



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

**PROCESSO N.º 70084427327 – TRIBUNAL PLENO**

CLASSE: INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE  
INCONSTITUCIONALIDADE

PROPONENTE: SEGUNDO GRUPO CÍVEL

INTERESSADOS: ALOÍSIO ALDRIN DA SILVA PACHECO,  
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e ASSEMBLEIA  
LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

**RELATOR: DESEMBARGADOR NELSON ANTONIO  
MONTEIRO PACHECO**

---

**PARECER**

*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Artigo 26-A, incisos I a IV, da Lei Complementar Estadual n.º 13.259/09. Estabelece requisitos especiais para a aposentadoria voluntária de agentes penitenciários, agentes penitenciários administrativos, técnicos superiores penitenciários e monitores penitenciários e permite o cômputo do tempo dedicado à representação sindical por essas categorias de servidores como se em efetivo exercício estivessem, inclusive*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*considerando-se atividade de risco. Aventura inconstitucionalidade por invasão da competência da União para legislar sobre a matéria e pela autorização da contagem especial de tempo de serviço. 2. Dispositivo legal, juntamente com diversas outras normas, objeto de impugnação junto ao Pretório Excelso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.403. Conquanto ainda esteja pendente a finalização do julgamento no Supremo Tribunal Federal, já há maioria absoluta formada nos pontos que atinem ao presente feito, tendo restado reconhecida a competência dos Estados para legislarem sobre a temática, bem como efetuada interpretação conforme a constituição do dispositivo em liça, para o fim de ‘vedar a contagem, como especial, de tempo de exercício em atividades sem o risco inerente aos cargos’. **PARECER PELA PARCIAL PROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO.***

1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pelo **SEGUNDO GRUPO CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, nos autos do Mandado de Segurança n.º 70082899725- impetrado por Aloísio Aldrin da Silva Pacheco contra ato do Secretário de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão-, objetivando a análise de constitucionalidade do **artigo 26-A da Lei Complementar Estadual n.º 13.259/09**, em decisão assim ementada:

**MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE PENITENCIÁRIO. TEMPO DE DESEMPENHO**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

***DE MANDATO CLASSISTA. CÔMPUTO COMO TEMPO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE RISCO PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL E ABONO DE PERMANÊNCIA. ART. 26-A DA LEI COMPLEMENTAR Nº 13.259/09. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Em razão da potencial violação do art. 26-A da Lei Complementar Estadual nº 13.259/09 ao art. 40, par. 4º, da CF, por dispor sobre condições especiais de aposentadoria dos servidores penitenciários, matéria cuja competência é privativa da União, bem como ao permitir, nos termos do art. 64 da Lei Complementar nº 10.098/94, o cômputo de períodos de afastamento como de efetivo exercício de atividade de risco, em possível inconstitucionalidade material, impõe-se seja suscitado incidente de inconstitucionalidade, em salvaguarda ao princípio da reserva de plenário. SUSCITADO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE.***

O interessado Aloísio Aldrin da Silva Pacheco, notificado, manifestou-se, defendendo a constitucionalidade do dispositivo legal em exame. Ressaltou que o presente incidente foi suscitado por alegada prejudicialidade decorrente do julgamento da ADI n.º 5403, que tramita no Supremo Tribunal Federal e cujo resultado parcial é de empate, com cinco votos pela procedência da ação e cinco votos pela improcedência. Destacou que a norma local em estudo, que dispôs sobre os requisitos para a concessão de aposentadoria especial, se deu com fundamento no exercício da competência suplementar confiada aos Estados, nos moldes previstos nos §§ 3º e 4º do artigo 24 da Constituição Federal. Sustentou que eventual declaração de inconstitucionalidade das leis referentes à aposentadoria especial dos servidores públicos estaduais invadiria a autonomia do(s) respectivo(s) ente(s) federado(s), já que se trata de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

matéria de interesse preponderantemente local. Aduziu que, conquanto a Emenda Constitucional n.º 103/2019 tenha promovido significativas alterações no âmbito do art. 40 da Constituição Federal, permitiu aos entes federativos o estabelecimento de idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de ocupantes do cargo de agente penitenciário. Discorreu sobre o arcabouço normativo infraconstitucional estadual acerca do tema. Frisou que a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu artigo 27, inciso II, assegura na plenitude o direito de afastamento para atividade de representação sindical ao servidor, sem qualquer prejuízo à situação funcional. Postulou o desacolhimento do incidente (fls. 18/26).

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul e o Estado do Rio Grande do Sul, notificados, permaneceram silentes (fls. 06, 08 e 27).

Vieram os autos com vista ao Procurador-Geral de Justiça.

É o breve relatório.

