

REVISTA DA
APREV
ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS PREVIDENCIARISTAS DE PERNAMBUCO

REVISTA DA
AMPREV
ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS PREVIDENCIARISTAS DE PERNAMBUCO

COORDENADOR
RICARDO SOUZA

PATROCINADORES:


COUTINHO & BARROS
ADVOCACIA


Rosete Soares
ADVOGADA - OAB/PE nº13.154

FARIAS | COELHO
ADVOGADOS


JOÃO VARELLA
ADVOGADOS ASSOCIADOS


REIS & PACHECO
ADVOGADOS

 Tallyta Bione
ADVOGADOS


Nubia Sobral
ADVOCACIA


SHYNAIDE MAFRA
ADVOGADOS

RICARDO SOUZA
ADVOGADOS ASSOCIADOS



DIRETORIA

Nubia Roberta Sobral da Silva – Presidente
Thiago Cantarelli de Andrade – Vice-Presidente
Fábio Roberto Duarte Leão – Secretário
Anna Tallyta Bione de Sá Carvalho – Diretora de Cursos
Ney Rodrigues de Araújo – Diretor de Comunicação
João Campiello Varella Neto – Diretor de Convênios
Rosete de Oliveira Rodrigues Soares – Tesoureira

CONSELHO FISCAL

Ricardo de Souza
João Elizeu Leite Júnior
João Rodrigo Moraes Teobaldo de Azevedo
Viviane Guimarães Silva de Carvalho
Wagner Damasceno Vieira Cabral Pinto
Tarcila Fernanda Pacheco Martins de Andrade
Rosimaria Freire Lins



Printed in Brazil - Impresso no Brasil

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais é proibida a reprodução total ou parcial desta obra por qualquer forma ou meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de fotocópias e gravação, sem permissão por escrito do autor.

APRESENTAÇÃO

A satisfação em ser convidada para apresentar esta Revista me fez bastante feliz. Há mais de anos a atuação dos profissionais do Direito Previdenciário em Pernambuco tem crescido de forma vigorosa e o importante nisso é que junto com essa atuação, veio a união dos profissionais, surgindo daí em 2017 a criação da Associação dos Advogados Previdenciaristas de Pernambuco – AAPREV, encabeçada por mim, pelo combativo Advogado Almir Reis Júnior e a colega Núbia Sobral.

Era propósito nosso, militantes do direito previdenciário, que houvesse a junção de profissionais competentes e comprometidos, elevando o nível da defesa pelos direitos sociais, tão reprimidos nos últimos tempos. À custa de trabalho e dedicação, o engajamento foi acontecendo e o sonho se tornou realidade. Instituiu-se a AAPREV.

A Revista que tenho o prazer de apresentar é uma das primeiras de tantas que virão, nela o leitor, estudantes ou profissionais da área previdenciária serão capazes de aprender e se atualizar em diversos temas, dada a riqueza de detalhes e forma clara que foram escritos os artigos.

Já podemos dizer que a Revista é um marco na doutrina previdenciária e vai permitir consulta em temas importantes tais como a preocupação com o Jovem Advogado, perpassando por questões importantes de limbo previdenciário, benefícios após a reforma da Emenda Constitucional 103/2019, o afastamento da coisa julgada no reconhecimento da atividade especial, a transexualidade e aposentadoria dentre outros temas relevantes e necessários para o dia a dia dos operadores do direito previdenciário.

Estimável leitor, dignos de louvor o esforço coletivo de todos os Escritores e também do Coordenador, Professor Ricardo Souza, que no primeiro momento em que foi convidado não exitou em

dividir sua experiência conosco, coordenando com brilhantismo a execução da Revista.

Aos patrocinadores nosso muito obrigada!

No contra fluxo de uma pandemia que acentuou os já costumeiros dissabores sociais, a revista chega renovando o sentimento de que a luta e os sonhos não podem parar e como disse Gonzaguinha na canção Nunca Pare de Sonhar - “Ontem, um menino que brincava me falou, hoje é semente do amanhã, para não ter medo que este tempo vai passar, não se desespere e nem pare de sonhar, nunca se entregue, nasça sempre com as manhãs, deixe a luz do sol brilhar no céu do seu olhar, fé na vida, fé no homem, fé no que virá, nós podemos tudo, nós podemos mais. Vamos lá fazer o que será.”

Rosete Soares
Diretora - AAPREV

UM TRABALHO COLETIVO, NO MELHOR SENTIDO DA PALAVRA

Impossível iniciar este manifesto sem expressar minha imensa gratidão à Diretoria da AAPREV, e às intelectuais-dirigentes Núbia Sobral e Rosete Soares, pelo convite à Coordenação deste primeiro número da Revista da AAPREV. Estendo a gratidão a cada autora e autor que se engajou, com esmero e dedicação, a esta obra coletiva.

Muito já se falou sobre o coletivo, sobre o valor da soma de esforços que desafia a matemática e nos leva à célebre mensagem musical (da rica MPB): “um mais um é sempre mais que dois”.

Este trabalho se iniciou em abril de 2020, quando a maioria de nós pensava que a pandemia seria menos longa e logo a normalidade voltaria.

Esse obstáculo, no entanto, não impediu que bravas e bravos autores, intelectuais de primeira linha, advogados praticantes e primorosos, dedicassem tempo do seu esforço para produzir conhecimento e ofertar à coletividade.

O advogado previdenciarista lida com uma vida frenética resultante do grande volume de causas. As dificuldades e novas realidades geradas pela pandemia aprofundaram o desgaste físico e emocional do profissional, somados ao desgaste por que todas as outras pessoas passaram.

Por esse motivo este trabalho tem um caráter especial, tem sabor de superação.

O segundo caráter especial reside na intenção de que este produto que combina prática e manifestação intelectual seja útil a debater e a formar conhecimento, uma ferramenta de diálogo com a advocacia previdenciarista, com a magistratura, com outros ramos da advocacia, estudiosos, estudantes...

O fato é que este grupo de 26 autores atravessou as intempéries destes dias e, com disciplina, cumpriu prazos coletivos, crítica de

8revisores, prazos de atualização de conteúdos. Por certo, o único motivo que explica o que suportaram é o compromisso coletivo.

A este humilde coordenador coube, tão somente, a missão de organizar o conhecimento que explodiu destas mentes e brindam, ao leitor, com informações e conhecimentos previdenciários valiosos sobre carreira profissional, direitos fundamentais, normas processuais, interação do direito previdenciário com outros âmbitos.

Desejo, assim, uma boa leitura, desejo e convido o leitor a utilizar bem esta obra.

Ricardo Souza
Coordenador

SUMÁRIO

JOVEM ADVOGADO. COMO SUPERAR SEUS MEDOS E INICIAR OS PRIMEIROS PASSOS RUMO A UMA CARREIRA DE SUCESSO.....13

Núbia Roberta Sobral da Silva

QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE O LIMBO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA35

Ney R. Araújo

REPERCUSSÕES DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO.....59

Fábio Leão

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS REFLEXOS NO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.....79

Nathália Paola Azevedo de Sabóia

Thereza Gibson C. Santana

A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO DANO EXISTENCIAL AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO QUANDO OCORRER ERRO NO INDEFERIMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE ..95

Helena Larangeira

CONTROVÉRSIAS PREVIDENCIÁRIAS DOS PROFISSIONAIS DE SEGURANÇA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURISPRUDENCIAL..... 119

Rafael Leão

ATIVISMO JUDICIAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM
MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA..... 141

João Paulo Gomes Pedrosa Bezerra

REFORMA PREVIDENCIÁRIA E SEU IMPACTO PARA AS
MULHERES..... 151

Mônica Pinheiro

A NECESSIDADE DE EQUIPARAÇÃO NO RECONHE-
CIMENTO DO SEGURADO ESPECIAL EM FACE AO SEGU-
RADO URBANO NA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA
QUANDO DO RECEBIMENTO DE PENSÃO POR MORTE
ACIMA DE UM SALÁRIO MÍNIMO..... 171

Josenildo Viana de Lima

Larissa Fernanda Mendes Rafael Tavares

A POSSIBILIDADE DE TOTALIZAÇÃO DO TEMPO DE
SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO PRESTADO NA ARGENTINA,
PARA FINS DE APOSENTADORIA NO BRASIL, A LUZ DO
DECRETO 87.918 DE 07 DE DEZEMBRO DE 1982201

Leonardo Borba de Figueirêdo

REFLEXÃO SOBRE A APOSENTADORIA DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA NO RGPS APÓS A REFORMA DA
PREVIDÊNCIA.....227

Viviane Guimarães

APOSENTADORIA ESPECIAL: DA (IN)CONSTITUCIO-
NALIDADE DA IDADE MÍNIMA NA APOSENTADORIA
ESPECIAL.....243

Matheus Júlio Rêgo

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE
E AÇÕES AFIRMATIVAS PARA INCLUSÃO DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA.....255

Luanda Freitas Tavares Costa

O AFASTAMENTO DA COISA JULGADA NO RECONHE-
CIMENTO DA ATIVIDADE ESPECIAL271

Vanessa Tavares de Almeida Carvalho

A TRANSEXUALIDADE E A CONCESSÃO DA APOSEN-
TADORIA NO ÂMBITO DO REGIME GERAL DE PREVI-
DÊNCIA SOCIAL.....291

Djeyne Roxanna Alves Pereira

EFETIVIDADE DO PROCESSO DE REABILITAÇÃO PRO-
FISSIONAL313

Tarcila Fernanda Pacheco Martins de Andrade

O DIREITO À INATIVAÇÃO PRECOCE SOB A ÓTICA DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....341

Almir Reis

O DIREITO À PENSÃO INTEGRAL DE EX-COMBATENTE
SOB À ÉGIDE DO ART. 6º DA LEI Nº 5.698/71367

Ana Cristina Coutinho

A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE
APOSENTADORIA, COM CRITÉRIOS DIFERENCIADOS EM
RAZÃO DO GÊNERO SEXUAL À PESSOA TRANSEXUAL
NO BRASIL.....379

Giovanna Cordeiro

LIMITES JURISDICIONAIS DA CONFIGURAÇÃO
DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE TRABALHO E
AGRAVO399

Gabriela de Lima Japiassú Aguiar de Medeiros

Marília Lira de Farias

O USO DO EPI E SUA EFETIVA NEUTRALIZAÇÃO NA
APOSENTADORIA ESPECIAL: DA CRIAÇÃO À EVOLUÇÃO
HISTÓRICA DA APOSENTADORIA ESPECIAL413

Rodrigo Azevedo

OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O TEMA 555: O PRE-
CEDENTE DO TEMA 555, O ÔNUS DA PROVA E A LITI-
GÂNCIA DE MÁ-FÉ QUANTO À EFICÁCIA DO EPI435

Ricardo Souza

Luana Rezende

JOVEM ADVOGADO. COMO SUPERAR SEUS MEDOS E INICIAR OS PRIMEIROS PASSOS RUMO A UMA CARREIRA DE SUCESSO.

Núbia Roberta Sobral da Silva¹

1. NOTAS DO INÍCIO

Devagar se vai ao longe, diz o adágio. Na advocacia, e em nada na vida, ninguém vence só, e tão pouco repentinamente porque pra tudo há um tempo certo, diz a Bíblia (Ec.3, 1-2).

Assim, jovem advogado, você não está só. Conheço suas dificuldades e incertezas porque por elas já passei. Há saída e vou te apontar alguns nortes, mas, absolutamente tudo depende de você e sobretudo do seu querer.

Qualquer caminho sempre se inicia com o primeiro passo, porque a rota a seguir depende sempre do ponto de partida e do ponto de chegada. Então, questione-se: Onde estou e aonde quero chegar? Até que faça a escolha você não é quente e tão pouco frio: é morno!. É Concurso ou advocacia sua escolha? Reflita e acompanhe.

Escolha primeiro. Depois planeje. Aqui falo de algumas alternativas de atuação e de como agir diante da escolha. Medo e Dificuldades, sempre vão ocorrer, mas isto não é determinante. Seja lá o que você plantar o fruto sempre vem. – Isto é certo –.

Aqui, te falo das dificuldades, mas também de alternativas. Como montar o seu escritório e como mantê-lo? Qual a melhor escolha: só ou em sociedade? Quais as vantagens e desvantagens? Posso ter estabilidade financeira.? Acompanhe. Tudo depende do seu esforço.

¹ Advogada. Professora. Coordenadora do Núcleo de previdenciário da ESA (Escola Superior de Advocacia da OAB/PE). Especialista em Direito Civil (UFPE) e especialista em Tutela dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa – Itália.

2. JOVEM ADVOGADO: ONDE VOCÊ ESTÁ E AONDE VOCÊ QUER CHEGAR?

O início da carreira do jovem advogado não é um caminho fácil de trilhar, e o seu próprio esforço é único elemento capaz de impulsiona-lo, e o levar ao lugar desejado, e este lugar, é claro, vai depender da escolha feita, mas seja qual for o caminho escolhido o essencial é dar o primeiro passo.

Tenho um palpite certo de que o principal medo de todo jovem advogado seguramente seja a concorrência. Preciso falar um pouco a respeito, mas já te asseguro que isto não te limita. Repare:

Não é segredo para ninguém que o curso de Direito é o que mais cresce no Brasil em demanda de vagas. O número de faculdades de Direito no país ultrapassa os quantitativos dos Estados Unidos da América (EUA), da China e de toda a Europa somados². Segundo dados do E-MEC, atualmente existem 1.807 cursos de Direito no Brasil autorizados pelo Ministério da Educação (MEC). Já o número atual de advogados é de 1.177.389, o que representa uma média de quase 112 advogados por habitantes. Apenas em Pernambuco temos 38.437 profissionais advogados em atividade.

Então porque tanto fascínio pela formação jurídica? Inquestionavelmente há um certo *glamour* em ser tratado como “doutor”, além de parecer um pouco imponente alguém que é conhecedor da lei. Mas, sem medo de errar, aposto que a escolha se baseia muito mais pela imensa oportunidade que a carreira jurídica oferece, e neste aspecto inegável é o incentivo seja familiar ou mesmo acadêmico aos concursos públicos. Todavia, o jovem advogado precisa saber que esta não é a única opção.

² Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) declarou que o Brasil tinha 1.240 cursos para formação de advogado, enquanto outras nações, incluindo China, Estados Unidos e todas da Europa, somavam 1.100. É natural, portanto, que exista a preocupação com a saturação do mercado (TENENTE, 2017).

Os que optam pela carreira jurídica conquistadas por concursos precisam saber que esta escolha é uma moeda que possui cara e coroa. A motivação geralmente se fundamenta em alguns pontos como: estabilidade funcional; melhor remuneração; inexigência de experiência profissional prévia; e melhores condições de aposentadoria. Mas será que isto permanece?

