

APOSENTADORIA ESPECIAL POLICIAL: LC Nº 51/85 E PARÂMETROS DE SUA RECEPÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E A EC 20/98¹

SPECIAL POLICE RETIREMENT: FEDERAL COMPLEMENTARY LAW N. 51/85 AND PARAMETERS OF ITS RECEPTION ACCORDING TO THE CONSTITUTION AND THE AMENDMENT NO. 20/98

*Éder Maurício Pezzi López. Advogado da União
Especialista em Direito Civil e Processo Civil*

SUMÁRIO: Introdução: A recepção da LC no 51/85 e a recente decisão do STF que modificou o entendimento até então assente no STJ; 1 Fundamentos conceituais para delimitação da recepção da LC no 51/85 pela Constituição; 1.1 A teoria da transcendência dos motivos determinantes e o alcance da decisão do STF; 1.2 O fenômeno da recepção constitucional e a técnica da interpretação conforme a Constituição; 1.2.1 O conceito de ‘recepção’ e as Emendas Constitucionais; 1.2.2 Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; 1.2.3 A “interpretação conforme

¹ Artigo produzido e enviado para publicação na Revista da AGU em abril/2010.

construtiva” e seus limites; 2 Limites materiais à recepção da LC no 51/85: aposentadoria compulsória, “servidor policial” e o requisito da idade mínima; 2.1 Da não recepção da LC no 51/85 no tocante à aposentadoria compulsória; 2.2 O conceito de “funcionário policial” à luz dos requisitos para aposentadoria especial. Periculosidade e EC 20/98; 2.3 A EC 20/98 e a idade mínima como critério obrigatório para a aposentadoria de servidores públicos; 2.3.1 A emenda 20/98 e a idade mínima como critério obrigatório para a aposentadoria de servidores públicos; 2.3.2 Possibilidade de compatibilização da LC no 51/85 com a EC 20/89 no tocante à idade mínima. Isonomia e proporcionalidade. Interpretação conforme a Constituição; 2.4 Posicionamentos da Advocacia-Geral da União e do Tribunal de Contas da União a respeito da matéria em questão; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é estudar a recepção da Lei Complementar nº 51/85 pela Constituição de 1988, não só em relação ao seu texto originário, mas igualmente em relação às emendas supervenientes. Ao longo do trabalho, são analisados os requisitos de aposentadoria do servidor público policial, particularmente a exigência de efetiva exposição a risco ou dano à saúde e a idade mínima, bem como o cabimento de aposentadoria compulsória específica. Para tanto, abordam-se elementos de teoria constitucional, tais como a transcendência dos motivos determinantes, a recepção e a interpretação conforme a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria Especial. Servidor Público Policial. Recepção Constitucional. Interpretação conforme a Constituição.

ABSTRACT: The aim of this article is to study the reception of the federal complementary law No. 51/85 by the Brazilian 1988 Constitution, not only in what refers to its ordinary text, but also concerning its amendments. In the study, the retirement conditions for the police public servants are analysed, specially the effective risk exposition or health damage and the minimum age, and also the possibility of specific compulsory retirement. In order to achieve this goal, the article includes constitutional theory elements, such as transcendence of determinative reasons, reception and *interpretation* according to the constitution.

KEYWORDS: Special retirement. Police Public Servant. Constitutional Reception. *Interpretation* according to the Constitution.

INTRODUÇÃO: A RECEPÇÃO DA LC Nº 51/85 E A RECENTE DECISÃO DO STF QUE MODIFICOU O ENTENDIMENTO ATÉ ENTÃO ASSENTE NO STJ

Até pouco tempo atrás, encontrava-se consolidado na Jurisprudência o entendimento de que a LC nº 51/85, a qual prevê aposentadoria especial para servidores policiais, não havia sido recepcionada pela Constituição de 1988. O argumento preponderante era o de que a referida lei trazia regras especiais de aposentadoria de forma genérica a todos os servidores que ocupassem cargo policial, sem atentar para os requisitos constitucionais específicos de periculosidade e prejuízo à saúde.

Ocorre que, em fins de 2008, o STF decidiu que a referida Lei havia sido recepcionada, ao julgar questão prejudicial em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Tal circunstância fez surgir uma série de questionamentos a respeito das implicações dessa recepção, que não foram enfrentadas pelo julgado em tela, as quais serão devidamente analisadas no presente estudo.

Inicialmente, contudo, é de se consignar que a Constituição de 1988, desde sua redação originária, previu a possibilidade de que fosse instituída aposentadoria especial para servidores públicos que desempenhassem atividades perigosas, insalubres ou penosas, condicionada à edição de leis complementares para tanto.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que tal faculdade legislativa ainda não havia sido exercitada de forma efetiva pelo legislador infraconstitucional, não reconhecendo a recepção de nenhuma lei anterior à Carta de 1988 que pudesse ser considerada como aplicável à espécie. A Corte, em realidade, vinha adotando a posição chamada de “não concretista”², pela qual não se concedia o direito postulado de forma direta, mas tão somente declarava-se a mora do Legislador. Nesse sentido, assentou-se no passado que a Constituição “não conferiu originariamente a nenhum servidor público o direito à obtenção de aposentadoria especial pelo exercício de atividades perigosas, insalubres ou penosas”, constituindo a sua instituição mera faculdade do legislador infraconstitucional³.

Posteriormente, alterando seu entendimento, o STF passou a proferir decisões concretistas, considerando o mandado de injunção como uma ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão legislativa. Assim, a Corte decidiu que, “inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via

2 Cf. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 741.

3 RE 428.511-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 17/03/2006.

pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91”⁴.

Entretanto, a referida norma prevista na Lei 8.213/91 trata apenas do trabalho em “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, não abordando especificamente os casos de atividades “perigosas”, conforme a previsão constitucional do art. 40, § 1º, em sua redação originária, nem os servidores “que exerçam atividades de risco”, na nova redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 47/05.

Nesse contexto, a única norma que poderia regular a questão da aposentadoria especial em razão de atividades de risco, para o servidor policial, seria aquela constante do art. 1º da Lei Complementar 51/85, o qual assim dispõe:

Art. 1º - O funcionário policial será aposentado:

I - voluntariamente, com proveitos integrais, após 30 (trinta) anos de serviço, desde que conte, pelo menos 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial;

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, aos 65 anos (sessenta e cinco) anos de idade, qualquer que seja a natureza dos serviços prestados.

Ocorre que, na ausência de decisão específica do STF a respeito da matéria, o STJ⁵ vinha reconhecendo essa norma como não recepcionada pela Constituição de 1988. O principal argumento disso era o de que a lei em questão previa a aposentadoria especial ao “funcionário policial”, sem fazer qualquer exigência de risco ou prejuízo efetivo à saúde ou à integridade física. Com base nesse entendimento, negava-se a aposentadoria especial ao servidor policial, visto ausente norma a ser aplicada.

Entretanto, no julgamento da ADI 3.817⁶, havido em 13/11/2008, o STF parece ter modificado completamente tal entendimento. Embora o caso envolvesse a constitucionalidade de lei do Distrito Federal, o Pleno da Corte reconheceu incidentalmente que a referida Lei

4 MI 721, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 p.29, RTJ V. 203-01 p.11, RDDP n. 60, 2008, p. 134-142.

5 1. O art. 40, § 4º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC 20/98, determina que a aposentadoria especial somente será concedida nos casos de desempenho de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, cujos critérios serão definidos em lei complementar. 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a LC 51/85 não foi recepcionada pela Constituição Federal, pois prevê hipótese de aposentadoria especial sem prestação de serviço prejudicial à saúde ou à integridade física. Precedentes. 3. Recurso ordinário improvido. (RMS 19186/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 09/10/2006 p. 313).