**2.** O feito tem por objetivo examinar a constitucionalidade do artigo 26-A da Lei Complementar Estadual n.º 13.259/09, *in verbis*:

**LEI COMPLEMENTAR N.º 13.259, DE 20 DE OUTUBRO DE 2009.** (atualizada até a Lei Complementar n.º 15.453, de 17 de fevereiro de 2020)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*Dispõe sobre o Quadro Especial de Servidores Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul, da Superintendência dos Serviços Penitenciários – Susepe –, criado pela Lei n.º 9.228, de 1º de fevereiro de 1991, e dá outras providências.*

*Art. 26-A. Serão aposentados voluntariamente, nos termos do art. 40, § 4.º, incisos II e III, da Constituição Federal, com proventos integrais, após 30 (trinta) anos de serviço, desde que contenham, pelo menos 20 (vinte) anos de exercício no cargo, se homem, e após 25 (vinte e cinco) anos de serviço, desde que contenham, pelo menos 15 (quinze) anos de exercício no cargo, se mulher, computados para tal, em ambos os casos, os afastamentos previstos no art. 64 da Lei Complementar n.º 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, os servidores titulares de cargos efetivos integrantes do Quadro Especial de Servidores Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul e do Quadro em Extinção, que ocupem as seguintes funções: (Redação dada pela Lei Complementar n.º 14.640/14)*

*I. Agente Penitenciário; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 14.640/14)*

*II. Agente Penitenciário Administrativo; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 14.640/14)*

*III. Técnico Superior Penitenciário; (Redação dada pela Lei Complementar n.º 14.640/14)*

*IV. Monitor Penitenciário. (Redação dada pela Lei Complementar n.º 14.640/14)*

O Desembargador Leonel Pires Ohlweiler, ao suscitar, no Mandado de Segurança n.º 70082899725, o incidente de inconstitucionalidade, destacou que:

*a) o aludido dispositivo é objeto da ADI n.º 5403 perante o Supremo Tribunal Federal, proposta pela Procuradoria-Geral da República;*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

b) *O julgamento do mérito da ADI nº 5403 pelo STF não se perfectibilizou e nem mesmo houve pedido de medida cautelar para suspensão da eficácia das normas impugnadas, e*

c) *potencial violação do art. 26-A da Lei Complementar Estadual nº 13.259/09 ao art. 40, par.4º, da CF, por dispor sobre condições especiais de aposentadoria dos servidores penitenciários, matéria cuja regulamentação é de competência privativa da União, bem como ao permitir, nos termos do art. 64 da Lei Complementar nº 10.098/94, o cômputo de períodos de afastamento como de efetivo exercício de atividade de risco, em possível inconstitucionalidade material.*

A íntegra do voto encontra-se às fls. 333/348 dos autos eletrônicos da ação mandamental mencionada.

A aventada inconstitucionalidade, portanto, residiria na ausência de competência do Estado para legislar sobre a matéria e na supostamente indevida permissão para a contagem de períodos de afastamento para atividade sindical das categorias funcionais de que trata a norma, como de efetivo exercício em atividade de risco.

**3.** Como bem mencionado pelo Eminentíssimo Desembargador Leonel Pires Ohlweiler, relator do Mandado de Segurança n.º 70082899725, o artigo 26-A da Lei Complementar Estadual n.º 13.259/09 foi impugnado, juntamente com diversas outras normas, perante o Supremo Tribunal Federal, na ADI n.º 5.403, ainda pendente de conclusão do julgamento, cuja decisão terá efeitos *erga omnes*.

Não obstante, conquanto a supra aludida ação direta de inconstitucionalidade esteja suspensa, todos os demais integrantes da Suprema Corte já apresentaram os seus votos, havendo,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

**especificamente no que atine à inconstitucionalidade cogitada neste feito, maioria absoluta já formada.**

Com efeito, o Ministro Luiz Fux, relator daquela ação direta de inconstitucionalidade, apresentou posição pela interpretação conforme a constituição do *caput* do artigo 26-A, para o efeito de *vedar a contagem, como especial, de tempo de exercício em atividades sem o risco inerente aos cargos*. Posicionou-se, ademais, pela competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislarem sobre a aposentadoria especial dos seus servidores públicos, desde que observados os requisitos da Constituição Federal.