Dos pontos acima, destaco apenas dois para reflexão: remuneração e aposentadoria. Conforme dito, tudo isto pode ser um incentivo, mas também é um limitador. Vejamos: Como servidor você pode ter um salário, bom, certo, mas fixo. Ou seja, em poucos casos ele varia e você será obrigado a cumprir uma carga horária determinada e ainda terá de cumprir um imenso volume de trabalho sem acréscimo monetário algum. Como advogado, você não terá garantias de renda mensal fixa, ao menos não antes de formar uma grande carta de clientes. Haverá meses em que sua renda será quadruplicada ou mais, enquanto em outros haverá decréscimo. Porém, uma coisa é certa: como você é dono do seu próprio negócio e seu próprio patrão, você trabalha o tempo que determinar e seus rendimentos serão reflexos de seu empenho e crescimento profissional. Você é livre para estipular seu horário de trabalho, podendo decidir inclusive se irá ao escritório apenas em alguns dias durante a semana ou por apenas parte do dia, e ainda pode dar-se ao luxo de esticar um almoço com os amigos em pleno dia de expediente apenas porque o papo está muito bom, liberdade esta inaplicável àquele que é subordinado e precisa “bater ponto”.

Quanto à aposentadoria do servidor público, esta já foi certeza de uma velhice confortável, mas hoje não mais. Isto porque as regras de benefícios aplicáveis ao servidor sofreram sérias modificações com as Emendas Constitucionais (EC) 20/1998 e a 41/ 2003, que retiraram dos servidores ingressos no serviço público a partir de janeiro de 2004 o direito à *integralidade* – percepção dos proventos em valor igual a totalidade da remuneração que o servidor público recebia, quando no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria –

e à *paridade* – concessão dos aumentos e reajustes atribuídos aos servidores ativos, também aos proventos de aposentadoria.

Finalmente, o que se verifica é que a nova reforma advinda da EC 103/19 somente confirma a nítida intenção de igualar a aposentadoria do servidor público da aposentadoria no Regime Geral da Previdência Social (RGPS), principalmente por limitar a aposentadoria do servidor público ao teto do RGPS, e acaso o servidor queria receber mais deve aderir ao regime de previdência complementar do ente a que está vinculado. Portanto, se estes são alguns dos seus interesses em concursos, te convido a ponderar as vantagens da advocacia.

Veja, portanto, onde está e aonde você quer chegar. Faça um plano e trilhe uma meta. Mas, antes de tudo escolha o caminho – concurso ou advocacia – e siga a rota, porque antes disto nada inicia, como disse o gato risonho a Alice no país das Maravilhas: “Quando não se sabe onde você deseja ir qualquer caminho serve”³. Portanto, não desperdice energia e concentre seu esforço.

3. DIFICULDADES E DESAFIOS DO INÍCIO DO JOVEM ADOGADO

Se a tua escolha for pela advocacia, venha comigo. Te convido então a retomar as lições forjadas nos bancos acadêmicos – ali onde, junto com amigos, encantado com o ideal de justiça, você tinha sonhos de mudar o mundo e de ser um agente transformador. Independente da concorrência, você pode se destacar como advogado, principalmente porque seu desempenho não depende da atitude

³ “O senhor poderia me dizer, por favor, qual o caminho que devo tomar para sair daqui?” “Isso depende muito de para onde você quer ir”, respondeu o Gato. “Não me importo muito para onde...”, retrucou Alice. “Então não importa o caminho que você escolha”, disse o Gato. “...contanto que dê em algum lugar”, Alice completou. “Oh, você pode ter certeza que vai chegar”, disse o Gato, “se você caminhar bastante. Disponível em: ?<https://bit.ly/2II61Sg>?. Acesso em: 04 ago.2020.

alheia, mas tão somente de você, pois sua vida profissional inicia quando você coloca os pés na faculdade e nunca mais acaba. Vamos para o passo seguinte.

O início de absolutamente qualquer coisa na vida é o passo mais difícil. As perguntas são sempre mais frequentes que as respostas. Outra dificuldade é a falta de orientação. Não se sabe a quem recorrer em caso de dúvida. Além disso, há o inquestionável medo do erro. A insegurança de tudo e o enorme receio de, ao invés de ajudar na solução do problema do cliente, acabar por agravar ainda mais a situação e assim acarretar sérios prejuízos.

Estas dificuldades são comuns a todos, mas somadas a elas existem outras que, se cultivadas, só agravam ainda mais os problemas já existentes. Por exemplo: *Ansiedade* de querer ver logo os resultados – falo principalmente do retorno financeiro – e *comparações* com outros colegas que você acha que já estejam bem melhor que você. Diga-me: em que isto te serve? Você não conhece os percalços do outro. Pode ser que ele tenha feito por merecer, ou pode ser que tenha encontrado tudo pronto e apenas está prosseguindo, mas de novo: em que isto te auxilia? Sempre que fazemos comparações estabelecemos algo acima ou abaixo de nós. Sem maturidade, quando nos achamos acima somos arrogantes e só criamos inimizades, e quando nos achamos abaixo apenas nos depreciamos e deprimimos. Focamos no sucesso do outro e nossa capacidade produtiva estagna ou morre. Como diz o ditado: “faz o teu benção”. Uma coisa é certa: se você planta, um dia colhe, seja lá o que for – portanto, cuidado com o semeia.

3.1 Primeiro Passo: O Poder das escolhas

Você já ouviu falar no burro de Buridan⁴? Jean Buridan foi um filósofo e religioso francês que viveu ente 1300 a 1358. Uma das suas

⁴ Há quem conteste e diga que na verdade trata-se de um exemplo de Aristóteles na obra *De Caelo*.

maiores contribuições como cientista foi desenvolver e popularizar a *teoria do Ímpeto*⁵, que futuramente influenciaria a *teoria da dinâmica* de Galileu e a *teoria da inercia* de Isaac Newton (EDUHQ, 2004).

Segundo Buridan, diante de cursos alternativos de ação, deve sempre o indivíduo escolher o bem maior de acordo com seu determinismo moral. Esta ideia foi transformada em uma sátira, segundo a qual, diante de um burro faminto e sedento, é colocado um monte de feno e de água e, sem saber de qual dos dois servir-se primeiro, de tanto pensar o burro morre de fome e sede.

Com isto, quero dizer que você precisará de um impulso quanto a sua vontade em busca do que deseja alcançar. Dentre as disciplinas ofertadas na faculdade e os ensinamentos acumulados, o que te apaixonava? Lembrou? Pois é aí que está teu impulso. Siga! Este já é o primeiro passo. Isto porque quando gostamos de algo o resto flui. A gente se empenha com amor e o resultado aparece, pois parodiando a Bíblia em Mateus 6:33: “Quando buscamos primeiro o essencial, todo o resto nos é acrescentado”. E se tua escolha foi o Direito previdenciário, não deve esquecer que tua arma de luta e alcance da justiça será a garantia dos direitos sociais. O que esta escolha pode te oferecer?

Então, a escolha de atuação pelo ramo de Previdência Social vai te garantir um trabalho que visa proteger a seguridade social, a qual segundo Imbrhim (2010) é conceituada como uma rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuição de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna. Escolha feita. Vamos ao próximo passo.

⁵ Na Idade Média surgiu a teoria do Ímpeto, segundo o qual para haver movimento deve haver uma força; o movimento persiste porque essa força se incorpora ao corpo, e vai se consumindo até acabar. No século XVII, Galileu defende o movimento como um estado e não como um processo transitório que leva ao repouso. Disponível em: <https://bit.ly/2INK88V?>. Acesso em: 04 ago. 2020

3.2 Estude. Especialize-se.

Escolhido o ramo de atuação, você já deu o primeiro passo, mas isto é só o início. Agora vem o passo seguinte: a Especialização. Antes mesmo de te dizer que você já ficará rico, de imediato te recordo: sucesso, inevitavelmente, só vem depois de trabalho. O resto é ilusão, minha vivência é de realidade e só isto te prometo. Portanto, trabalhe! Vou facilitar: estude muito. Um pouco mais a cada dia. Do ponto escolhido, busque a essência e junte-se aos melhores.

O mercado está mais exigente, portanto, o “clínico geral” – aquele que tudo faz – ficou *démodé* e já não serve mais. O seu cliente vai privilegiar o profissional mais capacitado, que melhor conhece a respeito de seu problema porque acredita que a solução do seu caso será a melhor.

O advogado iniciante precisa saber que o tempo mudou e as exigências também, mas que as oportunidades se ampliaram e isto é bom. Hoje temos possibilidades no Direito antes nunca imaginadas, como o uso da inteligência artificial no direito, mediação e arbitragem, *compliance* jurídico, Direito da moda, isto sem falar das Reformas (trabalhista, previdenciária e tributária a caminho). Portanto, torne-se um *expert* no que faz.

O processo de especialização tem um bônus: a união aos melhores da área escolhida. Penso que ninguém chega ao *podium* sozinho. Todo aquele que recebe uma medalha, por trás tem uma mãe ou pai devotados, um treinador, um colaborador que seja. Portanto, na especialização você terá ótimas oportunidades de interação com aqueles que já estão no ramo há mais tempo que você. Aqui você pode inclusive fazer seu *networking*, bem como identificar dentre seus pares alguém para unir forças em uma futura sociedade de advocacia. Pense nisso.

3.3 Controlando o medo pela ausência de experiência

O medo inicial é parceiro de absolutamente todos. Portanto, você não está só. Pouquíssimos advogados saem da Universidade carregando alguma experiência prática, principalmente porque a imensa maioria não consegue fazer um estágio durante o curso.

Tentando amenizar esse quadro, ficou determinado por exigência do Ministério da Educação (MEC) a criação obrigatória do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) nas faculdades, no qual os estudantes, mediante atendimento a pessoas hipossuficientes, poderiam conhecer “na prática” como funciona o Direito no caso concreto.

Embora a intenção seja boa, o NPJ não resolve o problema. Isto porque apenas “ensaia” a solução de casos, oportunizando tão somente o atendimento e elaboração de peças, mas não treina na prática a rotina do jovem advogado para o “batente” propriamente dito. Questões como dúvidas na consulta, quanto cobrar, o que deve conter no contrato, além de orientações de como abrir o escritório – tudo isto fica de fora-. Melhor seria ter uma disciplina na grade curricular apenas para orientar e auxiliar o jovem advogado que pretende montar seu próprio escritório.

O jovem advogado sofre um imenso preconceito no início da carreira ao ser questionado a todo o tempo sobre seu saber – inexperiência – e é frequentemente ridicularizado por todos aqueles “esquecidos” que um dia também já foram iniciantes. Particularmente, nunca compreendi a lógica do diminuir o outro para demonstrar superioridade.

Neste particular, recomendo como de fundamental importância a figura de um “mentor”, sejam colegas do tempo de faculdade ou mesmo profissionais já estabelecidos que possam lhe orientar. Na dúvida, não hesite e peça ajuda. Hoje, com os vários perfis sociais dos profissionais nas redes *on-line*, ficou até mais fácil este contato.

A tal proposito, inclusive a seccional da ABA (American Bar Association) na Flórida criou um serviço chamado “advogados

aconselhando advogados” (*lawyers advising lawyers*). É um programa em que advogados experientes se inscrevem para oferecer voluntariamente orientações a novos advogados. Esses mentores aconselham os iniciantes sobre todos os tipos de questões que possam ter no trabalho⁶.

4. PARTINDO PARA A PRÁTICA – ABRINDO O ESCRITÓRIO

Escolhida a área de atuação, agora você já tem um norte. Avancemos para águas mais profundas: Devo abrir uma sociedade? Qual o tipo? Despesas, lucros e trabalho – como fazer? Onde abrir meu escritório? E se não tenho como custear o início, paro aqui? **CLARO QUE NÃO!** Como tudo na vida, você tem alternativas. Vamos ver!

Para quem está iniciando, contar com apoio é um forte estímulo. Foi pensando nisso que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) baixou o Provimento⁷ 162/2015, o qual criou o Plano Nacional de Apoio ao Jovem Advogado em Início de Carreira. O plano conta com

⁶ MELO, João Ozório de. “Enquete mostra as dificuldades de novos advogados autônomos nos EUA”. **Conjur**. Publicado em: 06 dez. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3pxRb1z>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁷ Provimento 162/2015 Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Art. 2º O Plano Nacional de que trata este Provimento terá como diretrizes: I – A educação jurídica com o objetivo de incentivar e proporcionar a inserção do jovem advogado no mercado de trabalho; II – a defesa das prerrogativas dos jovens advogados; III – a política de anuidades diferenciadas e desconto para os jovens advogados, desde que não oriundos de outras carreiras jurídicas; IV – a criação do piso de remuneração mínima para os advogados contratados; V – o apoio e a ampla participação dos jovens advogados nas decisões das Seccionais e Subseções; VI – a institucionalização das OAB Jovens nas Seccionais e Subseccionais como órgãos de defesa, apoio e valorização do jovem advogado; VII – a promoção do empreendedorismo e a incorporação de novas tecnologias objetivando proporcionar ao jovem advogado crescente qualificação e incentivo para estabelecer o primeiro escritório, conferindo-lhe noções práticas sobre gerenciamento, administração e o plano de trabalho correspondente; VIII – condições diferenciadas nos serviços prestados pelas Caixas de Assistência dos Advogados. Disponível em: <<https://bit.ly/38V2iLV>>. Acesso em 02 jul. 2020.

diretrizes específicas a serem seguidas e que guiarão os trabalhos, os quais serão desenvolvidos pelas OABs seccionais e as Caixas de Assistência ao Advogado de cada estado. Dentre as diretrizes, destacamos a educação jurídica com o objetivo de incentivar e proporcionar a inserção do jovem advogado no mercado de trabalho; a promoção do empreendedorismo e a incorporação de novas tecnologias objetivando proporcionar ao jovem advogado a crescente qualificação e incentivo para estabelecer o primeiro escritório, conferindo-lhe noções práticas sobre gerenciamento, administração e o plano de trabalho correspondente a política; e ainda a anuidade diferenciada ao advogado iniciante.

Depois de muito pensar no que fazer, escolher o ramo de atuação e nele investir no aperfeiçoamento, é chegado o momento do jovem advogado empreender e abrir seu próprio escritório. Isto implica em gastos iniciais, não esqueça. Portanto, pondere tudo, pois caso esteja ausente o planejamento, o que era um sonho e motivo para festejo poderá se tornar um pesadelo se mal planejado.

Então, por onde começar? Sugiro iniciar pela escolha do local.

4.1 Escolhendo o local

Penso que um dos primeiros pontos a definir é o local. Onde será? Precisa ser fixo ou virtual? Alugo ou compro o espaço? Inicialmente, tudo vai depender da sua clientela e isto nada tem a ver com discriminação, mas com coerência. Portanto, se você escolheu advogar para empresários no direito tributário você deve oferecer algum tipo de conforto que seu cliente está habituado – como facilidade de estacionamento, espaço agradável e luxuoso e as comodidades de uma prestação de serviço virtual eficiente.

De igual modo, se sua clientela for simples e não está habituada com muito luxo, oferecer serviços em lugares suntuosos, ao invés de atrair, seguramente irá afastar seus clientes. Imagine você sendo advogado previdenciário, atendendo um segurado especial – tra-

balhador rural – ou um beneficiário de amparo assistencial em um complexo de prédios que, para chegar a sua sala, ele sequer saberá que elevador deve tomar? Lembre-se: Você é que tem que se adequar para melhor receber seu cliente.

