização do aborto, segundo o qual “*cabe señalar, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no la regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales.*”

18. Em outro momento, face à inexistência de regulamentação legal relativa à exploração de televisão por cabo de âmbito local, o Tribunal vislumbrou nessa omissão uma proibição total ao acesso aos meios de comunicação, o que contrariava a norma constitucional que assegurava a liberdade de expressão e de comunicação, bem como a criação dos meios de difusão da informação (art. 20, nº 1, alíneas *a* e *d*)¹⁰. Por tal razão, entendeu que, enquanto não editada a norma delineando os requisitos a serem preenchidos para o deferimento da autorização administrativa, era livre a exploração dessa atividade.

19. Tal há de ser a solução nas situações de “*necessidade extrema e excepcional*” - *necessitas non habet legem* -, em que a preservação da dimensão axiológico-teleológica da Constituição formal exija um provimento jurisdicional que preserve os valores essenciais ainda não resguardados por uma legislação que a integre e potencialize a sua eficácia. Somente nas omissões consideradas absolutas, que geram, no plano infraconstitucional, lacunas não colmatáveis (*unausfüllbare Lücke*), será defeso ao Judiciário avançar na atividade de integração da Constituição, necessariamente dependente da concretização legislativa. Nessa linha, o Tribunal Constitucional espanhol, ao apreciar questão envolvendo a ausência de regulamentação legal do regime de concessão administrativa para a exploração de televisão local, não pôde encampar a tese de ser livre a exploração, permitindo a produção de um mínimo de eficácia pela norma constitucional que assegura a liberdade de expressão e de comunicação (Constituição de 1978, art. 20, nº 1, alíneas *a* e *d*)¹¹. *In casu*, a decisão foi justificada por razões técnicas, pois a difusão dos sinais exigia uma prévia ordenação das frequências de emissão, o que pressupunha a necessária intermediação legislativa na confecção da normativa geral e impedia fosse considerada livre a exploração da atividade.

20. Ainda com os olhos voltados ao caso concreto, não deve ser descartada a possibilidade de a Constituição permitir ao órgão jurisdicional que, suprindo a omissão legislativa, integre a norma constitucional com o fim de prestigiar valores essenciais ao Estado, como é o caso da preservação dos direitos fundamentais. Aqui, o Direito Judicial atuará como substitutivo da lei, incursionando em esfera que lhe é inerente, o que redundará no redimensionamento da clássica divisão entre as funções estatais, tendo como desiderato final a preservação da própria razão de ser da organização estatal: o bem comum. Nas palavras de Aristóteles,¹² “*não é apenas para viver*

10 Acórdão nº 31/1994, *apud* FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. Ob. cit., p. 428 e ss..

11 Acórdão nº 88/1995, *apud* FERNÁNDEZ RODRIGUEZ. Ob. cit., p. 428 e ss..

12 Ob. cit., p. 53.

juntos, mas sim para bem viver juntos que se fez o Estado...". Como referencial de equilíbrio do sistema, é de todo conveniente que a decisão restrinja-se ao caso, resguardando-se o poder normativo geral inerente ao Legislativo.

21. No direito brasileiro, o mandado de injunção, contemplado no art. 5º, LXXI, da Constituição de 1988, tem justamente a funcionalidade de suprir a omissão legislativa e resolver um caso concreto.

22. O Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo a eficácia plena da norma que contempla o mandando de injunção, não dependendo, assim, de legislação integradora (MI nº 107, rel. Min. Moreira Alves, j. em 23/11/1989, RTJ nº 133/11), isso sem olvidar a aceitação do mandado de injunção coletivo (MI nº 144, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 03/08/1982, DJ de 28/05/1993), vinha dispensando uma interpretação excessivamente tímida ao instituto. O Tribunal exigia que a omissão inconstitucional persistisse por um razoável lapso temporal (MI nº 361, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 08/04/1994, DJ de 17/06/1994) e não admitia a concessão de medida liminar (MI nº 553, rel. Min. Celso de Mello, j. em 13/05/1997, DJ de 16/06/1995), restringido, em regra, o alcance do provimento jurisdicional à mera declaração da omissão inconstitucional. Com isso, deixava de editar a norma individual reguladora do caso concreto (MI nº 585/TO, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 15/05/2002, DJ de 02/08/2002 - direito de greve dos servidores públicos, art. 37, VII, da CR/1988; MI nº 584/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. em 29/11/2001, DJ de 22/02/200, MI nº 587, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 03/10/2001, DJ de 31/10/2001 e MI nº 588, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 03/10/2001, DJ de 14/12/2001 - taxa máxima de juros, art. 192, § 3º, da CR/1988, preceito já revogado; MI nº 95, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 07/10/1992, DJ de 18/06/1993 - direito ao aviso prévio proporcional, art. 7º, XXI, da CR/1988; e MI nº 219, rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 22/08/1990, DJ de 22/08/1990 - número de representantes de cada unidade federativa na Câmara dos Deputados, art. 45, § 1º, da CR/1988).