Vale transcrever os excertos do voto que se aplicam à temática vertente:

***I. A competência constitucional concorrente para legislar sobre aposentadoria especial de servidores públicos***

*Consigno que esta Suprema Corte não se vincula aos fundamentos jurídicos trazidos pelo requerente, em razão da prevalência do princípio da causa pretendi aberta na análise das ações de controle abstrato de constitucionalidade (ADI 2.728, Rel. Min Maurício Corrêa, Plenário, DJ de 20 /2/2004).*

*Adoto como premissa que o federalismo é um arranjo institucional que envolve a partilha vertical do poder entre diversas entidades políticas autônomas, que coexistem no interior de um Estado soberano. Trata-se de um modelo de organização política que busca conciliar a unidade com a diversidade.*

*Embora existam diferentes modelos de federalismo, há alguns elementos mínimos sem os quais uma federação se descaracterizaria. Dentre estes elementos, se destaca a efetiva autonomia política dos entes federativos, que se traduz nas*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*prerrogativas do autogoverno, autoorganização e autoadministração.*

*Neste aspecto, a federação brasileira ainda se revela altamente centralizada, chegando às raias do federalismo meramente nominal. De um lado, isso se deve à engenharia constitucional no tocante à distribuição de competências (artigos 21 a 24 da CRFB), que concentra grande quantidade de matérias sob a autoridade privativa da União. De outro, não se pode ignorar a contundente atuação do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato federal e estadual, especialmente o controle concentrado inspirado no “ princípio da simetria” e numa leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União.*

*Bem por isso, venho reiterando ser este o momento de a Corte rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição.*

*Essa diretriz parece ser a que melhor se acomoda à noção de federalismo como sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política. As vantagens de um modelo como este foram apresentadas, em doutrina, pelo magistério dos professores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, ‘in verbis’:*

*Ao invés de assumir os riscos envolvidos nas grandes apostas de reforma global das instituições nacionais, como tem sido feito, talvez seja melhor experimentá-las no plano local de governo. A aplicação de novas ideias ou arranjos políticos em algum estado ou município precursor pode servir como teste. É claro que muitas experiências podem dar errado, mas os riscos para a sociedade são menores do que quando se pretende realizar reformas nacionais de um só golpe. Não por outra razão, o Juiz Louis Brandeis, da Suprema Corte norte-americana, chamou os governos estaduais de “laboratórios da democracia”: “É um dos felizes incidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se os seus cidadãos escolherem, servir de laboratório; e tentar experimentos econômicos e sociais sem risco para o resto do país”.*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*(Sarmiento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho . Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 335)*

*Não se pode perder de mira que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos o pluralismo político (artigo 1º, V, da CRFB). Propõe-se, assim, que a regra geral deva ser a liberdade para que cada ente federativo faça as suas escolhas institucionais e normativas, as quais já se encontram bastante limitadas por outras normas constitucionais materiais que restringem seu espaço de autonomia. Só assim poderá o Supremo Tribunal Federal deixar de ser fiador da concentração dos poderes nas mãos do Governo Central.*

*Por outro lado, nada obstante essa novel postura do Poder Judiciário quanto às competências legislativas e materiais de cada um dos entes federativos, a liberdade de conformação da Administração está sujeita a limites jurídicos, fáticos e políticos inegáveis.*

*In casu , a legislação em análise preocupa-se, prima facie, em tutelar o direito fundamental à previdência social (artigo 24, XII, CRFB).*

*Nessa matéria, é cediço que a conjuntura atual não mais permite aos Estados soberanos a concessão de benefícios previdenciários descomprometidos com a realidade em que a expectativa de vida, a cada ano, se eleva expressivamente. Impensável estimular, na atual quadra, a proliferação de aposentadorias precoces, mormente em um contexto socioeconômico em que a ciência avança para permitir a maior longevidade da população.*

*Nem se diga que a necessidade de ajustes na concessão de aposentadorias seja uma peculiaridade brasileira: o mundo caminha para um aumento da expectativa de vida, o que reclama extrema cautela de qualquer Estado no reconhecimento de benefícios previdenciários vitalícios, quando o segurado ainda está jovem e com plena capacidade de trabalho. Aposentadoria não deve ser complemento de renda de quem tem plenas condições de trabalhar e a sua concessão a pessoas jovens, considerada a tábua de mortalidade em vigor, deve ser medida excepcional, mercê do que dispõe princípio constitucional da isonomia em sua acepção material.*

*Sob outro prisma, não se pode desprezar o animus do constituinte de, sob o pálio do mencionado princípio da*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*isonomia, assegurar uma aposentadoria mais precoce a servidores públicos que, no desempenho de suas funções, tenham severas dificuldades. Por mais que os tempos sejam difíceis, e por mais que a tendência natural seja a de majoração da idade mínima para a concessão de aposentadorias, não se pode desprezar a necessidade do discrimen entre os que atuam em funções normais e aqueles que estão sujeitos a circunstâncias objetivas ou subjetivas diferenciadoras – e.g. que são deficientes, que desempenham funções insalubres ou arriscadas, etc. A distinção há de ser feita, de modo que se dê, a cada um, o que cada um deve receber, de forma coerente com as suas condições pessoais.*