Seja lá onde escolher montar seu escritório, você não pode esquecer que no início existirão despesas fixas e que na advocacia primeiro se planta e só após um bom tempo se colhe. Assim, é essencial ter uma reserva para o início. Acaso você não tenha, sugiro nem pensar em pegar empréstimo algum, tendo em vista que é uma péssima ideia já iniciar devendo. Sugiro então algumas alternativas.

Se você é daqueles que quer ter seu próprio escritório mas não tem recurso algum para o início, uma excelente saída em termos de empreendedorismo jurídico consiste no escritório virtual. Pois é, você não precisa necessariamente para o início de uma estrutura física própria, com mobiliário de primeira linha e com o nome dos sócios pregados na parede.

O escritório de advocacia virtual tem alguns pontos positivos e sem dúvidas a economia financeira é o principal deles. Os gastos com investimentos e despesas fixas de um escritório virtual são bem menores dos que as despesas fixas mais básicas de um escritório físico.

De modo geral, o advogado de escritório virtual trabalha em *home office* ou em escritórios compartilhados com suporte de serviços de telefonia com atendimento personalizado, gestão de correspondências, endereço comercial (inclusive com endereço sede para fins de registro e formalização de sociedades de advogados) e fiscal, tudo isso contratando planos básicos de *coworkings*.

A estrutura adotada para atendimento presencial, tais como dia e hora, deve ser previamente definido mediante agendamento, e a dependência da disponibilidade de agenda de espaços físicos é talvez o principal ponto negativo do escritório virtual.

Masse ainda assim você não dispuser de recurso algum para o início, algumas seccionais da OAB, como a de Recife/PE, dispo-

nibilizam espaço com todo o suporte para atendimento totalmente gratuito⁸, isto porque a inserção no mercado de trabalho, sobretudo para o jovem advogado, é algo muito difícil.

4.2 Trabalhando só

Independentemente de sua escolha, seja individualmente ou em parceria, o funcionamento de um escritório de advocacia requer alguns cuidados principalmente com relação à tributação, à gestão do escritório e ao apoio forense.

O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB prevê no art. 37 que os advogados podem constituir sociedade simples, unipessoal ou pluripessoal de prestação de serviços de advocacia, a qual deve ser regularmente registrada no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede.

4.2.1 Pessoa Física

Sendo pessoa física, o Jovem Advogado será autônomo e neste caso deverá se legalizar e pagar os tributos devidos. Deverá, portanto, fazer os seguintes registros:

- I. Prefeitura Municipal: Após a obtenção da inscrição municipal deverá recolher o ISS (Imposto sob serviço de qualquer natureza);
- II. INSS: recolher como contribuinte individual.

No que se refere aos *tributos estaduais*, o jovem advogado profissional autônomo não está sujeito ao recolhimento de tributos em decorrência do exercício profissional, já no *âmbito federal*, deverá pagar o imposto de renda (IRPF), o qual poderá ser pago

⁸ OAB-PE. “OAB Pernambuco inaugura Espaço Dorany Sampaio Cooffice nesta quarta-feira (12)”. **OAB-PE**. Publicado em: 11 dez. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2II6h3G>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

na forma do Carnê-Leão. Para tanto, o jovem advogado autônomo deverá preencher um livro caixa onde conste a anotação mensal das entradas (receitas), provenientes dos honorários percebidos de pessoas físicas, e as saídas (despesas), referentes aos pagamentos decorrentes da atividade.

4.2.2 Pessoa Jurídica

Mas o jovem advogado pode, mesmo que atuando individualmente, escolher ser Pessoa Jurídica, e assim será uma sociedade unipessoal de advocacia. Tal modalidade de sociedade foi criada pela Lei 13.247/2016, que alterou o Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) permitindo ao advogado registrar-se na Seccional da OAB e autorizando também que ele faça a opção pelo regime tributário do Simples Nacional. Neste caso, o advogado deverá tomar as seguintes providências:

I - Registro da Sociedade de Advogados junto respectiva Seccional da OAB através da apresentação de Contrato Social elaborado de acordo com a lei 13.247/16. Veja o modelo do contrato no sítio da OAB/PE⁹. Já os documentos necessários para a constituição da sociedade você pode consultar no sítio da OAB/SP¹⁰.

II - A sociedade unipessoal de advocacia está sujeita ao Simples Nacional e esta é talvez sua principal vantagem. Com o Simples, o advogado não precisa mais pagar imposto de renda de pessoa física ou contribuição ao INSS como autônomo. Como pessoa jurídica, o advogado irá recolher apenas uma guia de impostos por mês, reunindo todos os

⁹ OAB-PE. “Sancionadas as Leis que garantem amplo acesso a inquéritos e sociedade individual de advogados”. **OAB-PE**. Publicado em: 13 jan. 2016. Disponível em <https://bit.ly/3IEVPrT>. Acesso em: 02. out. 2020.

¹⁰ OAB SÃO PAULO. “Atos Individuais - Sociedade Individual de Advocacia – Modelos”. **OAB São Paulo**. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2IJIFc>. Acesso em: 02. out. 2020.

impostos exigidos de qualquer empresa, além da contribuição previdenciária patronal.

Apenas para se ter uma noção, o advogado Pessoa Física paga apenas de Imposto de Renda de 7,5% a 27,5%; já por meio da Sociedade Unipessoal de Advocacia, o advogado pode enquadrar seu escritório no Simples Nacional e, com isso, pagar de 4,5% a 16,85%. Isto porque a sociedade unipessoal de advocacia se enquadra, em princípio, no “Anexo IV” da Tabela do Simples Nacional, na modalidade de “Serviços” (art. 18, § 5º-C, VII da Lei Complementar 123/2006), onde a primeira alíquota é de 4,5%, e já compreende IRPJ, CSLL, COFINS, PIS e ISS, para rendimentos anuais de até R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

4.3 Associado, Sociedade ou Empregado

Mas bem pode ser que o jovem advogado não se sinta maduro para sair de uma faculdade e começar a advogar por conta própria. Aliás, isto é bastante comum. Portanto, você não está só, já que muitos saem da faculdade sem nunca ter tido um contato com fórum ou com processo propriamente dito. Neste caso o advogado, além de fazer uma sociedade de advogados, pode ainda ser sócio ou empregado de outros escritórios.

Caso a associação a um escritório de advocacia seja sua escolha, por experiência própria te oriento. Fique atento. Há limites de atuação para advogados em início de carreira, então não se submeta a tudo. Digo isto porque lamento informar, mas muitas bancas importantes de advocacia vão pegar o jovem advogado como mão de obra barata. Um “*estagiário de luxo*”. Sinceramente? Nem acho que você, sem experiência no início, deva chegar de pronto fazendo exigências, mas tudo tem limites. Faça concessões e venda seu produto primeiro. Diga do que você é capaz, mas não tolere exageros em demasia.

A associação à escritórios tem sua forma de contratação regida pelo art. 39 do Regulamento Geral da OAB, que autoriza os escritórios a se associar com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados, desde que esse contrato seja registrado na Ordem. O Advogado associado é um prestador de serviços e não possui subordinação ou controle de jornada, podendo ainda associar-se livremente a outros escritórios.

A figura do advogado associado tem polemicas a respeito. Isto porque não constando na Consolidação das Lei Trabalhistas (CLT), tal contratação seria ilegal e deveria ser convertida em registro trabalhista. Contudo, entende-se que o Estatuto da Advocacia dá à classe a prerrogativa da auto-regulamentação e, portanto, seria válido.

O advogado pode ainda ser contratado, sujeito portanto à CLT. Neste caso o advogado deve ter um piso mínimo de acordo com o art. 19 da Lei 8906/94 (Estatuto da OAB). Aqui em Pernambuco temos um piso mínimo imposto por lei e variável de acordo com a jornada de trabalho¹¹.

Finalmente, o jovem advogado pode fazer uma sociedade de advocacia, devendo pra isso fazer o ato constitutivo de acordo com o Provimento 112/2006 do Conselho Federal da OAB e registrá-lo junto à OAB respectiva. Perante a Receita federal e a prefeitura local, deverão ser respectivamente obtidos o CNPJ e Inscrição no ISS.

Quanto à tributação, as Sociedades de Advogados podem optar pelo modelo tributário de Lucro Presumido ou de Lucro Real. A

¹¹ LEI Nº 16.116, DE 11 DE AGOSTO DE 2017:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Estado de Pernambuco, o piso remuneratório devido ao advogado em exercício profissional na iniciativa privada. Parágrafo único. O piso remuneratório mencionado no *caput* será fixado conforme a jornada de trabalho cumprida pelo advogado, correspondendo a:

I - R\$ 2.000,00 (dois mil reais) mensais, nos casos em que o advogado cumpra jornada de trabalho de até 4 (quatro) horas diárias ou 20 (vinte) horas semanais; e,

II - R\$ 3.000,00 (três mil reais) mensais, para o advogado que cumpra jornada de trabalho de até 8 (oito) horas diárias ou 40 (quarenta) horas semanais.

escolha deve ser tomada de acordo com a projeção das receitas e resultados do escritório.

A Sociedade de Advogados estará sujeita aos seguintes tributos, com base no Modelo do Lucro Presumido: Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS); Programa de Integração Social (PIS); Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IR); Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); e o INSS deve ser recolhido mensalmente sobre o pró-labore do Advogado. A Sociedade de Advogados não está sujeita ao recolhimento de tributos estaduais e, no âmbito municipal, deve recolher mensalmente para cada Advogado de seu quadro funcional o Imposto sobre Serviços (ISS).

5. ESTRATÉGIAS

Agora que você já tem por onde começar, precisa saber como continuar. Vou te apontar apenas aspectos básicos e estratégicos de atuação como apresentação, gerencia do escritório, fidelização e conquista de novos clientes.

Recomendo inicialmente investir em seu marketing jurídico. Tudo começa com sua identidade visual, a qual utilizará desde os tradicionais cartões de visita, papelaria do escritório, redes sociais, assinatura de e-mail e site do seu escritório.

Portanto, invista na sua marca, pois ela não pode ser um símbolo ou letra aleatória. Precisa ter cor atraente, convidativa e o conjunto precisa expressar o trabalho que você quer vender. Por exemplo, ao misturar à letra do seu nome com uma coluna grega, inconscientemente você está dizendo que seu trabalho é seguro, de base forte e duradouro.

Outro ponto importante é a aquisição de ferramentas de gestão, como programas de cálculos por exemplo, indispensável na área previdenciária – em que um dos motes centrais consiste no cálculo de tempo de contribuição e de valor do benefício, além de ser essencial para efetuar o planejamento previdenciário.

Somado a isto, é importante ainda adotar uma plataforma de pagamento e recebimento de honorários via boleto bancário ou cartão de crédito. Isto diminui a inadimplência e facilita muito o controle financeiro do escritório.

Outro aspecto essencial, mas que não poderemos nos aprofundar no presente artigo, é a adoção pelo escritório de medida elementar que possa o resguardar de uma futura ação de responsabilidade por dano provocado no exercício da profissão. Explico:

A experiência me fez ver, sobretudo na área previdenciária, que nem tudo o que o cliente diz e está nos autos é verdade, e que existe fraude de documentos – a exemplo de datas em atestado médico e Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) emitidos posterior ao requerimento administrativo com informação diferente.

Assim como cuidado e canja de galinha nunca fez mal, mal também não fará o advogado se precaver e elaborar alguns documentos essenciais para a propositura da ação, os quais já devem ser assinados junto com a procuração e o contrato de prestação de serviço que é de praxe. Vejamos:

Ficha de triagem – Aqui colocamos absolutamente todas as informações trazidas pelo cliente, que assinará ao final. É um documento essencial nas ações de segurado especial (rural) e os benefícios de prestação continuada (BPC), em que frequentemente encontramos divergências ao longo da instrução processual, principalmente no que se refere a real condição do trabalhador do campo ou à composição/renda do grupo familiar.

Termo de responsabilidade – Aqui o cliente declara, sob a pena da lei, que todos os documentos constantes dos autos foram confeccionados sob sua responsabilidade, e que o advogado não se compromete com qualquer incongruência posteriormente identificada.

Renúncia ao excedente ao teto do Juizado – Isto é uma exigência nas ações propostas nos Juizados Especiais Federais (JEFs), cuja competência, aqui absoluta, exige que o valor da causa se limite a sessenta salários-mínimos. A renúncia

já pode vir expressa na procuração ou ao final da inicial. Mas, ainda assim esta declaração de renúncia expressa é importante por alguns motivos que aqui não poderemos nos aprofundar. O principal talvez seja o respeito à vontade do autor. Imagine um processo cuja condenação exceda em muito pouco o teto do juizado e os sucessores do autor falecido no curso do processo exijam que o pagamento ocorra por precatório. O desgaste da escolha não compensa o tempo e tão pouco o valor. A comprovação da expressa vontade do autor por meio deste documento resguarda o advogado e impõe limites à família do falecido. E isto já ocorreu, sabia? ***Concordância com a escolha da aposentadoria*** – É claro que o advogado sempre quer o benefício mais vantajoso para seu cliente. Ocorre, porém, que nem sempre isto é possível. Por vezes alguns períodos especiais não são reconhecidos, ou mesmo no decorrer do processo certa jurisprudência se altera e modifica o direito do cliente, e ainda que ele tenha direito a certa aposentadoria, pode não ser a melhor requerida no início.

O art. 8º do Código de Ética e Disciplina da OAB determina que o “advogado tem o dever de informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda”. Assim, principalmente em tempos de reforma previdenciária, você **deve** informar ao seu cliente quais são as possibilidades de sua aposentadoria e que nem sempre pode ser a melhor. Explique e dele adquira a concordância para a aquisição de alguma das possibilidades possíveis, se assim desejar. Evite o desgasto de vender uma aposentadoria especial, sem incidência do fator com renda mensal muito boa, e ao final conquistar apenas uma aposentadoria por tempo de contribuição com incidência do fator previdenciário e renda mensal reduzida. Assim, se ao final seu cliente não gostar do resultado, apresente o termo de concordância e o lembre que ele estava ciente e assumiu o risco da escolha.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não pretende apresentar soluções ou fórmulas mágicas para teu sucesso profissional, aliás, hoje isto parece um vício. Acredite! Facilidades não existem. A realidade é uma só: esforço, luta, plantio e recompensa ao final.

Sobretudo, ame o que faz. Isto de dará impulso pra continuar. Persistência é bem diferente de insistência, mas “em se plantando tudo dá.”. Isto se chama perseverança. Dedique-se! Porque onde muitos vislumbram dificuldade, outros veem oportunidades!

Se a advocacia não for sua identidade, migre, nada há de errado. - Penso se isto é conclusão do que foi dito acima, mas me arvorar porque acredito- . Não se compare e busque sempre o seu melhor.

Mas, tendo a certeza da advocacia como propósito, com alegria será recebido ao clã. Nada há de melhor do que dar voz a quem não tem. Finalmente, lutar por justiça e ao final encontrá-la, é um encontro – e por vezes reencontro – que emociona e nos faz reconhecer que todo o exposto acima é um propósito pelo qual vale a pena lutar.

REFERÊNCIAS

CARROLL, Lewis. **Alice no país das maravilhas**. São Paulo: Arara Azul, 2002. Disponível em: [?https://bit.ly/2II61Sg?](https://bit.ly/2II61Sg). Acesso em: 04 ago.2020.