6 ADI 3817, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2008, DJe-064 divulgado em 02/04/2009, publicado em 03/04/2009.

Complementar 51/85 fora recepcionada pela Constituição de 1988. Por ser altamente relevante para o objeto do presente estudo, transcreve-se parte da ementa do julgado que trata da questão:

[...] 3. O art. 1º da Lei Complementar Federal n. 51/1985, que dispõe que o policial será aposentado voluntariamente, com proventos integrais, após 30 (trinta) anos de serviço, desde que conte pelo menos 20 anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. A combinação desse dispositivo com o art. 3º da Lei Distrital n. 3.556/2005 autoriza a contagem do período de vinte anos previsto na Lei Complementar n. 51/1985 sem que o servidor público tenha, necessariamente, exercido atividades de natureza estritamente policial, expondo sua integridade física a risco, pressuposto para o reconhecimento da aposentadoria especial do art. 40, § 4º, da Constituição da República: inconstitucionalidade configurada.

Assim, considerando que a decisão em questão não fez parte do *decisum* do julgado, mas tão somente foi questão incidental, impõe-se analisar qual a sua abrangência e – principalmente – qual o seu grau de eficácia vinculante. Feito isso, poder-se-ão enfrentar as implicações de tal recepção e sua conformidade com o ordenamento constitucional instituído pela Constituição de 1988 e suas Emendas.

1 FUNDAMENTOS CONCEITUAIS PARA DELIMITAÇÃO DA RECEPÇÃO DA LC NO 51/85 PELA CONSTITUIÇÃO

1.1 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E O ALCANCE DA DECISÃO DO STF

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem dado maior amplitude ao efeito vinculante de suas decisões, reconhecendo que ele se aplica não só ao dispositivo, mas também ao “conteúdo essencial”, aos “fundamentos” ou aos também chamados “motivos determinantes” constantes da fundamentação dos julgados.

Assim, tem-se dado provimento a reclamações ajuizadas por violação aos motivos determinantes de suas decisões, justamente sob argumento de que eles transcendem o julgado em que foram proferidos⁷. O fundamento disso decorre da própria força normativa da Constituição, cuja interpretação feita em sede de controle concentrado impõe que se lhe confira máxima efetividade, ainda que ela seja realizada

7 V. Rcl 1.987, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2003, DJ 21/05/2004 p. 33, e MC/SE 2.986, decisão monocrática proferida em 14/03/2005, Relator: MIN. CELSO DE MELLO, DJU 18/03/2005, respectivamente.

em julgamento de questão prejudicial e incidental. Assim, vê-se a tendência de que a coisa julgada, em matéria de controle concentrado de constitucionalidade, não se restrinja apenas ao dispositivo dos acórdãos, ao contrário do que ordinariamente ocorre no processo concreto, não se aplicando o art. 469 do CPC.

Cumpra ressaltar, no entanto, que o “motivo determinante” não se confunde com o chamado *obiter dictum*, que constitui mero comentário ou afirmação que se faz de passagem, sem que constitua cerne do objeto em julgamento. O primeiro, em realidade, é o fundamento, a premissa sobre a qual se assentou o entendimento sintetizado no dispositivo e – principalmente – sobre o qual houve deliberação do colegiado da Corte. Em outras palavras, o motivo determinante constitui a *ratio decidendi* do *decisum*, ou seja, a questão prejudicial que obrigatoriamente deve ser ultrapassada pelo órgão julgador.

Por outro lado, não há como se reconhecer qualquer efeito vinculante ao *obiter dictum*, uma vez que sequer caberia um voto divergente em relação a ele, dado que não se encontra inserido no objeto do julgamento, mas apenas o tangencia. Em realidade, o *obiter dictum* é um mero parêntese na decisão, cujo suprimento em nada alteraria seu desfecho.

Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir que a recepção da LC nº 51/85 pela Constituição de 1988 foi um fundamento determinante estabelecido de forma expressa no julgado da referida ADI 3.817, uma vez que isso foi o que, dentre outros motivos, possibilitou a configuração da inconstitucionalidade da Lei Distrital analisada. Prova disso é que, caso não tivesse sido declarada a recepção, não haveria como se vislumbrar o fundamento de que a combinação da LC nº 51/85 com a lei distrital ensejaria a consequência normativa contrária à Constituição.

Dito de outra forma, a recepção e atual vigência da LC nº 51/85 foi condição para que a Lei Distrital fosse declarada inconstitucional, tendo sido tal situação validamente decidida pelo pleno do STF, ainda que tal não conste do dispositivo *stricto sensu* do julgado. Entretanto, estabelecida genericamente a ocorrência da recepção, cumpre verificar em que amplitude e – principalmente – em que condições se deu a sua passagem pelo filtro da Constituição de 1988 e de suas posteriores emendas.

1.2 O FENÔMENO DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL E A TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A análise do fenômeno da recepção, como se verá, guarda substanciais relações com a aferição de constitucionalidade de leis

editadas após a vigência da Constituição-parâmetro. Por essa razão, são plenamente aplicáveis a ele as técnicas de interpretação conforme e de declaração de nulidade (*rectius*, não recepção) sem redução de texto, como se abordará neste capítulo.

1.2.1 O CONCEITO DE 'RECEPÇÃO' E AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Com a promulgação de uma nova Constituição, uma indagação de grande relevância surge no que tange ao ordenamento jurídico infraconstitucional anterior a ela. Sabe-se que, por vezes, uma grande produção legislativa se segue à promulgação da nova carta, mas tal produção jamais será suficiente para substituir toda a legislação até então vigente, produzida durante décadas e até séculos. Nesse contexto, de modo a evitar tal crise legislativa, a prática constitucional tem reconhecido o fenômeno da recepção, pelo qual se permite que o conjunto legislativo antigo possa continuar vigente.

Ao tratar do tema, Kelsen assentou que todo o ordenamento anterior à nova constituição perde seu fundamento de validade – a constituição revogada – e passa a ter novo alicerce na nova carta, nos seguintes termos⁸:

As leis que segundo a linguagem corrente, inexata, continuam a ser válidas, são, a partir de uma perspectiva jurídica, leis novas, cujo significado coincide com o das velhas. Elas não são idênticas às velhas leis antigas, porque seu fundamento de validade é diverso. O fundamento de sua validade é a nova Constituição, não a velha, e a continuidade entre as duas não é válida nem do ponto de vista de uma, nem do da outra.

A questão que se coloca, diante disso, é verificar se as leis que materialmente forem contrárias à nova constituição seriam revogadas ou se elas sofreriam de inconstitucionalidade superveniente.

Embora a Constituição Portuguesa traga regra a respeito da inconstitucionalidade superveniente⁹, Canotilho escreve que, em realidade, haveria uma dupla consequência: no plano da validade, a lei anterior seria marcada pela inconstitucionalidade, o que acarretaria, simultaneamente, a sua revogação, que se daria no plano da vigência. Por oportuno, leia-se o seguinte trecho de sua obra¹⁰:

8 *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 171. Apud Mendes, p. 203.

9 Art. 290, 2: O direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consignados.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1306.

A inconstitucionalidade (plano de validade) conduz, num caso concreto, à revogação (plano da vigência). Daí que, na inconstitucionalidade superveniente, haja um concurso de revogação (leis que se sucedem no tempo) e nulidade (leis de hierarquia diferente em relação de contrariedade).