*O artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, na redação vigente à época da edição das normas ora impugnadas, nessa toada, apresentava três espécies distintas de aposentadoria especial para o servidor público, ‘in 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: (redação dada pela Emenda Constitucional 47/2005)*

*I - portadores de deficiência; (incluído pela Emenda Constitucional 47/2005)*

*II - que exerçam atividades de risco; (incluído pela Emenda Constitucional 47/2005)*

*III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (incluído pela Emenda Constitucional 47/2005).”*

*Nos termos do artigo 24, XII, da Constituição Federal, compete à União, aos Estados-membros e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social.*

*Destarte, no que se refere ao mencionado artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, prevaleceu nesta Corte o entendimento de que as balizas da aposentadoria especial de servidores públicos deveriam ser fixadas de maneira uniforme, em lei de caráter nacional, de iniciativa do Presidente da República (RE 797.905-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 29/5/2014, Tema 727 da Repercussão Geral).*

*Observo que a atual redação dos dispositivos constitucionais pertinentes atribui à lei complementar do respectivo ente*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*federativo a regulação das aposentadorias especiais previstas nos §§ 4º-A a 4º-C.*

*Ainda sob a égide da redação constitucional anterior, todavia, a jurisprudência deste Tribunal quanto à necessidade de tratamento relativamente uniforme em todo o território nacional não implicava impossibilidade absoluta de que os entes federativos cuidassem da matéria durante a ausência de lei nacional regulamentadora. É que, em que pese este Plenário ter firmado a posição de que a omissão referente à edição da lei complementar a que se referia o artigo 40, § 4º, da Constituição Federal devesse ser imputada ao Presidente da República e ao Congresso Nacional, isso não afastava, per se, a disciplina do artigo 24, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, que se volta a regular, exatamente, situações de mora legislativa da União. A respeito, confira-se:*

*“ Direito Constitucional e Administrativo. Agravo Interno no mandado de injunção coletivo. Agente penitenciário. Lei Estadual. Aposentadoria especial. 1. Mandado de injunção impetrado com base no art. 40, § 4º, II, da Constituição, que prevê a necessidade de edição de leis complementares ainda inexistentes a fim de instituir requisitos diferenciados para a concessão de aposentadoria de servidores públicos, cujas atividades sejam de risco (inciso II). 2. O Estado do Rio de Janeiro, no entanto, com base no art. 24, § 3º, da CF/1988, regulamentou a aposentadoria especial dos agentes penitenciários. Assim sendo, em razão da existência de norma regulamentadora para amparar o exercício do direito pretendido, falta interesse para a impetração. Precedentes. 3. Agravo a que se nega provimento.” (MI 6.985-AgR-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Plenário, DJe de 8/2/2019)*

*É dizer, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União é limitada ao estabelecimento de normas gerais, de forma que não exclui a competência dos Estados-membros e do Distrito Federal para editar normas suplementares. Em caso de inexistência de lei federal sobre normas gerais, todavia, os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer a competência legislativa plena, atendidas as suas peculiaridades, hipótese em que a eficácia da lei estadual ou distrital é suspensa com a superveniência de lei federal sobre normas gerais, naquilo que lhe for contrário (artigo 24, §§ 1º a 4º, CRFB).*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*Foi o que o Pleno desta Casa afirmou no julgamento do MI 5.390-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 1º/4/2013. À ocasião, a Min. Cármen Lúcia, relatora, indicou que “[ a] lei complementar necessária à integração normativa do art. 40, § 4º, inc. II, da Constituição da República, viabilizadora do direito à aposentadoria especial pelo exercício de atividade de risco por integrante da carreira de Agente de Segurança Penitenciária e de Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária do Estado de São Paulo, existe, é eficaz e deve gerar os efeitos nela previstos . Este Supremo Tribunal Federal assentou constituir pressuposto de cabimento e admissibilidade de mandado de injunção a omissão legislativa que inviabilize o exercício de direito constitucionalmente assegurado ao impetrante. Assim, por existir e ser aplicável à espécie a Lei Complementar n. 1.109/2010 do Estado de São Paulo, regulamentadora do direito constitucional pleiteado, é incabível a presente impetração .”*

*Quanto ao inciso III do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, ainda sob a regência da redação antecedente, esta Corte reconheceu a existência de mora legislativa na edição de norma regulamentadora para viabilizar a aposentadoria especial de servidores públicos que tenham exercido atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e determinou fosse aplicada, no que couber, a regra do artigo 57 da Lei federal 8.213/1991, que dispõe sobre a aposentadoria especial, em condições análogas, para os segurados do regime geral de previdência social - RGPS. O entendimento está expresso no enunciado da Súmula Vinculante 33, in verbis :“Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica. ”*