CHAVES, Luiza Alves; SOUZA, MylenaDevezas. “Diagnóstico da pesquisa em Direito no Brasil: Uma análise pela perspectiva educacional”. **Conteúdo Jurídico**. Publicado em: 16 jan. 2019. Disponível em <https://bit.ly/2Ha8ows>>. Acesso em: 04ago. 2020.

CONSULTOR JURÍDICO. “Clareza nos contratos evita problemas trabalhistas com advogados associados”. **Consultor Jurídico**. Publicado em: 05 nov. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3kGqTpZ>>. Acessoem: 08 out. 2020.

EDUHQ. **Teoria do Ímpeto**. Oficina de Educação Através de Histórias em Quadrinhos. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2UE0kal>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

ESCOLA DE ADVOGADOS. “Conheça as vantagens de optar pela Sociedade Unipessoal de Advocacia”. **Escola de Advogados**. Publicado em: 14 fev. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2IKjj0I>>. Acesso em: 03 set. 2020.

FOLMAN, Melissa. **Atendimento ao Cliente Previdenciário**. São Paulo: Lejur, 2019.

IMBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói: Impetus, 2010.

LUZ, Valdemar Pereira da. **Manual do Advogado**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999.

MELO, João Ozório de. “Enquete mostra as dificuldades de novos advogados autônomos nos EUA”. **Conjur**. Publicado em: 06 dez. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3pxRb1z>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

OAB SÃO PAULO. “Atos Individuais - Sociedade Individual de Advocacia – Modelos”. **OAB São Paulo**. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2IJJfFc>>. Acesso em: 02. out. 2020.

OAB-PE. “OAB Pernambuco inaugura Espaço Dorany Sampaio Cooffice nesta quarta-feira (12)”. **OAB-PE**. Publicado em: 11 dez. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2II6h3G>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

OAB-PE. “Sancionadas as Leis que garantem amplo acesso a inquéritos e sociedade individual de advogados”. **OAB-PE**. Publicado em: 13 jan. 2016. Disponível em <https://bit.ly/3IEVPrT>>. Acesso em: 02. out. 2020.

TENENTE, Luiza. “Brasil tem mais faculdades de direito que China, EUA e Europa juntos; saiba como se destacar no mercado”. **G1**. Publicado em: 06 jul. 2017. Disponível em: <<https://glo.bo/35FGIJf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

QUESTÕES POLÊMICAS SOBRE O LIMBO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA

Ney R. Araújo¹

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o polêmico tema relacionado ao denominado Limbo Previdenciário Trabalhista. Esta situação é enfrentada pelo empregado ao ter o seu benefício cessado e não obter autorização para reassumir suas funções, restando sem benefício e sem salário.

2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

O ordenamento jurídico pátrio engloba uma série de normas voltadas à manutenção do Estado Democrático de Direito, *ipso facto*, encontram-se estampados na nossa Carta Magna, os princípios de proteção da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais têm servido a falta de normas específicas, de suporte aos trabalhadores que estão à procura de guarida para serem guindados do indigno e indesejado Limbo Previdenciário Trabalhista.

Mas, não só a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como também a Lei de Benefícios da Previdência Social (LBP), Lei nº. 8 213/1991 e a Consolidação das Leis do Trabalho

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade INESP; Membro Consultor da Comissão Especial de Direito Previdenciário do Conselho Federal da OAB e Membro da Comissão da Seguridade Social da OAB/PE. Presidente do IAPE – Instituto dos Advogados Previdenciários – Seção PE.

(CLT), Decreto Lei nº. 5 452/1943, servem de suporte para os que se encontram desamparados, empregados/segurados, pela Previdência Social e pelo empregador, servindo-se desses instrumentos legais à falta de normatização própria sobre o assunto, sendo o caso *sub examine*.

Assim é que, no tocante ao auxílio-doença que com a reforma da Previdência Social passou a ser denominado auxílio por incapacidade temporária, disciplinado a partir do art. 59 e ss., da Subseção V da LBP e da aposentadoria por invalidez, hoje, pós reforma da Previdência com a designação de aposentadoria por incapacidade permanente, também disciplinada na Subseção V, art. 42 e ss., está evidenciada a obrigação do empregador de efetuar o pagamento dos primeiros quinze dias de afastamento do empregado, sendo da Previdência Social, a partir do décimo sexto dia, a responsabilidade pelo pagamento do período em que for necessário o segurado se manter afastado pela sua incapacidade temporária ou permanente, período em que, segundo o art. 476, da CLT, o contrato de trabalho mantém-se suspenso. Se cessado o benefício e, havendo a devida reapresentação do empregado para retomar sua ocupação laboral, mas havendo tolhimento por parte do empregador, deve ser aplicado o que dispõe o art. 4º da CLT, o qual estabelece ser considerado como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja efetivamente laborando à disposição do empregador, executando ou aguardando ordens. Portanto, o empregador, cessada a suspensão legal do contrato deve permitir ao empregado o retorno a sua reocupação no emprego. E mais, incumbe ser salientado que o art. 2º da CLT dita pertencer ao empregador os riscos da atividade econômica, devendo, dessa forma, haver a inclusão do adoecimento dos seus empregados.

Sobre suspensão e interrupção do contrato de trabalho Valentim CARRION (1) traz sua colaboração com a interpretação infra:

Suspensão e interrupção. Em ambos o contrato de trabalho continua vigente, mas as obrigações principais das partes não são exigíveis (suspensão) ou o são apenas parcialmente

(interrupção). Na primeira não há trabalho nem remuneração; na segunda não há trabalho, mas o empregado continua a receber os salários. (Carrion, 2008, 348).

Em outras palavras, mas mantendo o mesmo sentido quanto à suspensão do contrato de trabalho, DELGADO (2) acentua: “A suspensão consiste na sustação temporária plena dos efeitos contratuais, preservando, porém, o vínculo entre as partes,...”. (DELGADO, 2004, p. 1 050).

Verifica-se, assim, que quando houver o afastamento do trabalhador por incapacidade laborativa, poderá ocorrer tanto a interrupção como a suspensão do contrato de trabalho. Nos primeiros quinze dias em que há o seu afastamento é do empregador a responsabilidade por remunerá-lo, pois ocorre à interrupção, e a partir do décimo sexto dia de afastamento por incapacidade laboral ocorrerá à suspensão do contrato de trabalho e a obrigação do INSS em realizar o pagamento do benefício previdenciário.

Considera-se como de interrupção do contrato de trabalho o período em que o empregado está afastado de suas ocupações laborativas, isto é, há paralisação parcial do cumprimento das cláusulas contratuais, mas remanescem as obrigações patronais, no todo ou em parte, quanto ao pagamento de salário e demais vantagens. Há a contagem do período como tempo de serviço para todos os efeitos legais, trabalhistas e previdenciários.

À interrupção do contrato de trabalho pode ser motivada, dentre outros, pelos seguintes exemplos: a) Afastamento por motivo de doença ou acidente de trabalho até o décimo quinto dia; b) Férias; c) Licença maternidade (art. 392 da CLT); d) Descanso semanal remunerado e feriados civis e religiosos; e) Licença remunerada; f) Período que não houver serviço na empresa, por culpa ou responsabilidade desta; g) Afastamentos previstos no art. 473 da CLT; h) Período em que o representante dos empregados se afasta de suas atividades para realizar suas atribuições como tal; i) Tempo

necessário para a empregada gestante realizar consultas médicas e demais exames complementares (art. 392 II da CLT); j) Aborto não criminoso (art. 395 da CLT), entre outros.

Como causas de suspensão do contrato podem ser citadas: a) Aposentadoria por incapacidade permanente; b) Afastamento por doença a partir do décimo sexto dia; c) Faltas injustificadas; d) Suspensão disciplinar; e) Licença não remunerada por solicitação do empregado; f) Participação pacífica em greve; g) Mandato sindical h) Encargo público não obrigatório.

Seja na interrupção ou na suspensão, CARRION (3) destaca haver as obrigações acessórias. Verifiquemos sua lição:

Em ambos há obrigações acessórias que permanecem, apesar do hiato, e que, se violadas, poderão rescindir o contrato por culpa da parte: é o caso da obrigação de o empregado não revelar segredo da empresa, não lhe fazer concorrência, e as demais que têm suporte moral de abstenção (agressão física ou moral ao empregado ou ao superior, mau procedimento, afetando o ambiente ou nome da empresa etc.) (CARRION, ob cit. p, 470).

Ao fim do afastamento legal deve o empregado retornar de imediato para o desempenho de suas funções.

É garantia do empregado afastado, quando da sua volta, os direitos já adquiridos no período anterior e se houve alterações, durante o afastamento, sem qualquer resultado negativo.

3. POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO SOBRE O LIMBO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA

O elevado número de desempregados e as necessidades pessoais e familiares de sobrevivência estão entre os motivadores influenciadores das decisões dos trabalhadores em tentar retomar às suas atividades, ou efetivamente reassumi-las, mesmo percebendo esta-

rem incapacitados para tal fim. O corte do benefício pela autarquia previdenciária, deixando os trabalhadores sem o apoio financeiro desta, os torna compelidos, obrigados a buscarem o salário, mesmo se encontrando desprovidos das adequadas condições para o exercício laboral. A necessidade de sobrevivência se sobrepõe a razoabilidade.

Ao reiniciar o labor em situação adversa à preservação da saúde e da capacidade laborativa finda por provocar o agravamento do quadro de incapacidade.

Com foco na procura de solução para suas agruras os trabalhadores têm recorrido ao judiciário objetivando, na Justiça Federal, o restabelecimento do auxílio por incapacidade provisória, previdenciário ou acidentário, ou da aposentadoria por incapacidade permanente, previdenciária ou acidentária, suspensos. Ao mesmo tempo, se não lhes foi deferido reencetar o labor e não há também o pagamento de salário, ingressam com ação trabalhista reivindicando a paga dos salários, posto que, não há mais suspensão do contrato de trabalho e estão à disposição do empregador.

TREVISO (4) descreve o momento em que o trabalhador é colocado de lado, à margem, no limbo, da seguinte forma:

Não existe aptidão e inaptidão simultâneas. A dignidade da pessoa humana, sem dúvidas, é desrespeitada, por retirar do trabalhador a condição de adquirir os bens materiais e imateriais necessários para uma vida digna, já que, num simples passe de mágica, deixa de receber salários e benefício previdenciário, sem qualquer outra fonte de renda. (TREVISO, 2013, p. 519)

Em decisão prolatada em 29.5.2015 sobre o tema *in tella*, o Tribunal Regional Federal da 2ª. Região (TRT2) se posicionou favoravelmente ao trabalhador jogado no Limbo Previdenciário Trabalhista. A compreensão exarada pelo Regional foi no sentido de que se há discordância do empregador quanto ao encerramento

do benefício de seu empregado, cabe a ele recorrer da decisão administrativa, contudo, sem deixar de remunerar o empregado que está à sua disposição, posto não mais haver a suspensão do contrato de trabalho. Atentemos para a decisão a seguir reconhecendo os direitos do empregado:

LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA-PREVIDENCIÁRIO. INDEFERIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. RECUSA DO EMPREGADOR EM FORNECER TRABALHO. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR PAGAR OS SALÁRIOS. INTELIGENCIA DO ARTIGO 1º, INCISO III e IV, da CF; ART. 59, parágrafo 3º, DA LEI 8213/91 E ARTIGO 4º, DA CLT. Nos termos do artigo 1º, incisos III e IV da Carta Federal a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho são fundamentos da ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional). Deste modo, nos termos do artigo 59, parágrafo 3º, da Lei 8213/91, o empregador é responsável pelo pagamento dos salários de seus empregados, afastados por motivo de doença, pelos primeiros 15 dias. Após tal período e, enquanto durar a causa incapacitante para o labor, faz jus o trabalhador ao correspondente benefício previdenciário, ficando suspenso o contrato de emprego até a alta médica. Após a alta médica o contrato de trabalho volta a produzir todos os seus efeitos legais, e o trabalhador é considerado à disposição do empregador aguardando ordens, com o respectivo cômputo do tempo de trabalho e direito aos salários e demais vantagens próprias do vínculo empregatício, tudo por conta do empregador (art. 4º, CLT). Ao empregador não é dado recusar o retorno do trabalhador às suas atividades, após a alta médica do INSS, sob o fundamento de que o médico do trabalho da empresa considerou-o inapto. Se a empresa não concorda com a alta médica previdenciária do trabalhador deve recorrer da decisão da autarquia previdenciária e, destruir a presunção de capacidade atestada pelo médico oficial e, fazer valer a posição do seu médico. Não pode o empregador ficar na cômoda situação de recusa em dar trabalho e, carrear aos ombros do trabalhador uma situação de limbo jurídico trabalhista-previdenciário, à própria sorte,

sem receber salários e tampouco benefício previdenciário. Tal conduta não se coaduna com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, CF). TRT-2
<<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311766550/recurso-ordinario-ro-30418720135020373-sp-00030418720135020373-a28>>

O posicionamento expresso no julgado acima, apesar de majoritário e de comungar com a opinião do Tribunal Superior do Trabalho (TST), encontra opositores, como se infere do afirmado no *decisum* infra:

AUXÍLIO-DOENÇA – ALTA DO INSS – EMPREGADA CONSIDERADA INAPTA PELO MÉDICO DA EMPRESA – IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PAGAMENTO DE SALÁRIOS AO EMPREGADOR. Não houve recusa injustificada da empresa em reintegrar a obreira ao trabalho. Toda a prova documental produzida demonstra que a reclamada não agiu de má fé e cumpriu todas as suas obrigações, não exigindo da trabalhadora prestação de serviços, por reputá-la incapaz para o trabalho e fornecendo a documentação necessária para que a reclamante pudesse pleitear seus direitos junto ao INSS (docs. Nº 45/68, volume apartado). Não se constata qualquer irregularidade no procedimento patronal. O laudo pericial de fls. 152/161, inclusive, confirmou que a reclamante não está apta ao trabalho, apresentando fibromialgia, lesão crônica da coluna (discopatia degenerativa) e quadro de depressão crônica, todos sem nexo com o trabalho realizado na reclamada. Como bem salientado a quo, não há impedimento legal para que as empresas, diante dos documentos que atestam a inaptidão do obreiro, como o laudo do médico do trabalho, obstem seu retorno ao trabalho enquanto durar o procedimento administrativo de recursos perante a Previdência Social, também não há obrigatoriedade de remunerar mencionado período, já que, esse período em que o empregado permanece afastado pedindo reconsideração do pedido de auxílio-doença deve ser considerado como de suspensão do contrato de trabalho.

Outrossim, não há fundamento legal para autorizar o pagamento dos salários pretendidos. Recurso ordinário da reclamante a que se nega provimento.

<<https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202301544/recurso-ordinario-ro-13640720135020087-sp-00013640720135020087-a28>>

A falta de decisões uniformes acentua a instabilidade crucial vivenciada pelos trabalhadores em momento espinhoso, de difícil superação, para si e para seus familiares.