Na Jurisprudência do STF, a questão foi amplamente debatida no julgamento da ADI 2. De um lado, o Min. Sepúlveda Pertence sustentou que seria o caso de inconstitucionalidade (ou nulidade) superveniente, visto que a nova Constituição afetaria especialmente o plano da validade da norma. Contudo, prevaleceu a tese do relator, Min. Paulo Brossard, o qual sustentou que a nova Constituição revoga todas as normas que lhe sejam incompatíveis, operando seus efeitos no plano da própria vigência da norma¹¹.

Nessa senda, negada a tese da inconstitucionalidade superveniente, consolidou-se na Corte a impossibilidade de análise de normas anteriores à Constituição em sede de ADI ou ADC. A única possibilidade de controle concentrado do ordenamento anterior, atualmente, seria em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, na forma do art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99.

Entretanto, há que se assentar que a verificação de conformidade da lei anterior à Constituição se dá no âmbito puramente material, no que tange ao seu conteúdo normativo. Isso porque não se exige que a norma anterior cumpra as exigências formais previstas no novo texto constitucional, seja no tocante à espécie normativa, procedimento, iniciativa ou qualquer outro aspecto extrínseco. Assim, é plenamente possível que ocorra a recepção de lei ordinária com *status* de lei complementar, situação em que se situa o atual Código Tributário Nacional, por exemplo.

Além disso, estabelecido que a contrariedade das normas anteriores à Constituição gera revogação, é importante assentar que esse fenômeno ocorre igualmente com as alterações posteriores que o texto constitucional sofre em razão de emendas. Embora as emendas constitucionais sejam espécies normativas diversas das leis infraconstitucionais, elas igualmente geram a revogação das que não lhe forem compatíveis, não só por serem *leges posteriores*, mas por possuírem *status* de norma constitucional.

11 Leia-se parte da ementa: "A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária" (ADI 2, Relator Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21/11/1997 p. 60585).

Caso interessante ocorre quando uma emenda constitucional altera algum requisito formal da lei para dispor acerca de determinada matéria. Nesse caso, em havendo compatibilidade material, dá-se a recepção da lei anterior normalmente, visto que ela obedeceu ao procedimento vigente quando da sua produção. Exemplo disso verificou-se com a promulgação da EC nº 20/98, a qual, para dispor sobre a aposentadoria especial para o regime geral, passou a exigir lei complementar (Art. 201, § 1º). No art. 12 da própria emenda, foram expressamente recepcionados os arts. 57 e 58 da lei ordinária nº 8213/91.

Por fim, há que se ressaltar que a recepção pode-se dar em diversos níveis, seja declarando-se não recepcionado parte do texto da lei, seja utilizando-se dos mecanismos de interpretação conforme a constituição ou de declaração de nulidade (não recepção) sem redução de texto. Tal como ocorre na declaração de inconstitucionalidade, não se está diante de um “tudo ou nada”: a lei poderá ser parcialmente recepcionada, ou recepcionada com reservas. Em realidade, a nova Constituição estabelece uma espécie de filtro, que afasta do ordenamento não só aquilo que lhe é textual e expressamente contrário, mas também possíveis interpretações que igualmente o sejam.

1.2.2 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO

Diante da pluralidade de interpretações possíveis das leis, e da inerente polissemia das palavras nelas contidas, verificou-se que o controle meramente textual do diploma normativo limitava demasiadamente a aferição de sua constitucionalidade. Em muitos casos, seria preciso declarar toda a lei inconstitucional por conta de apenas uma determinada interpretação, não obstante as demais fossem conformes à Constituição.

Assim, passou-se a adotar na Jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, a Corte Constitucional alemã, as chamadas decisões interpretativas, pelas quais se controlava a constitucionalidade de interpretações do texto legal analisado, eliminando as desconformes, sem alterar sua redação. Tal tendência foi seguida por diversas Cortes Constitucionais européias, passando a ser igualmente adotada no Brasil, mormente a partir dos anos 90¹².

12 Veja-se, como exemplo, trecho da ementa do seguinte julgado: “impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar “para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal”, que, se feita, abarcaria normas autônomas, e, portanto, cindíveis, que não são atacadas como inconstitucionais. (ADI 491 MC, Relator: Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 13/06/1991, DJ 25/10/1991)

Em realidade, a interpretação conforme a Constituição, como preconiza Jorge Miranda¹³, não é uma regra de interpretação, mas sim um “método de fiscalização da constitucionalidade”. No mesmo sentido, Gilmar Mendes¹⁴ assevera que “a interpretação conforme a Constituição não deve ser vista como simples princípio de interpretação, mas sim como modalidade de decisão do controle de normas, equiparável a uma *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*.” Isso porque tais decisões não fixam simplesmente um critério ao julgador, mas excluem da aplicabilidade da norma uma ou mais interpretações possíveis que não sejam conformes ao texto constitucional.

Em que pese haver certa confusão na Jurisprudência do STF a respeito da delimitação conceitual entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto¹⁵, há que se ver que os institutos não se confundem. Observe-se, a esse respeito, que a própria lei 9.868/99 faz nítida separação entre as duas figuras em seu art. 28, parágrafo único¹⁶.

Sobre tal distinção, pode-se dizer que a interpretação conforme a Constituição tem lugar quando apenas uma ou algumas determinadas interpretações da lei sejam constitucionais, o que acarreta, *contrario sensu*, a inconstitucionalidade das demais. Já a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto se dá quanto uma ou mais determinadas interpretações sejam declaradas inconstitucionais, preservando-se as demais. Sobre o ponto, assim escreve Gilmar Mendes¹⁷:

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Tais modalidades de aferição da constitucionalidade da interpretação da lei podem ser aplicadas, perfeitamente, aos casos

13 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. II, Coimbra: Coimbra, 1987. p. 264.

14 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1252.

15 Cf. Fabíola Souza Araújo. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade: interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. *Revista da Advocacia-Geral da União*, nº 19, jan/mar 2009, p. 179.

16 Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

17 MENDES, op. cit., p. 1253.

de recepção constitucional, seja em razão da promulgação da nova Constituição, seja em razão da entrada em vigor de determinada emenda. Dessa forma, constata-se ser plenamente possível que ocorra a recepção parcial da norma, ainda que se mantenha íntegro o seu texto. Dito de outra forma, poderá haver recepção parcial sem redução de texto, ou mesmo uma recepção condicionada a uma interpretação conforme a nova Constituição.

Entretanto, é possível que, ao determinar qual seja a “interpretação constitucional” da norma, a Corte que realiza o controle concentrado a complemento, adicionando-lhe algum elemento, com base numa interpretação sistemática da Constituição e do próprio ordenamento, tema que se tratará no próximo tópico.

1.2.3 A “INTERPRETAÇÃO CONFORME CONSTRUTIVA” E SEUS LIMITES

Um dos grandes dilemas que se deve enfrentar ao tratar de controle de constitucionalidade diz respeito ao conflito entre a “vontade da Constituição” e a “vontade do Legislador”, especialmente quando é um terceiro – a Corte Constitucional – quem realiza tal aferição. Nesse embate, o critério que deve prevalecer, conforme a lição de Kelsen, é que a Corte atue tão somente como um legislador negativo, derogando unicamente aquilo que for contrário à Constituição, e preservando ao máximo a norma que foi democraticamente produzida. Nesse sentido, as decisões interpretativas são um excelente instrumento, visto que justamente têm como escopo preservar o máximo da constitucionalidade presente na norma questionada.