*Ressalto, demais disso, que a expressão “ atividades de risco ”, contida no antigo inciso II do § 4º da mesma norma, era aberta, de forma que a sua definição normativa comportava relativa liberdade de conformação por parte do legislador, desde que observada a forma das leis complementares e atendidos os critérios da razoabilidade e proporcionalidade.*

*É certo que a eventual exposição a situações de risco – a que podem estar sujeitas diversas categorias de servidores públicos – não configurava automaticamente o direito subjetivo constitucional à aposentadoria especial, sendo*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*indispensável a intermediação do legislador para a concretização de tal direito, salvo nas hipóteses em que a periculosidade fosse inequivocamente inerente ao ofício (MI 833 e MI 844, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Plenário, DJe de 30/9/2015).*

*Por outro lado, tampouco se pode dizer, aprioristicamente, que o risco inerente ao ofício a que se referia a norma constitucional devesse ser uniforme em todo o território nacional. Foi o que apontou o Ministro Roberto Barroso, em seu voto vencedor no MI 6.770, quando consignou a variabilidade potencial das circunstâncias de risco em cada unidade da federação, ‘in verbis’ :*

*“(…) também tenho dúvida, Presidente, de se criar um regramento por jurisprudência nacional, porque a Guarda Municipal de Vassouras está sujeita a riscos completamente diferentes da Guarda Municipal de Recife. Desse modo, também veria, com reservar, criar-se, por jurisprudência, um regramento nacional, visto que cada município tem as suas circunstâncias .” (MI 6.770-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Redator do acórdão Min. Roberto Barroso, Plenário, DJe de 26 /11/2018)*

*Nessas circunstâncias, havendo omissão legislativa referente à regulamentação do artigo II do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, a inércia do Poder Legislativo federal não poderia comprometer a efetividade do texto constitucional, na medida em que, segundo arguta análise do Professor lusitano José Joaquim Gomes Canotilho:*

*“ A constitucionalização dos princípios fundamentais tem um relevante significado jurídico. Por um lado, eles assumem força normativo-constitucional, dada a superação definitiva das ideias de Constituição como simples ‘complexo de directivas políticas’ e uma vez rejeitada a ideia de que as normas e princípios constitucionais são meramente programáticos, sem qualquer vinculatividade imediata. Consequentemente, toda a Constituição é direito , toda ela é ‘lei positiva’ e todos os princípios nela consagrados possuem alcance jurídico e compartilham da normatividade própria da Lei fundamental ” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Fundamentos da Constituição. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1991, p. 73, grifos no original).*

*Não por outro motivo, esta Corte vinha reconhecendo a extensão analógica da aplicação do regime jurídico da Lei*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*Complementar federal 51 /1985 quando inexistente regramento específico e presente, inequivocamente, a atividade de risco (MI 6.440, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 7/5/2018; MI 6.250, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 8/2/2018; MI 6.171, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 7/2/2018; MI 6.124, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 4/12/2017).*

*O cenário jurídico-normativo exposto, conseqüentemente, impõe ao Supremo Tribunal Federal um esforço de integração dos valores contrapostos, mormente quanto à harmonização e sustentabilidade dos regimes previdenciários, de um lado, e a máxima efetividade das normas constitucionais em jogo, de outro.*

*Nesse contexto, mesmo antes das alterações promovidas pela Emenda Constitucional 103/2019, poderiam os Estados-membros, no âmbito da competência legislativa concorrente, atendidas suas peculiaridades, legislar a respeito da aposentadoria especial de seus servidores, desde que observados, para a concessão do benefício previdenciário, os requisitos previstos na Constituição Federal, notadamente em seu artigo 40, bem como, no caso de policiais civis, as regras contidas na Lei Complementar federal 51/1985.*

*É o que passo a pormenorizar nos tópicos subsequentes.*

***I. 1. A necessidade de efetivo exercício de atividades de risco para a concessão de aposentadoria especial***

*A aposentadoria especial prevista no antigo inciso II do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal pressupõe o efetivo exercício de atividades de risco pelo servidor, não sendo suficiente o mero pertencimento à carreira cujas atividades precípua envolvem riscos, tal qual se dá no caso de servidores cedidos a outros órgãos para o exercício de atividades de natureza diversa. Nesse sentido foi o acórdão prolatado por esta Corte no julgamento da ADI 3.817, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 3/4/2009, cuja ementa, por sua relevância, transcrevo integralmente abaixo:*

***“ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º DA LEI DISTRITAL N. 3.556/2005. SERVIDORES DAS CARREIRAS POLICIAIS CIVIS CEDIDOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA DA UNIÃO E DO DISTRITO FEDERAL: TEMPO DE SERVIÇO CONSIDERADO PELA NORMA QUESTIONADA COMO DE EFETIVO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE POLICIAL. AMPLIAÇÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DOS POLICIAIS CIVIS***