Os trabalhadores, mesmo com a saúde debilitada, mas receosos da perda do emprego pelo prejuízo social ou econômico que tal acarretaria, se submetem ao denominado “presenteísmo”, pelo qual comparecem para a realização de suas atividades, mas, diante das inadequadas condições físicas ou de doença, acabam se abstraindo do ambiente de trabalho. Nesse cenário há a se considerar o potencial risco de acidente de trabalho por não se encontrar o empregado com a sua capacidade laborativa nas devidas condições para o exercício do seu ofício.

Todavia, a socorrer os que se encontram em verdadeiro estado de necessidade/vulnerabilidade, desesperados pelas contingências adversas dos situados no Limbo Previdenciário Trabalhista, já há avanços no judiciário para mitigar os efeitos perversos de tal conjuntura. A Súmula nº. 72 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) apresenta evolução no concernente ao reconhecimento/compensação da suplantação despendida por aqueles que mesmo debilitados compareceram ao trabalho. A súmula acima citada está vazada nos seguintes termos:

É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou.<<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=72>>

Finalmente, coroando a pretensão dos segurados que laboram em condições adversas à saúde enquanto aguardam decisão quanto ao requerimento de benefício por incapacidade, o Superior Tribunal de Justiça julgou, em 24/06/2020, o mérito dos Recursos Especiais 1.786.590/SP e 1.788.700/SP, representativos da controvérsia repetitiva descrita no Tema 1013, cuja questão submetida a julgamento é a “possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) concedido judicialmente em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício”. Foi firmada a seguinte tese:

No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RGPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1013&cod_tema_final=1013

O amparo do judiciário em reconhecer a possibilidade da cumulação benefício/salário, face ao Limbo Previdenciário Trabalhista do segurado/trabalhador, impõe-se como medida de desincentivo a não se colocar o empregado/segurado na situação aflitiva, desumana e temerária de preservação de sua própria existência e dos que dele dependem.

A colocação do trabalhador no Limbo Previdenciário Trabalhista desatende o avanço norteador da função social determinada à empresa, conforme os comandos encartados na nossa Lei Maior, em especial o incrustado no *caput* do art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem

por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social....

Essa função social para Scheliga (5) tem o seguinte significado:

[...] o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3,I), também o de garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza, a marginalização e de reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, II e III), também promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º IV), além disso, temos a busca pelos valores sociais do trabalho e o grandioso Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III e IV). (SCHELIGA, 2009, p, 103).

Valioso enfatizar que a orientação traçada no ordenamento jurídico pátrio, aplicável ao trabalhador na circunstância ora abordada, quer constitucional ou infraconstitucional, assenta-se no primado da justiça social para assegurar a todos existência digna.

4. JUSTIÇA COMPETENTE PARA JULGAMENTO DO LIMBO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA

Para enfrentamento do tormentoso momento em que o trabalhador se encontra no Limbo Previdenciário Trabalhista, sem salário ou benefício previdenciário, os doutrinadores e juristas têm se debruçado na busca de soluções que sejam as mais práticas e ágeis, em face da vulnerabilidade pela qual passa o trabalhador e sua família. Para TREVISÓ (6) a resposta encontra-se na Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual ampliou a competência da Justiça do Trabalho ao adotar um critério puramente objetivo, ressaltando que, no caso do Limbo Previdenciário Trabalhista a relação previdenciária é decorrente de um contrato empregatício. De acordo com o seu pensar, a concentração da competência na Justiça do Trabalho levaria a produção de um laudo pericial único, com o Instituto Nacional do

Seguro Social (INSS) integrando a ação. Tal procedimento daria celeridade à elucidação do conflito.

Averiguemos a síntese da sua análise:

Agora, indaga-se: porque obrigar o trabalhador a ajuizar uma ação (contra o INSS) perante um ramo do Poder Judiciário e outra demanda (contra o empregador) em outro órgão do mesmo Poder quando o conflito envolve os dois lados da mesma moeda. Ora se o trabalhador está inserido num contrato de emprego, a responsabilidade pela garantia de pagamento dos valores mínimos necessários para se viver com dignidade, quando apto ao labor é do empregador; e, quando inapto, a responsabilidade é simplesmente transferida para o INSS, por força do mesmo vínculo jurídico base.

A resposta é absolutamente simples: deverá ser concedida ao trabalhador, a faculdade de, ao invés de propor ações distintas, ajuizar demanda única em face do empregador e o INSS, cujo feito por força da EC n 45/2004 será processado e julgado pela Justiça do Trabalho, já que, no caso específico, a relação previdenciária é oriunda do contrato de emprego havido. (TREVISÓ, 2012, p. 90).

Por seu turno, a constatação de que há carência de normas legais específicas atinentes ao Limbo Previdenciário Trabalhista, e visando solucionar os conflitos que afloram frequentemente entre empregado e empregador, os quais, muitas vezes buscam a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho para solução dos seus confrontos, o deputado federal Túlio Gadêlha, PDT – PE (7) apresentou o Projeto de Lei nº 6 526/2019 com a seguinte ementa:

Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para dispor sobre a responsabilidade do empregador pelo pagamento de salários após a cessação ou o indeferimento do benefício previdenciário a seu empregado e estabelecer a competência da Justiça do Trabalho para as ações que objetivem o esclarecimento da questão relativa à aptidão ou à inaptidão

para o trabalho e a condenação ao pagamento do salário ou do benefício previdenciário, na hipótese de divergência entre a conclusão da perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o exame médico realizado por conta do empregador.<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2234661>

Como se vê na ementa, uma das finalidades do PL em estudo é atribuir à Justiça do Trabalho a competência para dirimir as controvérsias respeitantes a aptidão ou inaptidão do empregado para o trabalho, definição quanto ao pagamento do salário ou benefício previdenciário e da discussão quanto à perícia médica.

Conquanto seja louvável, do ponto de vista prático, o objetivo pretendido pelo parlamentar com a presente proposição para conferir a um único órgão jurisdicional a competência para resolver o problema enfrentado no Limbo Previdenciário Trabalhista, há de primeiro ser analisada a hierarquia das normas, posto ser pretendido que uma norma infraconstitucional altere comando inserto na Constituição Federal.

No entendimento do Exm^o. Sr. Deputado Federal, a proposta é de racionalização e simplificação do procedimento ao conceder ao empregado ou ao empregador a faculdade de ajuizar demanda única, em face da outra parte da relação de emprego e do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); e a ação, como autoriza o art. 114, IX, da Constituição, será de competência da Justiça do Trabalho, pois se trata de relação jurídica decorrente do contrato de emprego em curso. Na visão do autor do PL esta é a saída adequada para solução quanto às desavenças no Limbo Previdenciário Trabalhista.

Examinando o texto do art. 109, *caput* e inc. 1, da Constituição Federal, de plano emerge a conclusão do ferimento do texto constitucional ao se pretender alterar tal dispositivo por norma infraconstitucional para atribuir à Justiça do Trabalho competência para julgar causas atinentes à concessão de benefício previdenciário.

Oportuno trazer à baila que a competência da matéria a ser submetida ao Judiciário Trabalhista está disciplinada no art. 114 do texto constitucional pátrio, o qual não agasalha matérias de caráter previdenciário como pretendido no Projeto de Lei nº 6 526/2019.

Em sua Nota Técnica nº 01/2020 sobre o PL nº 6 526/2019 em comento, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) (8), assim concluiu:

Dessa forma, concluímos que o PL em questão é positivo, ao estabelecer medidas processuais de tutela dos interesses dos trabalhadores e fixar regras de responsabilidade salarial para o pagamento das verbas remuneratórias durante processo, judicial ou administrativo, em que o trabalhador pugna pelo reconhecimento de sua incapacidade laborativa, após indeferimento ou cessação de seu benefício por incapacidade; mas é inconstitucional ao fixar regras de competência que violam os arts. 109, I, e 114, I, ambos da CF.<https://www.ibdp.org.br/?p=1390>

Assim sendo, s.m.j. carece de constitucionalidade o PL nº 6 526/2019 no que se refere a matéria abordada quanto à designação de competência, o que exigiria Proposta de Emenda Constitucional (PEC). E conclui-se que continua em aberto a edição de normas exclusivas para solução dessa relevante questão.

5. DANO MORAL E O LIMBO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA

Os doutrinadores têm debatido quanto a encontrar a melhor ou mais aproximada definição do que caracteriza e o que deve ser considerado como dano moral, sendo que este, de uma forma abrangente, pode ser compreendido como aquele decorrente de lesão à honra, à dor-sentimento, aquele que afeta a paz interior do ser humano, enfim, ofensa que causa um mal, com fortes abalos na personalidade do indivíduo.

Dentre as diversas novidades insertas na vigente Constituição Federal, está disposto no seu art. 5º, rol exemplificativo dos direitos e garantias fundamentais, no inciso V, está assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Por sua vez, no inciso X há a garantia de que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O dano moral para Cahali, Yussef Said (9) está definido nos seguintes termos:

Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial. (CAHALI, 2011, p. 28).

O consagrado autor, Wladimir Novaes Martinez (10), sobre dano moral no Direito Previdenciário, com o seu singular senso de observação aguçada, traz os seguintes esclarecimentos:

A teoria jurídica que envolve os diferentes aspectos do dano moral, naturalmente sediados no Direito Civil, acabou transportando-se para outras áreas, particularmente ao Direito do Trabalho em que encontrou um habitat florescente, e experimenta particularidades no Direito Previdenciário. As razões dizem respeito à especificidade das técnicas protetivas da seguridade social ou instituições correlatas, e a essência diferenciada da aproximação do indivíduo ao Estado, quando ele objetivo creditar-se nos meios de subsistência. (MARTINEZ, 2009, p. 65).

No respeitante ao dano moral quanto ao Limbo Previdenciário Trabalhista, situação na qual o trabalhador se encontra à margem, por haver sido cessado seu benefício previdenciário e não haver permissão por parte do empregador para que reassuma o exercício

de sua ocupação, ou por estar à disposição deste sem trabalhar e sem receber a remuneração mensal, sendo certo que houve legalmente a terminação da suspensão do seu contrato, o trabalhador passa a não contar com o pagamento do auxílio ou do salário, urgindo providência célere para não faltar a si e a sua família o devido sustento. Saliente-se mais que, tal circunstância é causada pela discórdia da alta do benefício que recebeu o empregado do órgão previdenciário e o laudo expedido pelo médico da empresa ou particular.

Contudo, não há consentimento legal para que o empregador simplesmente discorde da avaliação oficial e impeça o empregado de reassumir o seu posto. *In casu*, o empregador pode, se assim entender, interpor o devido recurso de oposição à liberação procedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Ressalte-se, mais uma vez, que tal procedimento não lhe confere o direito de impedir o retorno do empregado ou deixá-lo à sua disposição, sem o pagamento dos salários.

A compreensão no judiciário e na doutrina tem sido a de que a conduta do empregador ao impor o Limbo Previdenciário Trabalhista ao trabalhador, comprometendo-lhe a subsistência digna, viola os fundamentos da República Federativa do Brasil quanto à dignidade da pessoa humana. Tal comportamento censurável transgredir os direitos da personalidade do empregado, tais como a imagem, a intimidade, a honra objetiva e subjetiva e, principalmente, o direito à vida digna da pessoa do trabalhador, sendo reparado parcialmente com a condenação em danos morais, eis que impossível à mensuração do dano e a reposição da intimidade ofendida.

Os tribunais trabalhistas, em sintonia com a melhor doutrina e arrimados na legislação aplicável a tal evento, sobre o Limbo Previdenciário Trabalhista têm decidido não ser permitido ao empregador vetar ao trabalhador reassumir as suas atribuições empregatícias, conforme expressado na seguinte compreensão:

Ementa: **LIMBO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA. ALTA PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIOS DEVIDOS.** Como é cediço o contrato de trabalho é suspenso com a concessão do benefício **previdenciário** e retoma seus efeitos com a cessação do benefício, de modo que cessada a suspensão do contrato de trabalho por alta **previdenciária**, retomam sua eficácia as obrigações contratuais. Assim, se a interrupção da prestação de serviços se dá por imposição do empregador que, diferentemente do Órgão **Previdenciário**, não disponibiliza função compatível para a empregada, como no presente caso, é certo que os pagamentos dos salários devem ser mantidos, ante o afastamento por iniciativa do empregador e ausente a concessão de benefício **previdenciário**, tendo em vista que o trabalhador não pode ficar sem meios de sobrevivência por divergência de entendimentos entre o empregador e o Órgão **Previdenciário** em situação obscura que a doutrina e a jurisprudência atuais denominam de “**limbo previdenciário trabalhista**”.

<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/26844587/limbo-previdenciario/jurisprudencia>>

A percepção dos Tribunais Regionais é a mesma predominante no Tribunal Superior do Trabalho (TST) no sentido de conferir ao empregado deixado no Limbo Previdenciário Trabalhista, indenização por danos morais como mitigadora do seu sofrimento e de desincentivo ao empregador em prosseguir no intento ilegal. Aten-temos para a decisão a seguir:

RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014 E DO NOVO CPC (LEI N.º 13.105/2015). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPASSE ENTRE A PERÍCIA DO INSS E A AVALIAÇÃO MÉDICA DA EMPRESA. LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO. EMPREGADO QUE PERMANECE POR UM PERÍODO SEM RECEBER SALÁRIOS. O caso dos autos diz respeito à situação em que se configura um impasse entre a avaliação perpetrada pelo perito do INSS, que considera o trabalhador apto ao trabalho, e o perito médico do trabalho,

que entende que o empregado não tem condições de voltar a trabalhar. Trata-se de situação que é denominada pela doutrina de “limbo-jurídico-previdenciário”, que se caracteriza por ser um período no qual o empregado deixa de receber o benefício previdenciário, e também não volta a receber os seus salários. No caso dos autos, o juízo primeiro reconheceu que o pagamento dos salários relativos ao referido período é responsabilidade da empresa, não havendo discussão a esse respeito no presente Recurso, que versa apenas sobre o pedido de indenização por danos morais, pelo fato de o Reclamante ter permanecido por um período sem receber os seus salários, fato incontroverso nos autos. Assim sendo, diante do que foi apurado pelo Juízo primário, é de se constatar que o Reclamante efetivamente sofreu dano de ordem moral, tratando-se de dano in re ipsa, que decorre do próprio fato ofensivo, decorrente do infortúnio sofrido que, no caso, é inafastável, haja vista a situação que se verifica quando um trabalhador deixa de receber tanto o benefício previdenciário como os salários devidos. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.

Tribunal Superior do Trabalho *TST* - RECURSO DE REVISTA: **RR 1433-51.2014.5.12. Processo NOVO. RR 1433-51.2014.5.12.0014.** Órgão Julgador. **4ª Turma. Publicação. DEJT 18/11/2016 - Maria de Assis Calsing.**

Para concessão de indenização em decorrência de dano moral, em consequência do limbo a que foi ou está submetido o empregado, em regra, os magistrados, para formação do convencimento certificam-se da presença dos três elementos caracterizadores da reparação civil: a existência do ato ilícito praticado pelo empregador, a comprovação do dano e o nexo da causalidade. Observemos:

EMPRESA É CONDENADA A INDENIZAR EMPREGADO QUE FICOU SEM SALÁRIO APÓS ALTA PREVIDENCIÁRIA.