Dessa forma, como adverte Alexandre Viala¹⁸, a utilização das decisões interpretativas deve obedecer a duas exigências: uma interpretação que salve a constitucionalidade da lei e uma interpretação que respeite a vontade do legislador. Não se trata, assim, de escolher-se dentre várias interpretações possíveis a mais conveniente; isso seria substituir a tarefa do juiz ordinário, e violar a própria autonomia do Parlamento. As decisões interpretativas devem elidir apenas as interpretações que forem contrárias à Constituição, deixando intactas todas aquelas que não o forem, para que, dentre elas, escolha o aplicador ordinário da lei. No mesmo sentido, Gilmar Mendes¹⁹ consigna que “a interpretação conforme a Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”.

18 VIALA, Alexandre. *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, Paris, 1999.

19 MENDES, op. cit., p. 1255.

Há casos, no entanto, em que não há como simplesmente fixar uma interpretação da lei que lhe preserve a constitucionalidade. É preciso acrescentar algum complemento interpretativo para que ela possa efetivamente ser aplicável. Tal complemento, diga-se, deve ter como base o que seja estritamente necessário, e deve ser proveniente de uma interpretação sistemática da Constituição. Do contrário, ter-se-á a chamada “decisão manipulativa com eficácia aditiva”, que não só viola a vontade legítima do Legislador eleito pelo povo, mas subverte o próprio estado democrático de direito.

Um exemplo bastante singelo e elucidativo pode ser visto na Jurisprudência do Conselho Constitucional francês, órgão encarregado do controle concentrado prévio de constitucionalidade, no qual se desenvolveu o conceito de “reservas de interpretação construtivas”. Uma determinada lei submetida ao Conselho determinava que os sindicatos poderiam agir em nome do associado, bastando para tanto notificá-lo por carta com aviso de recebimento. Determinou-se²⁰, então, que a norma só seria constitucional se na carta estivessem contidas todas as informações a respeito da natureza e do objeto da ação e outras que fossem pertinentes. Essa “adição” normativa, a despeito de não constar na norma promulgada, foi atribuída com efeito vinculante pelo Conselho, de modo a preservar a sua conformidade constitucional.

Na atuação do STF veem-se, igualmente, diversas decisões com esse caráter aditivo, tais como a proferida na edição da Súmula Vinculante 11 (algemas) ou na imposição das chamadas “condições” (Serra Raposa do Sol). Nesse tipo de decisão, mais do que a determinação de uma interpretação, a Corte realizou uma verdadeira complementação legislativa, construída com o intuito de dar máxima efetividade às normas constitucionais.

Em suma, pode-se dizer que a técnica da interpretação conforme construtiva, onde há eventual adição de significado à norma, é medida excepcional e só deve ser utilizada quando não restar outra alternativa para salvar-lhe a constitucionalidade.

2 LIMITES MATERIAIS À RECEPÇÃO DA LC NO 51/85: APOSENTADORIA COMPULSÓRIA, “SERVIDOR POLICIAL” E O REQUISITO DA IDADE MÍNIMA

2.1 DA NÃO RECEPÇÃO DA LC NO 51/85 NO TOCANTE À APOSENTADORIA COMPULSÓRIA

Além de prever a aposentadoria especial, o art. 1º, II, da LC nº 51/85 previu que o “funcionário policial” será aposentado “compulsoriamente,

²⁰ Decisão 89-257 DC (25/07/89).

com proventos proporcionais ao tempo de serviço, aos 65 anos (sessenta e cinco) anos de idade, qualquer que seja a natureza dos serviços prestados”. É preciso, assim, verificar se tal norma é compatível e se foi recepcionada pelo regime constitucional de 1988.

Antes, contudo, é de se observar que a Constituição de 1967 previu expressamente no seu art. 100²¹ a possibilidade de a lei, “atendendo à natureza especial do serviço”, reduzir a idade da aposentadoria compulsória, fixada em 70 anos. O artigo foi alterado pela EC n° 1/69, que passou a exigir, no art. 103, lei complementar para que fossem estabelecidas “exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade”. Apesar suprimida a norma expressa pela EC n° 1/69, considerou-se ainda possível estabelecer diminuição de idade para aposentadoria compulsória, ante o permissivo geral de “exceções às regras estabelecidas”, editando-se então a LC n° 51/85.

Ocorre que a Constituição de 1988, ao tratar da aposentadoria compulsória, não parece permitir qualquer exceção, estabelecendo que ela se dará “aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço”²². As únicas exceções permitidas pelo texto constitucional são aquelas relativas à aposentadoria voluntária. Ressalte-se que, em sua redação originária, o § 1° do art. 40 era expresso ao dispor que “lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III”, não abrangendo o inciso II do artigo, o qual tratava da aposentadoria compulsória.

Em realidade, é possível afirmar que, se as exceções foram previstas expressamente apenas para a aposentadoria voluntária, fica cristalino que é inconstitucional qualquer lei que modifique a idade de 70 anos para a aposentadoria compulsória. Dá-se, no caso, o que a doutrina alemã chama de “silêncio eloqüente” (*beredtes Schweigen*), entendimento já utilizado tantas vezes na Jurisprudência do E. STF²³. Em outras palavras, ao silenciar quanto à possibilidade de uma diminuição da idade para a aposentadoria compulsória, a Constituição veda que a lei o faça.

21 Art. 100, § 2° - Atendendo à natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I do art. 101.

22 Consigne-se que tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição n°. 457/2005, que prevê o aumento da idade da aposentadoria compulsória para 75 anos.

23 Por exemplo, RE 130552, Relator Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/06/1991, DJ 28/06/1991, p.08907.

Por essa razão, tem-se que a norma do art. 1º, II, da LC nº 51/85 não foi recepcionada pela Constituição de 1988²⁴. A respeito disso, ainda que o STF tenha-se limitado a afirmar que a LC nº 51/85 foi recepcionada pela Constituição, sem fazer ressalvas, há que se ressaltar que ele o fez em sede de questão prejudicial, a qual era relacionada exclusivamente à questão da aposentadoria especial voluntária, não havendo qualquer referência à questão da redução da idade para aposentadoria compulsória.

2.2 O CONCEITO DE “FUNCIONÁRIO POLICIAL” À LUZ DOS REQUISITOS PARA APOSENTADORIA ESPECIAL. PERICULOSIDADE E EC 20/98

A Lei Complementar 51/85, ao instituir nova modalidade de aposentadoria especial, tem como único requisito “pelo menos 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial”. Entretanto, não há na lei qualquer delimitação conceitual mais pormenorizada a respeito do que seria tal natureza “estritamente policial” e – o mais importante – a que condições deveriam estar sujeitos os servidores que a desempenhassem, a fim de justificar a diferenciação que se faz com os demais servidores da Administração.

Por isso, numa primeira leitura, poder-se-ia entender que todo servidor que ocupasse cargo policial faria jus ao benefício, sem qualquer consideração no tocante às atividades desempenhadas e quanto à sua efetiva exposição a fatores de periculosidade, penosidade ou insalubridade. Isso porque a referida LC nº 51/85 foi editada sob a égide da Emenda Constitucional nº 1/69, a qual se limitou a referir que “lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade” (art. 103). Vê-se, assim, que foi dada ampla discricionariedade ao Legislador infraconstitucional para aferir quais seriam os critérios relativos à “natureza do serviço”, de modo a justificar exceções ao regime ordinário de aposentadoria dos servidores públicos.