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*ESTABELECIDO NO ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 51, DE 20.12.1985. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Inexistência de afronta ao art. art. 40, § 4º, da Constituição da República, por restringir-se a exigência constitucional de lei complementar à matéria relativa à aposentadoria especial do servidor público, o que não foi tratado no dispositivo impugnado. 2. Inconstitucionalidade formal por desobediência ao art. 21, inc. XIV, da Constituição da República que outorga competência privativa à União legislar sobre regime jurídico de policiais civis do Distrito Federal. 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 . 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente .”(grifei)*

*Confira-se, no mesmo sentido, o RE 567.110, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 11/4/2011 - Tema 26 da Repercussão Geral.*

*Por sua vez, o artigo 64 da Lei Complementar estadual 10.098/1994, a que remetem os artigos ora impugnados, prevê situações de afastamento do servidor incompatíveis com a contagem de tempo de exercício em atividades de risco para fins de aposentadoria especial, tais como o exercício de outro cargo, de provimento em comissão, que não envolva atividades de risco; o desempenho de mandato eletivo federal, estadual ou municipal; e o desempenho de mandato classista. Observe-se o teor do referido dispositivo legal:*

*“ Lei Complementar estadual 10.098/1994*

*Art. 64 - São considerados de efetivo exercício os afastamentos do serviço em virtude de:*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

- I - férias;*
  - II - casamento, até 8 (oito) dias consecutivos;*
  - III - falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, sogros, irmãos, companheiro ou companheira, madrasta ou padrasto, enteado e menor sob guarda ou tutela, até 8 (oito) dias;*
  - IV - doação de sangue, 1 (um) dia por mês, mediante comprovação;*
  - V - exercício pelo servidor efetivo, de outro cargo, de provimento em comissão, exceto para efeito de promoção por merecimento;*
  - VI - júri e outros serviços obrigatórios por lei;*
  - VII - desempenho de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, exceto para promoção por merecimento;*
  - VIII - missão ou estudo noutros pontos do território nacional ou no exterior, quando o afastamento houver sido expressamente autorizado pelo Governador do Estado e sem prejuízo da retribuição pecuniária;*
  - IX - deslocamento para nova sede na forma do artigo 58;*
  - X - realização de provas, na forma do artigo 123;*
  - XI - assistência a filho excepcional, na forma do artigo 127;*
  - XII - prestação de prova em concurso público;*
  - XIII - participação em programas de treinamento regularmente instituído, correlacionado às atribuições do cargo;*
  - XIV - licença:*
    - a) à gestante, à adotante e à paternidade;*
    - b) para tratamento da própria saúde ou de pessoa da família, com remuneração;*
    - c) prêmio por assiduidade;*
    - d) por motivo de acidente em serviço, agressão não-provocada ou doença profissional;*
    - e) para concorrer a mandato eletivo federal, estadual ou municipal;*
    - f) para desempenho de mandato classista, exceto para efeito de promoção por merecimento;*
    - g) para participar de cursos, congressos e similares, sem prejuízo da retribuição;*
  - XV - moléstia, devidamente comprovada por atestado médico, até 3 (três) dias por mês, mediante pronta comunicação à chefia imediata;*
  - XVI - participação de assembleias e atividades sindicais.*
- Parágrafo único - Constitui tempo de serviço, para todos os efeitos legais, o anteriormente prestado ao Estado pelo servidor que tenha ingressado sob a forma de contratação,*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*admissão, nomeação, ou qualquer outra, desde que comprovado o vínculo regular .”*

*Consectariamente, reclamam interpretação conforme à Constituição o caput do artigo 26-A da Lei Complementar 13.259, de 20 de outubro de 2009, na redação conferida pela Lei Complementar estadual 14.640, de 16 de dezembro de 2014, e o artigo 11-A da Lei Complementar 10.687, de 9 de janeiro de 1996, na redação dada pela Lei Complementar estadual 14.639, de 16 de dezembro de 2014, para vedar a contagem, como especial, de tempo de exercício em atividades sem o risco inerente aos cargos .*

Os Ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Roberto Barroso acompanharam o voto do Ministro Luiz Fux.

Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes divergiu **parcialmente** desse entendimento, nas suas palavras:

*Peço vênia ao eminente Ministro LUIZ FUX para divergir parcialmente, especificamente no que diz respeito à impossibilidade de que o legislador, ao regulamentar a aposentadoria especial de servidores públicos, venha a estabelecer regras mais favoráveis de cálculo e reajuste de proventos, inclusive resgatando certos aspectos do regramento anterior à EC 41/2003, com o objetivo de conferir tratamento mais benéfico a determinadas categorias de segurados (art. 40, § 4º, da CF).*

Aderiram à divergência apresentada os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Rosa Weber.