De acordo com a decisão da Terceira Turma do TRT11, a empresa não poderia deixar o empregado no “limbo jurídico”, enquanto aguardava o resultado de ação contra o INSS.

Por maioria de votos, a Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região - AM/RR (TRT11) condenou a empresa Envision Indústria de Produtos Eletrônicos Ltda. a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 22 mil a um empregado que ficou quase três anos sem salário e sem benefício previdenciário, enquanto aguardava o resultado de pedidos administrativos e judiciais contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A decisão colegiada deu provimento parcial ao recurso ordinário do reclamante e reformou sentença improcedente, por considerar que a empresa cometeu ato ilícito ao deixar o empregado desamparado no chamado “limbo jurídico”.

A controvérsia foi analisada nos autos da reclamatória trabalhista ajuizada em dezembro de 2016 por um operador de produção, que ficou afastado do trabalho recebendo auxílio-doença e, após a alta previdenciária, apresentou-se ao empregador, informando que havia ajuizado ação na Justiça Federal para restabelecer o benefício, por não concordar com a decisão da autarquia. A empresa determinou que ele permanecesse em casa aguardando o resultado do processo. De acordo com a petição inicial, o trabalhador ficou sem salários e sem o benefício previdenciário de novembro de 2013 a maio de 2016. A sentença favorável ao trabalhador foi prolatada em maio de 2014, condenando o INSS a restabelecer o benefício, mas só foi cumprido pela autarquia em maio de 2016.

...

Na sentença improcedente, o juízo da 4ª Vara do Trabalho de Manaus salientou que a decisão judicial condenou o INSS a restabelecer o benefício previdenciário, com o pagamento das parcelas vencidas, razão pela qual o deferimento dos pedidos na Justiça do Trabalho geraria enriquecimento ilícito do autor e pagamento em duplicidade.

Danos morais

O reclamante recorreu à segunda instância do TRT11, requerendo a reforma da sentença improcedente e insistindo nos pedidos de salários do período compreendido entre a alta previdenciária e o restabelecimento do benefício, além do pagamento de indenização por danos morais. No julgamento do recurso, venceu o voto divergente defendido pela juíza convocada Joicilene Jerônimo Portela

Freire, que entendeu cabível apenas a indenização por danos morais devido à presença dos três elementos ensejadores da reparação civil: a existência do ato ilícito praticado pela reclamada, a comprovação do dano e o nexo de causalidade. “A reclamada jamais poderia ter deixado o contrato de trabalho no limbo, sem definição. Após a alta previdenciária, o contrato de trabalho voltou a ter plena eficácia, de modo que, permanecendo a divergência de diagnóstico entre o médico assistente e o perito médico do INSS acerca da efetiva aptidão do autor para o labor habitual, era do empregador o ônus do pagamento dos salários, mesmo sem a prestação dos serviços”, explicou a juíza prolatora, ressaltando que o pagamento de indenização é devido pela empresa por ter deixado o empregado entregue à própria sorte, sem receber salários e sem o benefício pleiteado, o que constitui ofensa à sua dignidade e configura dano moral presumido.

...

Processo nº 0001124-19.2016.5.11.0004

<<https://portal.trt11.jus.br/index.php/main/2251-empresa-e-condenada-a-indenizar-empregado-que-ficou-sem-salario-apos-alta-previdenciaria>>

A preservação da dignidade da pessoa humana reina como preceito fundamental, insculpido em nossa Constituição Federal, devendo ser este acionado como garantidor do respeito aos direitos determinantes da salutar relação laboral. Merece destaque o assentado no art. 193 da CF, o qual tem o entendimento de que: a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Em conformidade com a percepção de Flávia Piovesan (11), é por meio do princípio da dignidade da pessoa humana que o intérprete deve resolver a contradição em apreço, posto que: “no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada”.

5. RESCISÃO INDIRETA EM FACE DO LIMBO PREVIDENCIÁRIO

Releva salientar já haver normativo legal que possibilita a solução de divergência entre o laudo médico do perito do INSS e do médico da empresa ou particular, no que se refere à cessação do benefício previdenciário. Na ocorrência de tal evento deve ser observado o que dita a Lei nº. 11.907/2009:

Art. 30. Fica estruturada a Carreira de Perito Médico Previdenciário, no âmbito do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, composta pelos cargos de nível superior, de provimento efetivo, de Perito Médico Previdenciário.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

§ 3º Compete privativamente aos ocupantes do cargo de Perito Médico Previdenciário ou de Perito Médico da Previdência Social e, supletivamente, aos ocupantes do cargo de Supervisor Médico-Pericial da Carreira de que trata a Lei nº 9.620, de 2 de abril de 1998, no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e do Ministério da Previdência Social - MPS, o exercício das atividades Médico-Periciais inerentes ao Regime Geral da Previdência Social de que tratam as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, e à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e, em especial a:

I - emissão de parecer conclusivo quanto à capacidade laboral para fins previdenciários.

Por conseguinte, há de ser respeitada pelo empregador a prevalência legal quanto à alta do benefício previdenciário daquele que estava incapacitado, e do conseqüente encerramento da suspensão do contrato de trabalho. Assim sendo, se o empregador coloca o empregado no Limbo Previdenciário Trabalhista, posição na qual está desamparado do recebimento do benefício, tampouco perceberá salários, comete falta grave de descumprimento do contrato, de

modo a ensejar, se for de interesse do empregado, a propositura de reclamação trabalhista postulando a rescisão indireta do contrato de trabalho, pois depende da iniciativa deste. Procedente a ação judicial são preservados os seus direitos como se dispensado fosse sem justa causa, posto haver o empregador deixado seu subordinado sem qualquer fonte de subsistência, o que implica em falta grave de infração contratual.

O salário constitui meio de subsistência do ser humano, representa a contraprestação devida pelo empregador correspondente à prestação de serviços pelo empregado. É garantido legalmente o seu recebimento, eis que este é o meio de sobrevivência do empregado e também garantidor do sustento de sua família.

A CLT disciplina, em seu art. 483, as hipóteses em que o empregado poderá considerar rescindido o seu contrato de trabalho pela desobediência das obrigações contratuais por parte do empregador. No concernente à rescisão indireta do contrato, as alíneas d e g do art. 483 da CLT dispõem que o empregador transgredindo as obrigações contratuais o empregado poderá pedir o rompimento deste com o recebimento das devidas indenizações e verbas rescisórias.

O trabalhador que se encontra no Limbo Previdenciário Trabalhista e requer a desvinculação motivada tem recebido o agasalho da Justiça do Trabalho como espelha a decisão abaixo:

CESSAÇÃO DO AUXÍLIO DOENÇA - EMPREGADO CONSIDERADO INAPTO POR MÉDICO DA EMPRESA - IMPEDIMENTO DE RETORNO AO TRABALHO - “**LIMBO** TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO” - RESCISÃO INDIRETA CONFIGURADA. Não se pode admitir que o empregado seja colocado no denominado “**limbo** jurídico previdenciário trabalhista”, situação na qual não recebe mais o benefício previdenciário, tampouco os salários. Aplica-se ao caso o princípio da continuidade do vínculo empregatício e considerando que o empregador, por expressa disposição legal é aquele assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, da CLT) e, ainda o disposto no artigo 4º, da CLT,

o empregador deve arcar com o pagamento dos salários do respectivo período de afastamento. A recusa do empregador em aceitar o retorno de empregada considerada apta pelo INSS constitui falta grave, de modo a ensejar a rescisão indireta, uma vez que a laborista se viu, indefinidamente, sem qualquer fonte de sustento.
<<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/226711770/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2280201300903004-0002280-5420135030009>>.

A postulação de rescisão indireta pode ser cumulada com o pedido de dano moral, sendo necessário haver prova nos autos do impedimento sofrido pelo postulante, qual seja a de que houve sua colocação no Limbo Previdenciário Trabalhista ao ser impedido ilicitamente pelo empregador de retomar o seu posto de trabalho, o que claramente o deixa em uma situação constrangedora e humilhante, agredindo a dignidade da pessoa humana, privando-o do mínimo existencial. Em tal quadro é cabível a rescisão indireta do contrato de trabalho com base no art. 483, alínea d da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como a reparação pecuniária por conta do dano moral demonstrado.

A posição dominante nos tribunais tem sido a de sempre que ocorrer ofensa injusta à dignidade da pessoa humana restará configurado o dano moral, não sendo necessária a comprovação de dor e sofrimento. Trata-se de dano moral *in reipsa* (dano moral presumido). Esta, inclusive, a posição expressada, por unanimidade, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no REsp nº 1.292.141 - SP (2011/0265264-3), relatora a ministra Nancy Andri-ghi, publicado no DJe. 12.12.2012.

6. CONCLUSÃO

Busca-se no Direito, fruto da realidade social e endereçado a suprir as necessidades traduzidas pela paz social, liberdade e ordem

estabelecida pelo Estado, o correspondente atendimento a pacificar e preservar a harmonia entre as partes conflitantes. Este artigo que por ora se finaliza, sem pretensão de haver exaurido o tema, apontou salvaguardas disponibilizadas para o empregado se servir diante da extrema carência para suprir sua subsistência e a da sua família, levando em consideração o posicionamento do empregador e da autarquia previdenciária quanto a sua alta do benefício e o afastamento de suas atividades sem a devida remuneração.

Frente à ausência de específica regulação no pertinente ao Limbo Previdenciário Trabalhista, há de se lançar mão da interpretação sistemática na investigação dos princípios e normas pertinentes ao debate em questão. Neste sentido, afloram os princípios insculpidos na *Lex Fundamentalis* aplicáveis a pretensão do obreiro, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, do direito fundamental ao trabalho, arts. 1º, IV e 170, *caput*, da responsabilidade social das empresas, arts. 3º, I, 170, como acima referido, todos insculpidos na nossa Magna Carta. Na legislação infraconstitucional avulta à própria função social do contrato especificada no art. 421 do Código Civil. Todo este arcabouço acima citado, acoplado às normas gerais que regulam os benefícios previdenciários e os direitos trabalhistas, serve de alicerce para evitar ser o trabalhador submetido à situação de estar sem trabalho, sem salário e sem benefício previdenciário.

Releva ainda mais, ressaltar o princípio da continuidade do vínculo empregatício e de ser do empregador os riscos da atividade econômica.

A normatização da matéria em comento é reclamada e exterioriza-se como medida que se impõe para reinar a paz e imperar a justiça social.

REFERÊNCIAS

- (1) CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 33.ed. atual por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 348.
- (2) DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 3ª ed. – São Paulo: LTR, 2004, p. 1 050.
- (3) CARRION, Valentin, ob. cit. p, 348.
- (4) TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia, O Grave Problema do Trabalhador que é Considerado Apto pelo INSS e Inapto pela Empregadora: uma Proposta de Solução Conferida à Justiça do Trabalho para a Garantia do Mínimo Existencial. Minas Gerais: Editora Juspodivm, 2013, p. 519.
- (5) SCHELIGA, Daniel. Função Social da Empresa em face do direito do trabalho. São Paulo. 2009. Ano 45. Ltr. Sup. Trab. 020/09, p. 103.
- (6) TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. E-Book - A Competência da Justiça do Trabalho, a Incapacidade Laborativa do Trabalhador e o Restabelecimento de Benefícios Previdenciários- (7409.1): Na Perspectiva da Dignidade da pessoa Humana e do Mínimo existencial. São Paulo. LTr, 2012.
- (7) CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.
- (8) MARTINEZ, Wladimir Novaes. Dano Moral no Direito Previdenciário. 2ª Ed. São Paulo: LTr. 2009. p.65.
- (9) PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos. O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988”. (Neo)constitucionalismo: Ontem os Códigos, hoje as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. n. 2, Porto Alegre: IHJ, 2004.

REPERCUSSÕES DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

Fábio Leão¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de demonstrar as consequências jurídicas nos benefícios previdenciários devido à falta de recolhimentos das contribuições previdenciárias por parte do empregador.

2. A FALTA DE RECOLHIMENTOS NA AÇÃO TRABALHISTA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Ab initio, cabe ressaltar que uma possível causa para a insegurança jurídica das relações trabalhistas reside na abundância de dispositivos legais que colocam em xeque a relação entre empregado e empregador de maneira conflituosa.

De forma genérica, a reclamação trabalhista garante os direitos trabalhistas: condena, executa a sentença trabalhista, bem como garante o tempo de contribuição do reclamante para efeitos de aposentadoria. Mesmo assim, não garante que a contribuição seja vertida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) – e conseqüentemente não terá efeito para fins de Renda Mensal Inicial (RMI).

A redação do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991 da Lei de Benefícios da Previdência Social determina que “a comprovação do tempo de serviço [...] só produzirá efeito quando for baseada em início de prova material contemporânea dos fatos”, vedada a prova exclusivamente testemunhal.

No âmbito da Justiça do Trabalho, todavia, é recorrente o re-

¹ Advogado previdenciarista. Pós-graduado pela ESMATRA/PE e INFOC.

conhecimento da relação empregatícia exclusivamente com prova testemunhal, através da confissão ou até confissão ficta. Tais decisões são cumpridas pela Receita Federal (RFB) sem a exigência adicional de quaisquer provas – tornando a relação jurídica gerada meramente declaratória.

Por outro lado, o INSS costuma exigir-las, fundamentando esta necessidade no já citado art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991. O que se observa, como consequência, é a impossibilidade do reconhecimento das relações previdenciárias mesmo em casos onde esta já foi ratificada na Justiça do Trabalho.

Para alento do trabalhador, a Instrução Normativa (IN) 77/2015 formaliza entendimento mais favorável no caso de retificação do valor da remuneração em seu art. 71 e seguintes. Nesses casos é dispensada a contemporaneidade das provas.

Cumprе ressaltar que a figura da justificação administrativa – prevista no art. 108 da Lei nº 8.213/91 e regulada pelo art. 574 na IN 77/2015 – não é utilizada na prática, apesar de se tratar de um instrumento com possíveis benefícios práticos.

Através do referido instrumento o segurado poderia apresentar as testemunhas e provas de modo a comprovar o vínculo de emprego, relação de trabalho, direito a pensão, qualidade de segurado, entre outros fatores. A resolução de questões ainda na via administrativa possibilitaria uma maior celeridade da prestação previdenciária e evitaria uma desnecessária judicialização da matéria. Todavia, a autarquia costuma alegar a falta de servidores para composição da justificativa administrativa - JA, não a realizando e, fatalmente, ensejando na posterior ação judicial.

Não deixemos de pontuar que o art. 71, incisos I a IV da IN 77/2015, determina que o reconhecimento de vínculo reconhecido na justiça especializada se dá através da juntada ao PA de determinados documentos. São eles: a decisão judicial em inteiro teor, com trânsito em julgado; e a planilha de cálculos dos valores devidos homologada pelo Juízo.

Ainda assim, por cautela, o INSS deve checar as informações nos sistemas informatizados para se certificar da veracidade das informações, haja vista a grande quantidade de fraudes.