A Constituição de 1988, no entanto – analítica que é – inovou na matéria, estabelecendo critérios expressos e objetivos para a instituição de aposentadoria especial. Nesse sentido, a redação originária do art. 40, § 1º, dispôs que lei complementar poderia estabelecer exceções “no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas”.

²⁴ Consigne-se o entendimento contrário esposado na Nota AGU/MS 06/2007, aprovada pelo Advogado-Geral da União em 13/02/2007, a respeito da qual adiante se fará referência.

Com base nesse dispositivo, vê-se que a aposentadoria especial em questão só se justificaria para servidores que concreta e imediatamente estivessem expostos aos agentes nocivos que acarretassem risco ou prejuízo a sua saúde ou integridade física. Assim, quaisquer servidores que não se enquadrem no permissivo constitucional, mesmo que titularizem cargo inserido na carreira “policial”, não poderão fazer jus às regras de aposentadoria especial²⁵.

Fazendo a leitura do voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia, Relatora da referida ADI 3.817, observa-se que foi expressamente ressaltado esse entendimento, condicionando a recepção da LC nº 51/85 a tais requisitos constitucionais. No caso apreciado pelo STF, analisou-se a constitucionalidade de uma lei distrital que concedia indiscriminadamente a aposentadoria especial a servidores públicos policiais, sem qualquer consideração a respeito da efetiva periculosidade de sua atividade. Por oportuno e essencial à compressão da questão, transcreve-se parte do voto da e. Relatora:

A combinação dos dispositivos das duas leis poderia ensejar a interpretação de que policiais que não exercem efetiva e estritamente atividades de natureza estritamente policial e, portanto, não cumprem as exigências constitucionais do risco a que se expõem, à periculosidade que autoriza o tratamento diferenciado da sua situação pela norma, estariam abrigados pelo benefício de aposentadoria especial dos policiais civis.

[...]

Enquadrada a natureza especial da atividade policial no critério de perigo ou risco, e ainda, considerando ter sido a matéria objeto da mesma espécie normativa exigida pela Constituição atual (lei complementar), tenho como recepcionada a Lei Complementar n. 51/85 pela Constituição de 1988.

Dessa forma, considerando o balizamento exposto na ratio decidendi do julgado, a norma da LC nº 51/85 só é constitucional se for aplicada aos casos em que se constate atividade que implique perigo ou risco permanente à integridade física e psicológica do servidor policial. Por conseguinte, será contrária à Constituição a aplicação da norma indistintamente a servidores policiais que não estejam sujeitos a tais condições.

²⁵ Cumpre destacar que o Projeto de Lei Complementar nº 554/2010, enviado ao Congresso Nacional em fevereiro de 2010, considera como atividades de risco: I - a de polícia, relativa às ações de segurança pública, para a preservação da ordem pública ou da incolumidade das pessoas e do patrimônio público, exercida pelos servidores referidos nos incisos I a IV do art. 144 da Constituição; ou II - a exercida no controle prisional, carcerário ou penitenciário e na escolta de preso.

Diante disso, pode-se dizer que não fazem jus à aposentadoria especial em tela servidores que desempenhem atividades meramente administrativas, gerenciais ou mesmo de inteligência²⁶, uma vez que elas, apesar de importantíssimas ao funcionamento da atividade policial, não expõem seus sujeitos a elementos de risco ou prejuízo à saúde. Em realidade, os servidores que desempenham tais funções o fazem geralmente *intra muros*, ou seja, dentro da própria repartição pública, sem qualquer exposição a risco que seja diferente daquele a que naturalmente estão expostos os demais servidores.

É importante destacar, entretanto, que tudo o que até agora se expôs é relativamente claro no que concerne à redação originária da Constituição. Isso porque a redação do art. 40 foi modificada pela EC n° 20/98, permitindo-se a aposentadoria especial apenas para os “casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (§ 4° do artigo). Vê-se, assim, que foi suprimida da redação do artigo qualquer alusão à periculosidade da atividade desempenhada, surgindo aí questões relevantes a serem enfrentadas.

Nesse caso, fazendo-se uma interpretação restritiva da Constituição, poder-se-ia entender que a EC 20/98 excluiu a possibilidade de aposentadoria especial a servidores que desempenhassem atividades tão somente perigosas, ou seja, que não ocasionassem efetivo prejuízo à saúde e à integridade física. Assim, se compreendida a atividade policial tão somente como perigosa, mas não insalubre²⁷, estaria excluída a possibilidade de tal modalidade de aposentadoria para atividade estritamente policial.

Caso prevaleça esse entendimento, a conclusão que se chega é que a LC n° 51/85 teria sido integralmente revogada pela EC 20/98, não havendo como aplicá-la nem mesmo no período posterior à EC 47/05, a qual previu a aposentadoria especial também para servidores que “exerçam atividades de risco”. Saliente-se que, como já referido, a não recepção tem como efeito a revogação da lei, não sendo possível falar-se em repristinação tácita de lei já não mais vigente no ordenamento²⁸.

26 Joanival Brito Gonçalves refere que a atividade de inteligência se dá “por meio de análise sistemática de informações disponíveis” a respeito da materialidade e autoria de crimes, buscando-se a identificação dos criminosos e os aspectos essenciais da consumação do delito. Além disso, destaca o referido Autor que ela envolve um caráter consultivo, “quando contribui para elaboração e adoção de medidas ou políticas de prevenção e combate à criminalidade” (*Atividade de Inteligência e Legislação Correlata*. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 31). Vê-se, assim, que a atividade em questão é eminentemente burocrática, não pressupondo em tese qualquer exposição concreta a risco extraordinário. No entanto, caso as atividades de inteligência envolvam acompanhamento de investigados, instalação de equipamentos de escuta ou mesmo infiltração em organizações criminosas, poderá ser configurado risco que enseje o enquadramento da atividade como de risco, a exemplo das atividades investigativas *stricto sensu*.

27 Em realidade, embora não seja

28 Não se confunda esse fenômeno com os chamados “efeitos repristinatórios” havidos no caso de se declarar a inconstitucionalidade da lei revogadora. Aqui o caso é de revogação direta da Lei, por Emenda Constitucional.

De outra parte, é possível entender-se que o perigo e o risco estejam inseridos na categoria de condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, o que faz com que, de fato, não se tenha materialmente modificado a norma. Esse entendimento, embora de forma não aprofundada, foi expresso no voto da Min. Cármen Lúcia na já citada ADI 3.817²⁹:

E, conforme realçado pelo Procurador-Geral da República em seu parecer (fls. 69), as alterações procedidas pelas emendas constitucionais posteriores à promulgação da Constituição de 1988 (ns. 20/1998 e 47/2005) não subtraíram a distinção conferida à atividade considerada perigosa ou de risco.

Em verdade, rigorosamente falando, se for aceito o argumento de que a recepção da LC n° 51/85 constituiu verdadeira questão prejudicial transcendente ao julgado, ter-se-á que admitir que a referida lei foi também recepcionada pela EC 20/98. Isso se dá porque no julgado já referido decidiu-se que a inconstitucionalidade da lei distrital n° 3.556/2005 – posterior à EC 20/98 – se deu justamente em decorrência de sua combinação com a LC n° 51/85, considerada vigente. Entretanto, é cedo ainda para dar a questão como encerrada, mesmo porque ela será novamente enfrentada no julgamento do RE 567.110, de relatoria da mesma Min. Carmen Lúcia, já tendo sido expressamente reconhecida a sua repercussão geral³⁰, tendo havido a inclusão de vários *amici curiae*.