Veja-se que o ponto ainda em aberto no julgamento diz respeito à possibilidade de fixação de regras mais favoráveis na forma de cálculo de aposentadoria especial de servidores públicos pelo legislador estadual, matéria regulada nos §§ 2º e 3º do artigo 26-



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

A da Lei Complementar Estadual n.º 13.259/09, que **escapa aos pontos levantados pelo Segundo Grupo Cível quando suscitou o presente incidente.**

Importante esclarecer que o Ministro Marco Aurélio dissentiu das duas posições acima mencionadas, julgando improcedente o pedido (ou seja, considerando as normas impugnadas, dentre elas o artigo 26-A da Lei Complementar n.º 13.259/09, constitucionais).

O quadro que se extrai é o seguinte: todos os dez Ministros que já votaram reconheceram a competência concorrente dos Estados para legislar sobre requisitos para aposentadoria especial de servidores e nove deles concordaram com a interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 26-A, *caput* e incisos I a IV, da Lei Complementar n.º 13.259/09.

Esses pontos, com a fundamentação apresentada, por serem exatamente aqueles *imprescindíveis ao julgamento da demanda*, são suficientes para resolução do presente incidente no entender do Ministério Público, porquanto, em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, como é o caso do feito, a apreciação judicial deve recair apenas sobre os aspectos de matiz constitucional prejudiciais ao exame da questão de fundo veiculada no caso concreto.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

Calha transcrever a lição de Gilmar Mendes e Lenio Luiz Streck<sup>1</sup> quanto à temática em liça:

*Ressalte-se, ainda, que a controvérsia sobre a inconstitucionalidade deve ter conexão com o objeto da demanda e seu exame deve ser imprescindível ao julgamento da demanda. Ou seja, deve ser, de fato, uma questão prejudicial, verdadeira condição de possibilidade para o deslinde da controvérsia.*

(...)

*O importante é deixar consignado que a questão constitucional não pode ser contornada ou desviada.*

**3.1.** Por derradeiro, não é demasiado consignar, *obter dictum*, o entendimento firmado no voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes, no sentido da possibilidade de o legislador estadual fixar requisitos mais benéficos para a aposentadoria especial por servidores estaduais. Adequado colacionar trecho da decisão do referido Ministro:

*No entanto, traduz questão diversa, e ainda não enfrentada por essa CORTE, saber se os “ requisitos e critérios diferenciados ” passíveis de serem adotados pelo legislador na regulamentação da aposentadoria especial (art. 40, § 4º, da CF), alcançaria a possibilidade de forma de cálculo mais favorável, tal como realizado pelo legislador federal (LC 51/1985) e pelo legislador Gaúcho em relação a servidores do Sistema Penitenciário e do Instituto-Geral de Perícias (Órgão autônomo que integra a Segurança Pública do Estado, nos termos do art. 124, III, da CE).*

*Anoto que, em 23/11/2018, o Plenário Virtual deliberou, por provocação do Ministro Presidente, e constatando a*

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1335.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*inexistência de precedente específico da CORTE a respeito do tema, afetou o RE 1.162.972 à sistemática de julgamentos de repercussão geral – Tema 1019:*

*“ Direito de servidor público que exerça atividades de risco de obter, independentemente da observância das regras de transição das Emendas Constitucionais n.ºs 41/03 e 47/05, aposentadoria especial com proventos calculados com base na integralidade e na paridade ”.*

*Observo que, inexistindo precedente específico da CORTE, a orientação firmada por instâncias de controle externo e administrativo, como o Tribunal de Contas da União, foi no sentido da recepção formal e material da legislação pré constitucional que conferiu a servidores policiais civis a aposentadoria especial com os atributos de integralidade e paridade.*

*Nesse sentido, mencione-se o Acórdão 379/2009 (Rel. Min. AROLDO CEDRAZ, julgado em 11/3/2009), assim ementado:*

**PESSOAL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR 51/1985. APOSENTADORIA ESPECIAL DE POLICIAL FEDERAL AOS 30 ANOS DE SERVIÇO E COM O EXERCÍCIO MÍNIMO DE 20 ANOS EM CARGO DE NATUREZA ESTRITAMENTE POLICIAL. NORMA RECEPCIONADA PELA EC Nº 20/1998.**

*1. A Lei Complementar 51/85 não apresenta nenhuma incompatibilidade ou conflito em relação à Constituição e suas respectivas emendas, essa norma foi por ela recepcionada e persiste no mundo jurídico.*