Destarte, recentemente, o Enunciado nº 3 do Conselho de Recursos da Previdência Social, revisado e atualizado no Despacho nº 37/2019 publicado no Diário Oficial da União em 12 de novembro de 2019, dispõe o seguinte:

A comprovação do tempo de contribuição, mediante ação trabalhista transitada em julgado, somente produzirá efeitos para fins previdenciários quando baseada em início de prova material contemporânea aos fatos, constantes nos autos do processo judicial ou administrativo.

I - Não será admitida, para os fins previstos na legislação previdenciária, prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

II - Não será exigido início de prova material se o objeto da ação trabalhista for a reintegração ou a complementação de remuneração, desde que devidamente comprovado o vínculo anterior em ambos os casos.

Predomina, na via judicial, o entendimento de que é necessário o início de prova material para reconhecimento de anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) decorrente de sentença trabalhista no processo previdenciária.

Foi nesse sentido que a Turma Nacional de Uniformização (TNU) editou a Súmula nº 31 da TNU, sedimentando seu entendimento. Vejamos: “A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários”.

Na mesma esteira, os tribunais têm entendido que, não sendo uma ação trabalhista proposta só para fins de recolhimentos, poderá ser aceita a reclamação trabalhista desde que existam provas matérias da relação de emprego.

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. TEMPO DE SERVIÇO URBANO. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. PROVA MATERIAL. SUFICIÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA.1. Como corolário da autonomia do processo previdenciário e da consequente relativização dos limites subjetivos da coisa julgada em tais processos, adota-se as seguintes premissas quanto à eficácia probatória das sentenças trabalhistas no processo previdenciário:2. Nos casos de acordo homologado na Justiça do Trabalho sem um mínimo substrato de prova acostado à inicial, ou seja, sem evidências da existência do vínculo, tal acordo não dispensará o segurado de apresentar um início material de prova no processo previdenciário. Resumindo: vão vale sequer como início material de prova.3. Nos casos em que, a despeito de haver elementos materiais indiciários do vínculo na inicial, não existe instrução probatória e o processo trabalhista é extinto por acordo, teremos uma presunção relativa quanto ao que ficar definido na autocomposição: vínculo, tempo e natureza do serviço e verbas salariais. Mais do que simples início material de prova, teremos uma presunção relativa que admite prova em contrário.4. Os corolários dessa presunção serão os seguintes: (1) é do INSS, na ação previdenciária, o ônus de comprovar a inexistência de substrato real de fato e a existência de falsidade, fraude ou colusão entre as partes na ação trabalhista; (2) demonstrar que não aceitou o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes e cobradas pela Justiça do Trabalho.5. Nos casos em que a ação trabalhista é contemporânea e a sentença que decide o conflito é precedida de instrução, amplo contraditório e cognição exauriente, teremos uma presunção absoluta, ou seja, juris et juris. Faz coisa julgada positiva para o autor dispensando-o de reproduzir as provas que já foram produzidas na ação trabalhista, e negativa para o INSS, que não poderá discutir os termos da sentença.6. Com efeito, tenho que não é possível empregar demasiado rigorismo na avaliação probatória em casos como os dos autos, mormente tendo em vista que a reclamação trabalhista com início de prova material, consistente em ficha de registro de empregado, no nome da autora, relativo ao seu vínculo laboral controverso, anotação de alteração salarial.7.

Hipótese em que a prova documental restou integralmente corroborada pela prova oral, que foi uníssona no sentido de que a demandante laborou para a empregadora conforme havia sustentado na Ação Trabalhista, ajuizada logo após o término do alegado contrato de trabalho. 8. Aliás, essa noção de contemporaneidade da prova material não apenas se prende ao grau de eficácia probatória de determinada prova, mas, a rigor, define se a prova é ou não material. E é neste sentido que deve ser entendida a Súmula 34 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (“para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar”).9. Assim, na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, a sentença laboral que reconhece o período de trabalho mediante documentação acostada aos autos, está apta a, no mínimo, prestar-se como início de prova material. (TRF4 5007790-44.2018.4.04.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator para Acórdão PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 15/10/2018)

Podemos concluir afirmando que a Justiça do Trabalho, quando reconhece a relação de emprego, reconhece a sonegação das contribuições previdenciárias.

Desta feita, sendo cabível, poderá o Juiz do Trabalho oficial aos órgãos competentes para tomar as medidas necessárias para apuração da sonegação das contribuições previdenciárias – com efeitos de imputação penal – conforme voto nº 7979/2016 do Ministério Público Federal (MPF). Vejamos:

VOTO Nº 7979/2016 - PROCEDIMENTO MPF Nº 1.29.014.000274/2016-41

ORIGEM: PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM LAJEADO/RSPROCURADOR OFICIANTE: CLÁUDIO TERRE DO AMARALRELATOR: JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁNOTÍCIA DE FATO. POSSÍVEL CRIME DE SONEGAÇÃO DECONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CP, ART. 337-A. REVISÃO DE ARQUIVAMENTO

(LC Nº 75/93, ART. 62, IV). CRÉDITO RECONHECIDO EM SENTENÇA TRABALHISTA. MATERIALIDADE DO DELITO EVIDENCIADA. ENUNCIADO Nº 63 DA 2ª CCR. DESIGNAÇÃO DE OUTRO MEMBRO DO MPF PARA PROSSEGUIR NA PERSECUÇÃO PENAL. 1. Notícia de Fato instaurada a partir de expediente do Juízo da Vara do Trabalho de Registro/SP, para apurar possível crime de sonegação previdenciária (CP, art. 337-A) por parte de empresa que figurou como reclamada nos autos de ação trabalhista. 2. O Procurador da República oficiante promoveu o arquivamento do feito, ante a ausência de lançamento definitivo do crédito tributário por parte de autoridade administrativa. 3. Havendo crédito tributário reconhecido judicialmente em sentença trabalhista, desnecessária é a realização de outro lançamento pela autoridade administrativa tributária. 4. Em tais casos, a sentença trabalhista definitiva condenatória ou homologatória do acordo, após sua liquidação pelo contador do juízo, define o valor do tributo e constitui o crédito, e o crime se consuma após o transcurso do prazo legal para recolhimento dos valores devidos. 5. Enunciado nº 63, da 116ª Sessão de Coordenação da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (22/08/2016): A sentença trabalhista transitada em julgado, condenatória ou homologatória de acordo, após sua liquidação, constitui definitivamente o crédito tributário. 6. Designação de outro Membro do Ministério Público Federal para dar prosseguimento à persecução penal

Cabe presumir que a Justiça do Trabalho, ao reconhecer o vínculo empregatício e a ausência de contribuições, reconheceria automaticamente a ocorrência do crime de sonegação de contribuição previdenciária.

Todavia, o que se observa na prática é o reconhecimento do vínculo e a omissão quanto à questão da sonegação das contribuições. Lembremos que a autarquia pertence à União, sendo o sujeito passivo quando do pedido de benefícios previdenciários e sujeito ativo na relação ao débito previdenciário sonegado.

Cumpre salientar que há julgados onde se argui que quando o INSS foi parte na lide trabalhista não estaria obrigado a cumprir a

decisão judicial proferida por um órgão da Justiça do Trabalho, vez que faz parte da União. Enfim, todos pertencem ao Estado (CASTRO, 2020),

Ocorre que o Poder Judiciário – no qual está inserida a Justiça do Trabalho – e o Poder Executivo – no qual está inserido o INSS – pertencem ao mesmo Estado, de modo que não se vislumbra como razoável qualquer entendimento que leve a que o INSS (parcela da Administração Pública do Estado brasileiro) não esteja vinculado à decisão de qualquer órgão do Poder Judiciário (que também faz parte deste mesmo Estado brasileiro).⁵ Conclusão em sentido oposto permitiria ao Estado negar efeito às suas próprias decisões

Interessante destacar que havia uma discussão jurídica sobre o fato gerador da incidência da contribuição previdenciária, se sobre a remuneração ou sobre a verba salarial. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que incide sobre a prestação de serviço efetivo, conforme acórdão abaixo transcrito:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABO-NO-ASSIDUIDADE. FOLGAS NÃO GOZADAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRAZO DE RECOLHIMENTO. MÊS SEGUINTE AO EFETIVAMENTE TRABALHADO. FATO GERADOR. RELAÇÃO LABORAL. 1. Não incide Contribuição Previdenciária sobre abono-assiduidade, folgas não gozadas e prêmio-pecúnia por dispensa incentivada, dada a natureza indenizatória dessas verbas. Precedentes do STJ. 2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que as Contribuições Previdenciárias incidentes sobre remuneração dos empregados, em razão dos serviços prestados, devem ser recolhidas pelas empresas no mês seguinte ao efetivamente trabalhado, e não no mês subsequente ao pagamento. 3. Recursos Especiais não providos”. (STJ, 2ª Turma, REsp 712.185 RS, Relator Herman Benjamin, unânime, julgado em 01.09.09, DJe 08.09.09).

Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, § 4.º, do Decreto nº 3.048/1999, o qual regulamentou a Lei nº 8.212/1991, determinando que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição.

No que se refere à execução das contribuições previdenciárias, a Justiça do Trabalho entende que essa se limitaria apenas à execução das contribuições sobre condenação em pecúnia de direitos trabalhistas, sendo a Justiça Laboral incompetente para cobrar as contribuições no caso de sentença meramente declaratória do vínculo empregatício.

No mesmo sentido, o STF, por meio da Súmula 53, pacificou entendimento similar: “A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados”.

Não constando do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) informações sobre contribuições ou remunerações, ou havendo dúvida sobre a regularidade do vínculo, motivada por divergências ou insuficiências de dados relativos ao empregador, ao segurado, à natureza do vínculo ou à procedência da informação, esse período respectivo somente será confirmado mediante a apresentação pelo segurado da documentação comprobatória solicitada pelo INSS, conforme regulamentado pelo art. 19, § 5º, do Decreto nº 3.048/1999.

O INSS poderá definir critérios para apuração das informações constantes da GFIP² que ainda não tiver sido processada, bem como para aceitação de informações relativas a situações cuja regularidade depende de atendimento de critério estabelecido em lei, em observância ao art. 19, § 6º, do Decreto nº 3.048/1999.

² Guia de recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social.

Para prova do vínculo de emprego, na forma do art. 60 da IN 77/2015, poderá ser considerada toda CTPS – como as anotações gerais, anotações de férias, recolhimento sindical ou inscrição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), se há rasuras.

Se faz necessário esclarecer, havendo reconhecido do vínculo de emprego, mas sem efetiva contribuição previdenciária pelo empregador, seja na reclamação trabalhista, seja no vínculo constante na CTPS, será atribuído a um salário mínimo, caso não comprovada o valor real da remuneração, conforme art. 24 da IN 77/2015:

Art. 24. O pagamento referente às contribuições relativas ao exercício de atividade remunerada, alcançadas pela decadência, será efetuado mediante cálculo de indenização.

3º Quando inexistir salário de contribuição em alguma competência no CNIS, referente ao PBC e o filiado apresentar documento comprobatório, deverá ser promovida a atualização da informação na base de dados do CNIS, antes da efetivação do cálculo, objetivando a regularização do cadastro. Na impossibilidade de comprovação do salário de contribuição de alguma competência, deverá ser considerado o valor do salário mínimo vigente a época.

4º Não existindo efetivamente nenhum salário de contribuição em todo o PBC, deverá ser informado o valor do salário mínimo na competência imediatamente anterior ao requerimento.

Conclui-se ser de fundamental importância a juntada de documentos comprobatórios na reclamação trabalhista ou no processo administrativo previdenciário com comprovação do valor da remuneração através de contracheques, férias, extrato do FGTS, Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), depósitos bancários na conta do empregado e cheques para garantir a averbação no CNIS, mesmo que não haja o recolhimentos previdenciários.

3. O REFLEXO PRÁTICO PELA FALTA DE RECOLHIMENTO PREVIDENCIÁRIO PELO EMPREGADOR

A ausência dos recolhimentos previdenciários na reclamação trabalhista pode ensejar em situação adversa para o segurado. Dificilmente será identificado o prejuízo ou benefício mais vantajoso pela falta de conhecimento técnico para identificá-lo na memória de cálculo contida na carta de concessão.

Em vida, o segurado terá 10 anos para requerer a revisão a administração desde a data da DER (data de entrada do requerimento), conforme art. 568 da IN INSS/PRES nº 77/2015 e art. 103 da Lei nº 8.213/1991. Quando configurado o direito em alguma revisão, a administração pública pagará os últimos 05 (cinco) anos do retroativo.

Ciente do indeferimento administrativo pelo não reconhecimento ao benefício pleiteado perante ao INSS, o segurado contratará um advogado às suas expensas e produzirá diversas provas juntos a órgãos públicos. Alguns exemplos clássicos são: extrato do FGTS, Certidão de Tempo de Contribuição (CTC), Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), RAIS, Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), entre outros.

Não podemos deixar de ressaltar que o PPP e o LTCAT são documentos emitidos pelo empregador, cujo ônus recai sobre o empregado. Tal fato constitui situação de desvantagem ao segurado, vez que não é de grande interesse do empregador em gerar documento que poderia, posteriormente, demonstrar a inobservância de deveres trabalhistas.

Transitada em julgado a sentença, implanta-se o benefício de aposentadoria ou averbação do tempo de contribuição necessário para um novo requerimento administrativo perante ao INSS.

Nota-se: não houve qualquer recolhimento à previdência social por parte do empregador, nem qualquer responsabilização posterior.

Enfim, o empresário ou empregador não teve quaisquer prejuízos ou imputação pelo dano causado ao trabalhador e sua família, sendo o maior favorecido pelas agruras da legislação e da jurisprudência equivocada.

Nos tópicos abaixo, voltemo-nos sobre como deveria se dar o recolhimento das obrigações previdenciárias em nível da RFB.

4. FUNDAMENTO DO RECOLHIMENTO PREVIDENCIÁRIO ORIUNDO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA NA GFIP/SEFIP

Inicialmente devemos compreender o procedimento e orientação quanto ao recolhimento na GFIP dos recolhimentos previdenciários, por parte do empregador, quando as partes oficializam o acordo judicial ou a sentença condenatória, que envolve a contribuição previdenciária.

O empregador deverá preencher pelo reclamante nos códigos de recolhimento 650 (Previdência e/ou FGTS) e 660 (FGTS). Esta ação tem como objetivo identificar o fato gerador que deu origem ao recolhimento/declaração, conforme IN RFB nº 1922, de 04 de fevereiro de 2020.

Mister se faz assinalar que o declarante, no fechamento do movimento do SEFIP³, deverá selecionar o Código de Recolhimento 650. Poderão ser informados os trabalhadores nas seguintes modalidades – todas dispostas no Manual da GFIP/SEFIP para usuários do SEFIP 8.4:

- Característica 02 - Utilizada exclusivamente para recolhimento/declaração do FGTS que passou a ser devido em virtude da transformação, pelo INSS, do benefício previdenciário de Auxílio-Doença para Auxílio-Doença Acidentário, em função da

³ Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social.

constatação de que o afastamento do trabalhador foi decorrente de acidente de trabalho e não por doença.