Vale aqui ainda mencionar que, embora se trate de um recurso extraordinário, de controle difuso e concreto, poderá ser dado à decisão um efeito que transcenda o caso individual, aplicando-se a chamada “objetivização” do recurso extraordinário³¹. Dessa forma, a *ratio decidendi* exposta no caso concreto poderá ter efeitos vinculantes, tal qual a decisão de controle concentrado de constitucionalidade, situação que já foi reconhecida em alguns casos pelo STF³².

De qualquer sorte, embora não seja o objetivo do presente estudo adentrar na questão com a profundidade que ela merece,

29 O mesmo entendimento foi esposado pelo Min. Eros Grau, em decisão monocrática proferida nos autos do MS 26.165, julgado em 27/09/2006, publicado em DJ 04/10/2006, p.40.

30 “Recepção pela Emenda Constitucional n. 20/1998 do art. 1º, inc. I, da Lei Complementar n. 51/1985. Adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria a servidores cujas atividades não são exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Repercussão geral reconhecida. (RE 567110 RG, Relatora: Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 08/02/2008, DJe-036 divulgado em 28/02/2008, publicado em 29/02/2008).

31 Cf. Fredie Didier Jr. Transformações do recurso extraordinário. In FUX, Luiz *et alii*. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

32 Por exemplo, no RE 197.917/SP, rel. Min. Maurício Correa, j. em 06/06/2002, Pleno e no HC 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006.

parece ser razoável o entendimento de que a atividade policial estrita possa ser enquadrada de forma ampla dentre aquelas que, de alguma forma, apresentam “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”. De fato, é possível entender-se o risco e o perigo como compreendidos na *ratio* que inspirou tanto o legislador constituinte originário quanto o derivado, fazendo com que as sucessivas alterações de redação não tenham, de fato, alterado a essência da norma constitucional. Além disso, verifica-se que é plenamente possível enquadrar a atividade policial como insalubre, na hipótese de se verificar o contato direto do servidor com agentes nocivos (por exemplo: sangue, pessoas, pólvora, poluentes, etc.)³³.

2.3 A EC 20/98 E A IDADE MÍNIMA COMO CRITÉRIO OBRIGATÓRIO PARA A APOSENTADORIA DE SERVIDORES PÚBLICOS

Como visto, existe a possibilidade de que a LC nº 51/85 venha a ser considerada como revogada pela EC 20/98, por conta da supressão da aposentadoria especial para atividades perigosas. Entretanto, caso isso não ocorra, necessário será adentrar no tema atinente ao requisito de idade mínima para aposentadoria voluntária do servidor público, o que a seguir se faz.

2.3.1 A EMENDA 20/98 E A IDADE MÍNIMA COMO CRITÉRIO OBRIGATÓRIO PARA A APOSENTADORIA DE SERVIDORES PÚBLICOS

A redação originária da Constituição de 1988 fixou que a aposentadoria voluntária de servidores públicos se daria (art. 40, III):

- a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;
- b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;
- c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;
- d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Como se vê, a única exigência de idade mínima para a aposentadoria voluntária era atinente àquela com vencimentos proporcionais, para os servidores que não se enquadrassem na hipótese da alínea “c”. Ocorre

³³ Não é à toa que muitos servidores dos Estados e mesmo da Polícia Federal recebem ou já receberam o adicional de insalubridade.

que a Emenda nº 20/98 alterou profundamente o sistema previdenciário relativo ao servidor público e passou a exigir idade mínima para a aposentadoria voluntária integral, prevendo a nova redação do art. 40, § 1º, III, que o servidor seria aposentado:

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Não obstante as emendas 41/03 e 47/05 tenham estabelecido uma série de regras a respeito da aposentadoria dos servidores, manteve-se na Constituição a redação da Emenda 20/98, constando até hoje o requisito da idade mínima como uma exigência constitucional expressa. Em realidade, esse requisito foi incluído no texto constitucional no contexto das reformas do sistema previdenciário brasileiro, e teve como finalidade torná-lo atuarialmente mais adequado, e socialmente mais justo³⁴.

Analisando o texto constitucional, verifica-se que o único caso em que é determinada a atenuação do critério de idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição de servidor público, de forma expressa, é o de função de magistério, na forma do art. 40, § 5º, o qual assim dispõe³⁵:

§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Para os demais casos, a Constituição silencia a respeito de tal requisito, o qual deve ser abordado pela lei complementar que

34 Conforme Mensagem 306, do Poder Executivo (Diário do Congresso, 28/03/1995), enviada ao Congresso Nacional, um dos objetivos da Emenda 20/98 foi o de impedir as aposentadorias por tempo de serviço de trabalhadores muito jovens, que teriam uma expectativa de vida incompatível com o montante de sua arrecadação. A ausência de limite de idade para a aposentadoria por tempo de serviço, geralmente usufruída por pessoas de maior poder econômico, gerava, conforme a mensagem referida, um contraste social injusto em relação aos beneficiários das aposentadorias por idade, geralmente requeridas por pessoas de baixa renda.

35 Na redação dada pela EC 20/98.

instituir a aposentadoria especial, nos casos do § 4º do mesmo art. 40. Isso não significa, contudo, que a lei infraconstitucional possa irrestritamente abolir o requisito da idade mínima para a aposentadoria especial, visto que tal imposição é aplicável a todos os servidores públicos, inclusive o professor, que goza igualmente de modalidade especial de aposentadoria.

Ter-se-ia, de fato, uma violação ao princípio da isonomia, seja com os servidores que estão sujeitos ao regime ordinário de aposentadoria, seja com os servidores que, gozando de aposentadoria especial para função de magistério, estão igualmente sujeitos a limite de idade, ainda que atenuado. Em verdade, a partir da EC 20/98, a idade mínima para a aposentadoria voluntária por tempo de contribuição passou a ser norma que baliza todo o sistema previdenciário dos servidores públicos, incluindo até aqueles que têm direito à aposentadoria especial³⁶, não podendo ser derogado por norma infraconstitucional.

Se a própria Constituição previu idade mínima para a aposentadoria especial do professor, não poderá uma lei infraconstitucional derogar tal imposição, sob pena de inconstitucionalidade. Em outras palavras, se ao professor, que tem disciplinada a sua aposentadoria especial diretamente pela Constituição, é imposto o requisito da idade, não poderiam outros servidores, em situação análoga, serem dispensados disso.

Contudo, não obstante a LC no 51/85 não estabeleça qualquer requisito de idade mínima, não se verifica adequado tê-la, por si só, como inconstitucional. Ao contrário, considerando que essa lei busca dar concretude a uma norma constitucional (o § 4º do art. 40), é plenamente possível compatibilizá-la através dos mecanismos de interpretação conforme a Constituição, com base em critérios de isonomia e proporcionalidade.

Assim, em que pese não se ter enfrentado a questão no julgamento da referida ADI 3.817, poderá o debate ter lugar no julgamento do já referido RE 567.100, que tratará exatamente da questão da recepção da LC nº 51/85 pela EC 20/98.

³⁶ Ressalte-se que o STJ já assentou que “por força do art. 57 da lei 8.213/91 é inexigível idade mínima para a concessão de Aposentadoria Especial, àqueles que exerçam atividade profissional sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (REsp 158996/MG, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2000, DJ 05/02/2001 p. 122). Ocorre que tal entendimento é aplicável tão somente a trabalhadores da iniciativa privada, uma vez que, para eles, a Constituição não impõe qualquer requisito de idade mínima.