*2. Em homenagem ao princípio da continuidade da ordem jurídica, até que venha nova regulamentação sobre a matéria, persiste a aposentadoria especial prevista na LC 51/85, vez que as normas editadas sob a égide da Constituição anterior permanecem válidas e eficazes.*

*Assim delimitada a questão, diferentemente daquilo que entendeu o Ministro Relator nesta Ação Direta, não vejo incongruência no estabelecimento de regras específicas de cálculo e reajuste dos proventos, uma vez que se trata de regulamentação de situação excepcional expressamente referida pelo texto constitucional, no art. 40, § 4º, da CF, que determina a diferenciação de certas categorias de segurados.*

*Se se admitia – mesmo antes do advento da EC 103/2019 – a regulamentação de aposentadoria especial por critérios mais favoráveis de contribuição (menor tempo de contribuição e,*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*consequentemente, montante menor de contribuições vertidas para o regime previdenciário), não há razão para afastar de plano a possibilidade de que o legislador institua um regime especial de aposentadoria que se diferencie do regramento geral por outros critérios, como a base de cálculo e o mecanismo de reajustamento.*

Realmente, como consabido, os Estados-membros e os Municípios não dispõem de autonomia ilimitada para a sua organização, impondo-se a observância, pelos demais entes (Estados, Distrito Federal e Municípios), dos princípios e das normas centrais de organização adotados pela União.

Raul Machado Horta<sup>2</sup> assevera:

*A precedência lógico-jurídica do constituinte federal na organização originária da Federação, torna a Constituição Federal a sede de normas centrais, que vão conferir homogeneidade aos ordenamentos parciais constitutivos do Estado Federal, seja no plano constitucional, no domínio das Constituições Estaduais, seja na área subordinada da legislação ordinária.*

Na mesma linha, a inteligência do artigo 8º, *caput*, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul<sup>3</sup>, que consagra o princípio da simetria, que exige do arcabouço normativo que as normas constitucionais decorrentes do Poder Derivado observem

---

<sup>2</sup> HORTA, Raul Machado. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. In: Revista de Direito Público n.º 88, p. 5.

<sup>3</sup> Art. 8.º *O Município, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, rege-se-á por lei orgânica e pela legislação que adotar, observados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

coerência em relação às normas centrais da Constituição da República. Do princípio da simetria resulta um dever de não contradição entre as normas de organização de Estados e Municípios, sobretudo às relacionadas à repartição dos Poderes, à sua independência e harmonia<sup>4</sup>.

Nas acertadas palavras da Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmen Lúcia:

*O modelo de federalismo de equilíbrio adotado no Brasil acolhe o **princípio da simetria**, segundo o qual a principiologia harmoniza as estruturas e as regras que formam o sistema nacional e os sistemas estaduais, de modo a não desconstituir os modelos adotados no plano nacional e nos segmentos federados em suas **linhas mestras**. Nesse quadro, o equilíbrio federativo, vem com a unidade que se realiza na **diversidade congregada e harmoniosa**.<sup>5</sup>*

O princípio da simetria, contudo, não é dotado de caráter absoluto, não podendo restringir excessivamente a atuação dos entes federativos, de modo a suprimir-lhes qualquer espaço para adaptações das normas infraconstitucionais às realidades locais- que, usualmente, têm contextos sociais, econômicos e culturais muito distintos.

De resto, eventual engessamento sequer seria desejável, por constituir obstáculo descabido à elaboração de

---

<sup>4</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens; ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Comentários à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. São Paulo: Forense, 2010. p. 37.

<sup>5</sup> (Julgado em 12/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-076, DIVULG 23-04-2015, PUBLIC 24-04-2015



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

políticas que podem, mais à frente, se mostrar bem sucedidas e passíveis de serem replicadas em outros entes da Federação.

Como já teve oportunidade de destacar o Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, ao referir-se aos Estados-membros<sup>6</sup>:

*Os Estados-membros deveriam servir como verdadeiros laboratórios legislativos, ou seja, como espacialidades em que se possibilita a procura de novas ideias sociais, políticas e econômicas, sempre na busca de soluções mais adequadas para os seus problemas peculiares e, eventualmente, tais resoluções serem passíveis de incorporação mais tarde por outros Estados ou até mesmo pela União em caso de êxito.*

**4. Pelo exposto, opina a PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA em exercício parcial procedência da arguição de inconstitucionalidade, nos moldes antes alinhavados.**

Porto Alegre, 30 de setembro de 2020.

**JACQUELINE FAGUNDES ROSENFELD,**

Procuradora-Geral de Justiça, em exercício.

(Este é um documento eletrônico assinado digitalmente pela signatária)

---

<sup>6</sup> (STF - MC ADI: 5356 MS - MATO GROSSO DO SUL 0005153-03.2015.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 18/11/2015, Data de Publicação: DJe-234 20/11/2015)