23. Referida interpretação, que estimulava o surgimento de uma verdadeira simbiose entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, aniquilando qualquer possibilidade de eficácia social do primeiro, ao que se soma a já recorrente ineficácia da segunda, sofreu pequeno aperfeiçoamento, tendo o Tribunal avançado ao reconhecer a possibilidade de fixação de prazo para que o Legislativo suprisse a omissão, ao término do qual, a depender da hipótese, poderia o interessado gozar do direito (MI nº 232, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27/03/1992) ou postular a indenização pelos danos sofridos (MI nº 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20/03/1991, DJ de 14/11/1991 - anistia e direito à reparação econômica, art. 8º, § 3º do ADCT da CR/1988). Por persistir a ausência de regulamentação do direito referido no art. 8º, § 3º do ADCT da CR/1988, isso apesar das comunicações anteriores, "*o Tribunal decidiu assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, fixar o valor da indenização*" (MI nº 543, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 26/10/2000, DJ de 24/05/2002).

24. Em momento posterior, novo avanço foi identificado, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela aplicação de norma infraconstitucional já existente a situações que careciam de legislação específica. O Tribunal, analisando a renitência do Congresso Nacional em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, direito fundamental dependente de integração pela legislação infraconstitucional, declarou a omissão legislativa e determinou fosse aplicado, no que coubesse, a Lei nº 7.783/1989, regente do setor privado (Pleno, MI nº 670, 708 e 712, rel. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 25/10/2007, DJ de 31/10/2008). Com isso, além de sanar, temporariamente, a apontada omissão legislativa, maximizou a importância do mandado de injunção e conferiu plena eficácia ao comando constitucional contido no art. 37, VII. Por fim, o mesmo ocorreu em relação à aposentadoria especial dos servidores públicos, tendo decidido pela possibilidade de aplicação das regras do regime geral de previdência social enquanto o art. 40, § 4º, da Constituição de 1988 não fosse regulamentado pelo Congresso Nacional (Pleno, MI nº 788/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. em 15/04/2009, DJ de 07/05/2009; MI nº 795/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 15/04/2009, DJ de 21/05/2009; e MI nº 758/DF, rel. Min. Marco Aurélio j. em 1º/07/2008, DJ de 25/09/2008). A respeito dessa última temática, merecem transcrição as ementas dos acórdãos mais recentes, *verbis*:

“MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICAÇÃO DAS NORMAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do STF, a omissão legislativa na regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição, deve ser suprida mediante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social previstas na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99. Não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Ainda, a jurisprudência do STF também reconhece o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos portadores de deficiência. Fundamentos observados pela decisão agravada. 2. Agravo regimental improvido” (STF, Pleno, MI 1.596 AgR/DF, rel. Min. Teori Zavaski, j. em 16/05/2013, DJ de 31/05/2013).

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE ATUAÇÃO NORMATIVA DA UNIÃO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL CORRENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELO RECONHECIMENTO DA OMISSÃO DO LEGISLADOR NA CONCRETIZAÇÃO DO

ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E FALTA DE INTERESSE DE AGIR. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE REGE A APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SEGURADOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL ATÉ QUE SOBREVENHAM AS LEIS COMPLEMENTARES QUE REGULAMENTEM O CITADO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. EFICÁCIA DO DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL QUE EXIGE REGULAMENTAÇÃO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR DE INICIATIVA PRIVATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS TERMOS DO ART. 102, I, "Q", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA JULGAR MANDADO DE INJUNÇÃO IMPETRADO POR SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. 1. A aposentadoria especial de servidor público portador de deficiência é assegurada mediante o preenchimento dos requisitos previstos na legislação aplicável à aposentadoria especial dos segurados do Regime Geral de Previdência Social, até que seja editada a lei complementar exigida pelo art. 40, § 4º, II, da Constituição Federal. Precedentes do STF: MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30/11/2007; MI 795/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe. 22/5/2009 e ARE 727.541-AgR/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 24/4/2013. 2. A eficácia do direito à aposentadoria especial objeto do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, exige regulamentação mediante lei complementar de iniciativa privativa do Presidente da República, de modo que cabe ao Supremo Tribunal Federal, ex vi do art. 102, I, "q", da Lei Maior, o julgamento do mandado de injunção impetrado com o objetivo de viabilizar o seu exercício. 3. Agravo regimental improvido (STF, Pleno, MI nº 4153 AgR- segundo/MS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 24/10/2013, DJ de 18/11/2013).