2.3.2 POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DA LC NO 51/85 COM A EC 20/89 NO TOCANTE À IDADE MÍNIMA. ISONOMIA E PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Sem adentrar na intrincada discussão a respeito do conceito dos princípios, a qual refoge ao objeto do presente estudo³⁷, é possível dizer, de acordo com Dworkin³⁸, que eles são postulados dotados de alto grau de abstração, cuja aplicação não se dá na base do “tudo ou nada”, ao contrário do que ocorre com as regras. De fato, a medida de aplicação dos princípios é a dimensão do seu peso ou importância, constituindo eles, como expõe Alexy³⁹, verdadeiros “mandados de otimização”, impondo-se aplicá-los no maior grau possível e em consonância com os demais princípios do ordenamento.

Nesse contexto, situa-se o princípio da igualdade como um dos mais importantes princípios fundamentais insculpidos na Constituição, em seu art. 5º, *caput*, o qual serve de parâmetro não só para a elaboração de leis novas, mas para a conformação das já existentes com o ordenamento constitucional superveniente. Nesse sentido, a igualdade pode também ser equiparada à isonomia, na medida em que a lei deve tratar de forma igual os iguais, e “desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem”, na célebre máxima de Rui Barbosa em sua Oração aos Moços.

Assim, não obstante a idade mínima seja um requisito constitucional aplicável a todos os servidores públicos, não há como postular que ele seja aplicado de maneira idêntica para todos eles, tendo em vista a desigualdade das atividades por eles desempenhadas. Por isso, não há como impor a mesma idade mínima para servidores civis que estejam sujeitos a condições especiais de trabalho, tais como os que desempenhem atividades de risco ou que causem prejuízo à saúde, e os demais servidores. Da mesma forma, não há como se considerar que o requisito da idade mínima seja exigido de um grupo de servidores que fazem jus à aposentadoria especial (os professores) e derogá-lo para os demais.

A questão que surge, então, é como compatibilizar o requisito da idade mínima para aposentadoria especial e a referida LC nº 51/85, que silencia a respeito. Para tanto, é preciso buscar parâmetros no próprio texto constitucional, com base não só no princípio da isonomia, mas especialmente com foco no princípio da proporcionalidade, cuja aplicação poderá traçar

37 A respeito do tema, ver o belo estudo de Roberta Pereira Negrão Costa (Proporcionalidade: Uma clarificação do conceito. *Revista da Advocacia Geral da União*, edição virtual nº 96, 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>.

38 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

39 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

um meio de colmatar a omissão da lei recepcionada, pelo menos até que sobrevenha nova lei que disponha de forma completa sobre o tema.

Sobre isso, é de se referir que Willis Guerra Filho⁴⁰ entende que o princípio da proporcionalidade está, de fato, “incrustado” na isonomia, uma vez que a própria idéia de igualdade se coaduna com o que seja proporcional, ou “geométrico”. Dissentindo desse entendimento, Humberto Ávila⁴¹ afirma que a proporcionalidade não é um princípio, mas, sim, um postulado normativo aplicativo, o qual subjaz “da estrutura das próprias normas jurídicas estabelecidas pela Constituição”.

Conciliando tais entendimentos, é possível dizer que a aplicação do princípio da isonomia, num determinado contexto, é que vai expressar a proporcionalidade existente no ordenamento, ou seja, vai estabelecer proporções entre os bens jurídicos que se quer disciplinar. Chame-se de princípio ou de postulado, o fato é que tudo se dá num mesmo momento: a justa aplicação do princípio da isonomia pressupõe proporcionalidade no trato do bem jurídico.

Voltando os olhos para o caso em análise, vê-se que o que se quer é encontrar uma forma que contemple a imposição de idade mínima para aposentadoria do servidor policial e a sua medida adequada de proporção. Para tanto, o mais adequado é valer-se de um parâmetro constitucional expresso, tomando-se por medida a aposentadoria especial do servidor professor, que se dá com redução de 5 anos nos requisitos de idade e tempo de serviço (art. 40, § 5º). Assim, se para os servidores públicos do sexo masculino o tempo de contribuição exigido é de 35 anos, e para o servidor policial ele é reduzido para 30 anos, nada mais isonômico – e proporcional – que seja o requisito da idade igualmente reduzido em 5 anos. Ficaria o requisito da idade mínima idêntico ao do servidor professor, sendo ele de 55 anos para o homem e 50 anos para a mulher⁴².

Essa medida, além disso, preserva a própria igualdade entre homens e mulheres, uma vez que a LC nº 51/85 não faz qualquer distinção entre servidores policiais de sexos diferentes. Assim, ainda que o tempo de contribuição se mantenha o mesmo – 30 anos – as servidoras mulheres teriam a vantagem de ter o requisito da idade reduzido em 5 anos. Dessa forma, estar-se-iam tratando os iguais de forma igual –

40 GUERRA FILHO, Willis. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 82, p. 70-91, abr./jun. 1996.

41 ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 28/01/2009.

42 Veja-se que o já referido Projeto de Lei Complementar nº 554/2010 traz exatamente esses parâmetros de idade mínima, além dos demais requisitos relativos a tempo de exercício na atividade de risco (25 anos), tempo no cargo (5 anos) e tempo de contribuição (30 anos).

idade mínima para todos os servidores – e os desiguais de forma desigual – idade reduzida para os servidores que desempenhassem funções abrangidas pela LC nº 51/85. Igualmente, preservar-se-ia a isonomia entre os servidores professores e os policiais, ambos beneficiários de aposentadoria especial com redução na idade mínima.

Há que se consignar, no entanto, que o juízo de proporcionalidade que aqui se faz é provisório e linear, e jamais poderá substituir a ponderação realizada pelo legislador infraconstitucional a respeito do tema. Por isso, uma lei complementar que venha disciplinar a aposentadoria especial em tela poderá estabelecer outros critérios de idade mínima para a aposentadoria – contanto que imponha esse requisito constitucional –, dentro do processo democrático de produção legislativa.

Na realidade, o que aqui se preconiza é que seja conferida uma interpretação conforme a Constituição à LC nº 51/85, de modo a preservar a sua aplicabilidade em consonância com a EC 20/98. Para tanto, pode-se dizer que a referida lei só será constitucional na medida em que aos requisitos por ela previstos se some o requisito da idade mínima de 55 anos para o homem e 50 anos para a mulher.

De fato, mais do que uma simples interpretação, estar-se-á diante de uma sentença aditiva, que acrescentará previsão não constante originalmente da lei. Entretanto, é de se ver que tal acréscimo é feito no estrito limite dos parâmetros previstos na própria Constituição, e tem por única finalidade permitir que os destinatários da aposentadoria especial prevista na Carta possam exercer seu direito de forma efetiva. A respeito disso, Paulo Bonavides⁴³ escreve que, mais do que um exercício arbitrário da atividade Jurisdicional, o princípio da proporcionalidade, “abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição”, fortalece o Legislador, salvando a constitucionalidade da lei e propiciando sua aplicação de forma adequada.

Em outras palavras, se preservar a constitucionalidade da lei à custa de uma interpretação conforme construtiva é algo incômodo, a ausência de lei é situação que obsta o exercício de direito constitucional dos servidores policiais, constituindo – isso sim – grave ofensa a tal categoria de trabalhadores.

2.4 POSICIONAMENTOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO A RESPEITO DA MATÉRIA EM QUESTÃO

De maneira geral, as questões abordadas no presente estudo foram apreciadas pela Advocacia-Geral da União na Nota AGU/MS

43 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 427.

06/2007, aprovada pelo Advogado-Geral da União em 13/02/2007, na qual se consignou que a LC nº 51/85 foi integralmente recepcionada pela Constituição de 1988, bem como pelas emendas que sucederam a sua promulgação. Além disso, a nota afirma que a aposentadoria compulsória prevista na LC nº 51/85 teria sido também recepcionada, sendo essa exceção conforme com a nova Carta.

No tocante ao requisito da idade mínima, a Nota em questão refere que a EC 20/98 permitiu amplamente à lei complementar elidilo no caso de aposentadorias especiais, haja vista a “redação aberta” do novo § 4º do art. 40 da Constituição. De acordo em esse posicionamento, o fato de a LC nº 51/85 ter silenciado a respeito de tal requisito não impede a sua recepção pela referida emenda, não sendo a idade mínima exigível aos destinatários de aposentadoria especial. Conclui-se, no entanto, que não seria devido abono permanência aos servidores que atingissem os requisitos para a aposentadoria voluntária com base na referida lei.

Corroborando tais entendimentos, foi aprovada pelo Advogado-Geral da União, em 16/10/2008, a Nota AGU/JD 2/2008, a qual tão somente reviu a Nota anterior no tocante ao abono permanência, entendendo que ele seria devido aos servidores policiais desde o momento em que preenchessem os requisitos da LC nº 51/85 para aposentadoria voluntária.

Tais Notas, por terem sido aprovadas pelo Advogado-Geral da União, fixam “a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal”, na forma do art. 4º da LC nº 73/93. Além disso, ficam vinculados a elas os membros efetivos da Advocacia-Geral da União, conforme preconiza o art. 28, II, da mesma lei. Em realidade, a aprovação de tais notas técnicas pelo Advogado-Geral da União tem como objetivo uniformizar o entendimento a respeito das matérias analisadas, prevenindo litígios e aumentando a segurança jurídica da atividade administrativa, razão pela qual muitas vezes são baseadas em decisões do Poder Judiciário.

Por isso mesmo, não há qualquer impedimento a que as orientações esposadas em tais notas sejam revistas, ou mesmo que decisão do STF dotada de efeitos vinculantes derogue parte das conclusões ali expostas. Dessa forma, e considerando que muitas das questões constantes de tais notas serão apreciadas pelo STF nos autos do já citado RE 567.100, há que se aguardar para ver se elas se manterão na íntegra, ou se serão objeto de reconsideração, ante decisão judicial vinculante em sentido contrário.

De outra parte, o Plenário do TCU⁴⁴ proferiu decisão em 11/03/2009 a respeito da mesma matéria, chegando a conclusões semelhantes àquelas constantes das referidas Notas da AGU, ou seja, que a LC no 51/85 foi recepcionada não só pelo texto originário da Constituição de 1988, mas por todas as emendas que lhe sucederam. Com base nisso, foram considerados legais todos os atos de aposentadoria praticados com base nessa lei, tendo-se determinado de ofício a revisão daqueles que foram considerados ilegais pelo próprio TCU por conta do antigo posicionamento da não recepção da LC no 51/85.

Veja-se que essa aferição da recepção da lei pela Constituição se deu dentro da atribuição da Corte de Contas de exercer o controle externo da Administração, no qual pode apreciar a constitucionalidade das leis, segundo entendimento desde muito sedimentado no STF⁴⁵. No entanto, tal decisão do TCU não é dotada de efeito vinculante, razão pela qual jamais ficará indene a eventual posicionamento diverso do STF em sede de controle abstrato.

Portanto, em que pese haver posicionamentos já consolidados tanto na AGU quanto no TCU, a discussão da recepção ou não da LC nº 51/85 pela EC 20/98 mantém-se atual, uma vez que a matéria será apreciada especificamente pelo STF, em decisão que poderá ser dotada de efeitos vinculantes.

3 CONCLUSÕES

Diante do que se expôs, podem-se fazer as seguintes conclusões:

- a) No julgamento da ADI 3.817, o STF considerou como motivo determinante que a aposentadoria especial prevista na LC nº 51/85 foi recepcionada pela Constituição de 1988, possuindo tal decisão efeitos vinculantes.
- b) O fenômeno da recepção constitucional se dá não só em relação à entrada em vigor de uma nova constituição, mas também em relação a suas emendas, sendo que, de acordo com a Jurisprudência assente no STF, a não recepção importa em revogação.
- c) As técnicas de interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade sem redução de texto são plenamente

44 Acórdão 379/2009 – Plenário, Relator: Min. Aroldo Cedraz, Ata 09/2009 – Plenário, Sessão 11/03/2009, DOU 13/03/2009.

45 Enunciado 347 de sua Súmula de Jurisprudência: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

aplicáveis à aferição da recepção do ordenamento anterior à nova ordem constitucional.

- d) A técnica da interpretação conforme construtiva, onde há eventual adição de significado à norma, é medida excepcional e só deve ser utilizada quando não restar outra alternativa para salvar-lhe a constitucionalidade.
- e) A norma do art. 1º, II, da LC nº 51/85, que prevê aposentadoria compulsória do servidor policial aos 65 anos, não foi recepcionada pela Constituição de 1988, visto que essa Carta, a contrário das anteriores, não previu nenhuma exceção para a idade da aposentadoria compulsória, fixada taxativamente em 70 anos.
- f) A aposentadoria especial prevista na LC nº 51/85 só foi recepcionada para os casos de atividade que implique perigo ou risco permanente à integridade física e psicológica do servidor policial. Por conseguinte, será contrária à Constituição a aplicação da norma indistintamente a servidores policiais que não estejam sujeitos direta e imediatamente a tais condições.
- g) A modificação do texto constitucional feita pela EC 20/98, eliminando a previsão expressa da “periculosidade”, não implicou na revogação da LC nº 51/85, visto que inalterada a *ratio* que inspira a previsão da aposentadoria especial.
- h) O requisito da idade mínima para a aposentadoria voluntária, introduzido pela EC 20/98, é aplicável a todos os servidores públicos, inclusive aos beneficiários de aposentadoria especial, ainda que atenuado.
- i) Com base nos princípios da isonomia e proporcionalidade, é possível fazer uma interpretação conforme à LC nº 51/85, acrescentando como requisito à aposentadoria especial nela prevista a idade mínima prevista para o servidor professor, até que a matéria seja disciplinada por lei complementar.
- j) Em que pese haver posicionamentos já consolidados tanto na AGU quanto no TCU, a discussão da recepção ou não da LC nº 51/85 pela EC 20/98 mantém-se atual, uma vez que a matéria será apreciada especificamente pelo STF, em decisão que poderá ser dotada de efeitos vinculantes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Fabíola Souza. A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade: interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. *Revista da Advocacia-Geral da União*, n. 19, jan/mar 2009, p. 179.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 jan. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 427

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1306.

COSTA, Roberta Pereira Negrão. Proporcionalidade: Uma clarificação do conceito. *Revista da Advocacia Geral da União*, edição virtual nº 96, 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 29 jan. 2010.

DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In FUX, Luiz et alii. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de Inteligência e Legislação Correlata*, Niterói, RJ: Impetus, 2009

GUERRA FILHO, Willis. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 82, p. 70-91, abr./jun. 1996.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, T. II, Coimbra: Coimbra, 1987.

VIALA, Alexandre. *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. LGDJ, Paris, 1999.