25. O Supremo Tribunal Federal, portanto, pacificou o entendimento de que os servidores públicos com deficiência fazem jus à aposentadoria especial nos mesmos termos da legislação que disciplina o regime geral de previdência social, isso, obviamente, enquanto não editada a lei complementar a que se refere o art. 40, § 4º, I, da Constituição de 1998. Esse entendimento resulta na aplicação analógica da Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013 - que recorreu ao conceito de deficiência previsto no art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova Iorque), assinada em 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008 e promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 6.949/2009 -, tendo o seguinte teor:

LEI COMPLEMENTAR Nº 142, DE 8 DE MAIO DE 2013.

Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Art. 1º. Esta Lei Complementar regulamenta a concessão de aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS de que trata o § 1º do art. 201 da Constituição Federal.

Art. 2º. Para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Art. 3º. É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.

Art. 4º. A avaliação da deficiência será médica e funcional, nos termos do Regulamento.

Art. 5º. O grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim.

Art. 6º. A contagem de tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência será objeto de comprovação, exclusivamente, na forma desta Lei Complementar.

§ 1º. A existência de deficiência anterior à data da vigência desta Lei Complementar deverá ser certificada, inclusive quanto ao seu grau, por ocasião da primeira avaliação, sendo obrigatória a fixação da data provável do início da deficiência.

§ 2º. A comprovação de tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência em período anterior à entrada em vigor desta Lei Complementar não será admitida por meio de prova exclusivamente testemunhal.

Art. 7º. Se o segurado, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau de deficiência alterado, os parâmetros mencionados no art. 3º serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que o segurado exerceu atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente, nos termos do regulamento a que se refere o parágrafo único do art. 3º desta Lei Complementar.

Art. 8º A renda mensal da aposentadoria devida ao segurado com deficiência será calculada aplicando-se sobre o salário de benefício, apurado em conformidade com o disposto no art. 29 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, os seguintes percentuais:

I - 100% (cem por cento), no caso da aposentadoria de que tratam os incisos I, II e III do art. 3º; ou

II - 70% (setenta por cento) mais 1% (um por cento) do salário de benefício por grupo de 12 (doze) contribuições mensais até o máximo de 30% (trinta por cento), no caso de aposentadoria por idade.

Art. 9º Aplicam-se à pessoa com deficiência de que trata esta Lei Complementar:

I - o fator previdenciário nas aposentadorias, se resultar em renda mensal de valor mais elevado;

II - a contagem recíproca do tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência relativo à filiação ao RGPS, ao regime próprio de previdência do servidor público ou a regime de previdência militar, devendo os regimes compensar-se financeiramente;

III - as regras de pagamento e de recolhimento das contribuições previdenciárias contidas na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

IV - as demais normas relativas aos benefícios do RGPS;

V - a percepção de qualquer outra espécie de aposentadoria estabelecida na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que lhe seja mais vantajosa do que as opções apresentadas nesta Lei Complementar.

Art. 10. A redução do tempo de contribuição prevista nesta Lei Complementar não poderá ser acumulada, no tocante ao mesmo período contributivo, com a redução assegurada aos casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Art. 11. Esta Lei Complementar entra em vigor após decorridos 6 (seis) meses de sua publicação oficial.

26. A Lei Complementar nº 142/2013 entrou em vigor em 9 de novembro de 2013, vale dizer, seis meses após a sua publicação. O complicador é que o Poder Executivo, até o presente momento, não editou o decreto regulamentar, esclarecendo o que se deve entender por deficiência grave, moderada e leve, bem como o *modus operandi* para avaliá-la. Também aqui, para que a esfera jurídica individual não seja livremente maculada pela inércia dos poderes constituídos, é necessário recorrer-se à interpretação analógica, utilizando-se de conceitos já sedimentados no âmbito da lei e da jurisprudência (*v.g.*: na legislação do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza).

27. Por fim, ainda merece referência que a estrita imbricação existente entre a aposentadoria especial das pessoas com deficiência e o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (CR/1988, art. 1º, III), ao que se soma o expresse reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da injuridicidade da mora legislativa e da necessidade de serem provisoriamente aplicadas às normas afetas ao regime geral de previdência social, autorizam que a própria Administração Pública aprecie a matéria e faça valer o salutar direito à aposentadoria especial dessa sofrida camada da população brasileira. Com isso, a Constituição da República não terá sua eficácia normativa esvaziada pela desídia alheia.

III

28. É o parecer, *s.m.j.*

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2013.

Emerson Garcia

Consultor Jurídico da Associação Nacional dos
Membros do Ministério Público (CONAMP)

Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-
Políticas pela Universidade de Lisboa

Especialista em *Education Law and Policy* pela *European
Association for Education Law and Policy* (Antuérpia - Bélgica) e em
Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa

Professor convidado de diversas instituições de ensino

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,

Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de
Justiça e Diretor da Revista de Direito

Membro da *American Society of International Law* e da

International Association of Prosecutors (The Hague - Holanda)