- Característica 03 - Para recolhimento/declaração referente a verbas pagas em decorrência de Reclamatórias Trabalhistas, nas quais **não** houve reconhecimento de vínculo empregatício.
- Característica 04 - Para recolhimento/declaração referente a verbas pagas em decorrência de Reclamatórias Trabalhistas, nas quais **houve** reconhecimento de vínculo empregatício

Caso, na sentença trabalhista condenatória e no acordo judicial, haja competências distintas ou parcelas com incidências distintas para a Previdência/RFB e para o FGTS, devem ser transmitidas GFIP/SEFIP para a Previdência/RFB no código 650 - Modalidade 1 e, para o FGTS, no código 660 - Modalidade branco.

De acordo com o Manual da GFIP/SEFIP, atualizado em janeiro de 2020, no item 8.2.1, a Previdência Social considera como competência o mês em que foi prestado o serviço pelo qual a remuneração é devida para reclamatória trabalhista sem reconhecimento de vínculo empregatício.

No tocante à quantidade de GFIP/SEFIP a ser entregue nos códigos 650 e 660, esclarecemos que depende da Legislação Previdenciária e da Legislação do FGTS vigentes à época em que a decisão/acordo foi proferida, conforme o item 8.2.1 do GFIP/SEFIP do referido Manual.

Ainda, quando a competência for igual, deverá ser enviado à Previdência/RFB e ao FGTS a GFIP/SEFIP no código 650.

Caso sejam competências distintas ou parcelas com incidências distintas para a Previdência/RFB e para o FGTS, devem ser transmitidas GFIP/SEFIP para a Previdência/RFB com código 650 - Modalidade 1 e, para o FGTS, com código 660 - Modalidade branco, obedecendo ao disposto no item 8.5.4 do Manual (fig. 1):

8.5.4 – Característica 04 – Reclamatória trabalhista com reconhecimento de vínculo empregatício

Deve ser transmitida uma GFIP/SEFIP com código 650 para cada competência do período do vínculo reconhecido, com as seguintes informações:

Bases de Incidência	Cód. Rec	Modalidade	Competência	Nº Processo	Ano	Vara	Período Início e Período Fim
FGTS e Previdência	650	Branco ou 1	Cada mês do período da prestação do serviço	Número do processo	Ano do processo	Vara Trabalhista ou a Junta de Conciliação e Julgamento – JCJ	Igual à competência da GFIP/SEFIP

Figura 1 – Orientações para Reclamatória trabalhista com reconhecimento de vínculo empregatício

Fonte: Manual da GFIP/SEFIP para usuários do SEFIP (BRASIL, 2020).

O procedimento apresentado na fig. 1 deve ser adotado ainda que não haja pagamento ao reclamante; ou seja, ainda que as remunerações já tenham sido pagas ao trabalhador durante o período trabalhado.

Nessa esteira, verificamos a situação jurídica trabalhista de relação de emprego configurada através de sentença ou homologação de acordo judicial, quando o empregador para tanto não caracterizar a relação de emprego.

De outra banda, pontuamos ser uma ocorrência muito comum pertinente à reclamação trabalhista iniciada com pedido de vínculo de emprego, mas se configura através de sentença condenatória ou por acordo judicial, entendendo-se como mera prestação de serviços. Todavia, nestes casos, é devida a contribuição social como contribuinte individual, bem como a produção de todos os seus efeitos.

Configurada a relação de trabalho como prestador de serviços através de sentença judicial ou acordo judicial transitado em julgado com liquidação de sentença homologada, caberá a contribuição como tomador de serviços (fig. 2).

8.5.3 – Característica 03 – Reclamatória trabalhista sem reconhecimento de vínculo empregatício

Deve ser transmitida GFIP/SEFIP, com código 650 e 660, em razão de envolverem competências distintas para o FGTS e Previdência, com as seguintes informações:

Bases de Incidência	Cód. Rec	Modalidade	Competência	Nº Processo	Ano	Vara	Período Início e Período Fim
Previdência	650	1	Cada mês do período de prestação dos serviços	Número do processo	Ano do processo	Vara Trabalhista ou a Junta de Conciliação e Julgamento – JCJ	Igual à competência da GFIP/SEFIP
FGTS	660	Branco ou 1	Mês da sentença ou da homologação do acordo	Número do processo	Ano do processo	Vara Trabalhista ou a Junta de Conciliação e Julgamento – JCJ	Competência inicial e final do período a que se referem as verbas pagas

Figura 2 – Orientações para Reclamatória trabalhista sem reconhecimento de vínculo empregatício

Fonte: *Manual da GFIP/SEFIP para usuários do SEFIP (BRASIL, 2020)*.

O Manual dispõe ainda, quanto à situação da GFIP/SEFIP para Previdência, que deverá ser utilizado o código 650 quando, nos cálculos de liquidação de sentença ou nos termos do acordo, as remunerações não estejam relacionadas, mês a mês, ao período específico da prestação de serviços. Nesse caso, as remunerações devem ser rateadas para o período indicado na sentença ou no acordo – ou, na falta desta indicação, para o período indicado pelo reclamante na petição inicial.

O ponto principal se dá na informação da competência de cada mês do período da prestação de serviços, seja este o consignado nos cálculos, o indicado na sentença ou acordo ou ainda o indicado pelo reclamante na inicial, conforme estabelecido pela IN.

Ainda, no mesmo Manual, conforme item 8.7, quando não fizer parte do acordo homologado a indicação do período em que foram prestados os serviços aos quais se refere o valor pactuado, a GFIP/SEFIP deve ser informada com a competência referente à data da homologação do acordo, ou à data do pagamento, se este anteceder àquela, especificando o período da prestação dos serviços em “Período Início” e “Período Fim”.

Observamos ainda, em relação à reclamatória trabalhista cuja decisão judicial ou acordo homologado foi proferida até julho de 2005, reconhecido como prestação de serviço à empresa, que devem ser informados em GFIP/SEFIP com o código de recolhimento 650 (Característica 03/Modalidade 1) na competência do mês do pagamento ao reclamante, especificando em “Período Início” e “Período Fim” o mês inicial e o mês final da prestação dos serviços, conforme o item 8.10 do referido Manual da RFB.

Há também um novo modelo da GFIP/SEFIP exclusivamente para a Previdência Social a partir da versão 8.0 do SEFIP, o qual detalha como inserir os dados na GFIP/SEFIP de forma única no novo programa, conforme item 10.1 do referido Manual.

Destaca-se a orientação quanto à elaboração em uma única chave para GFIP/SEFIP: nesses casos, deve haver a transmissão ou solicitação de retificação e exclusão.

Através da nova versão GFIP/SEFIP, para uma mesma chave, ocorre a substituição da anterior (sendo diferentes os números de controle). A chave é composta pelas seguintes informações, conforme o código de recolhimento na fig. 3 abaixo:

Códigos de Recolhimento			
	115, 150, 155, 211	130, 135, 608	650
Chave	CNPJ/CEI do empregador	CNPJ/CEI do empregador	CNPJ/CEI do empregador
	Competência	Competência	Competência
	FPAS	FPAS	FPAS
	Código de Recolhimento	Código de Recolhimento	Código de Recolhimento
		CNPJ/CEI do Tomador	Número do processo/Vara/Período

Figura 3 – Códigos de Recolhimento

Fonte: Manual da GFIP/SEFIP para usuários do SEFIP (BRASIL, 2020).

Para o código 650, o número do processo, a vara e o período também compõem a chave, além do CNPJ/CEI do empregador/contribuinte, da competência e do FPAS. A sigla FPAS refere-se ao Fundo da Previdência e Assistência Social, e se trata de um código que identifica a atividade econômica que a empresa ou o trabalhador individual exerce (fig. 3).

Para ser considerada GFIP/SEFIP retificadora terá que ter os mesmos dados, como vara, (além dos demais dados da chave) de uma GFIP/SEFIP anteriormente entregue, considerando diferentes os números de controle. A Chave de uma GFIP/SEFIP são os dados básicos que a identificam e é utilizada na definição de duplicidade de transmissão ou solicitação de retificação e exclusão.

Havendo entrega de mais de uma GFIP/SEFIP, com chaves diferentes, pontua-se que todas serão consideradas válidas, não havendo substituição. Caso as GFIP/SEFIP de mesma chave tenham o mesmo número de controle, aquela entregue posteriormente é considerada como duplicidade.

Não podemos deixar de tecer algumas considerações sobre a nova Lei nº 13.876/2019, que alterou o art. 832 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), publicada em 25 de setembro de 2019.

Na referida Lei, o Juiz do Trabalho deverá discriminar nas verbas rescisórias, os valores que correspondem a verbas remuneratórias (13º salário, férias, horas extras) – sobre as quais há incidência de Imposto de Renda e de contribuições sociais, como a contribuição previdenciária – e os valores que dizem respeito a verbas indenizatórias, isentas de tributos.

Percebe-se que essa nova diretriz legal facilitará o preenchimento da GFIP, possibilitando maior arrecadação à RFB e inserção de valores no CNIS ou extrato previdenciário – produzindo, consequentemente, uma melhor RMI no benefício.

Passemos então para as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional (EC) nº 103/19, que modificou as alíquotas de incidências previdenciárias tanto para os servidores públicos, quanto para os segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Quanto aos últimos, o art. 28 da EC nº 103/2019 determina a adoção de alíquotas progressivas para o segurado empregado, inclusive o doméstico, e pelo trabalhador avulso, conforme exposto na fig. 4.

Alíquotas para trabalhadores do setor privado	
Salário Contribuição	Alíquota
Até um salário mínimo (R\$1.045,00)	7,5%
De R\$ 1.045,01 a R\$ 2.089,60	9%
De R\$ 2.089,61 a R\$ 3.134,40	12%
De R\$ 3.134,41 a R\$ 6.101,06*	14%
* Teto do INSS	
Fonte: Secretaria de Previdência, Ministério da Economia	

Figura 4 – Alíquotas para trabalhadores do setor privado
 Fonte: Emenda Constitucional n° 103/2019.

O art. 11 da EC n° 103/2019 trata da alíquota de contribuição, que será de 14% no RGPS, aplicando-se aos ativos e aos inativos. Desse modo, teremos as seguintes alíquotas (fig. 5):

Alíquotas para servidores no Regime Próprio	
Salário Contribuição	Alíquota
Até um salário mínimo (R\$1.045,00)	7,5%
De R\$ 1.045,01 a R\$ 2.089,60	9%
De R\$ 2.089,61 a R\$ 3.134,40	12%
De R\$ 3.134,41 a R\$ 6.101,06	14%
De R\$ 6.101,07 a R\$ 10.448,00	14,5%
De R\$10.448,01 a R\$ 20.896,00	16,5%
De R\$ 20.896,01 a R\$ 40.747,20	19%
Acima de R\$ 40.747,20	22%
Fonte: Secretaria de Previdência, Ministério da Economia	

Figura 5 – Alíquotas para servidores no Regime Próprio
 Fonte: Emenda Constitucional n° 103/2019.

Na Justiça do Trabalho os recolhimentos das contribuições previdenciárias normalmente são realizados por Guia da Previdência Social

(GPS), no código 2909, em uma única competência. Assim, todo o valor contribuído conta apenas como um mês de contribuição, quando na realidade deveria constar ao longo dos meses de duração do vínculo.

Assim, o reclamante deve requerer na petição inicial, caso haja acordo judicial, na apresentação nos autos das informações pertinentes às contribuições previdenciárias por meio da GFIP, que seja realizada a retificação mês a mês das competências no código 650 da GFIP/SEFIP, quando os recolhimentos sejam relativos às diferenças salariais de títulos devidos.

Destacamos a responsabilidade no ato de propor na ação trabalhista os pedidos referentes a recolhimentos das contribuições previdenciárias – o que repercutirá diretamente na RMI do segurado.

Neste diapasão, deve-se instruir o processo trabalhista de fartas provas documentais daquele vínculo reclamando, pois este irá fundamentar a contagem de tempo de contribuição na composição do valor da aposentaria.

Com isso, buscamos demonstrar que, caso houver o pedido na *exordial* trabalhista dos recolhimentos previdenciários, o juiz irá pronunciar no comando sentencial.

Havendo acordo judicial ou decisão no sentido de que o empregador recolha as contribuições previdenciárias, este ficará obrigado à comprovação das retificações nos autos, bem como da inclusão dos recolhimentos GFIP e Informações à Previdência Social e da Guia de Recolhimento da Previdência Social (GRPS).

Muito embora exista reconhecimento do vínculo de emprego através de sentença com anotação de CTPS, se não houver efetivamente o recolhimento previdenciário, certamente este contará como tempo de contribuição, mas será atribuído o valor de um salário mínimo para efeito de cálculo da RMI.

Não podemos deixar de pontuar que a reforma da Previdência Social não abordou a problemática dos recolhimentos previdenciários na reclamação trabalhista de forma eficiente a garantir seus recolhimentos.

Assim, concluímos que a eficiência no recolhimento previdenciário aumentaria consideravelmente a arrecadação da Seguridade Social, assim como possibilitaria uma prestação previdenciária mais célere e adequada aos segurados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Manual da GFIP/SEFIP para usuários do SEFIP 8.4**: orientação para prestação das informações. Brasília: Ministério da Economia, jan. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS REFLEXOS NO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Nathália Paola Azevedo de Sabóia¹

Thereza Gibson C. Santana²

1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é analisar o Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC) para os menores com deficiência, tendo como base o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Para tanto, aborda-se, no primeiro capítulo, um breve histórico da assistência social no Brasil, que teve seu marco inicial na filantropia e nas obras sociais, posteriormente passando a atrair as reivindicações e os olhares mais atentos da própria sociedade durante a era Vargas.

No ano de 1947 foi criada a Legião Brasileira de Assistência (FLBA), que tinha como objetivo atender as famílias dos militares enviados para a Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, a ascensão da ditadura militar no país fez com que diversos segmentos da sociedade se unissem com o objetivo de reivindicar direitos sociais e assistenciais.

Porém, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), popularmente conhecida como “constituição cidadã”, que a assistên-

¹ Advogada, LLM em Direito previdenciário pela Universidade Católica de Pernambuco.

² Advogada. Mestranda em Direito pela UERJ. Especialista em direito e processo previdenciário pela UNICAP. Pós-graduada em Direitos humanos e constitucional pela Universidade de Coimbra. Curso de extensão em “Social and security law” pela Universidade de Harvard.

cia social passou a fazer parte da Carta Magna brasileira, estando em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, buscando atender as contingências sociais e promover a universalização dos direitos dos cidadãos.

Após isso, no segundo capítulo, analisa-se o BPC em linhas gerais, trazendo um breve resumo histórico e elucidando os seus requisitos, sua efetiva implementação e os principais pontos da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).

Como é sabido, o benefício de prestação continuada garante um salário mínimo mensal a pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Desta forma, conclui-se que temos dois requisitos básicos a serem analisados para percepção da benesse: o etário ou a deficiência; e a impossibilidade de prover as próprias necessidades.

Já o terceiro capítulo é dedicado a demonstrar a importância do princípio da proteção integral da criança e do adolescente e seus reflexos no benefício assistencial, uma vez que, ainda que não conte com texto legal específico, as crianças e adolescentes com deficiência fazem jus ao recebimento do valor oriundo do BPC/LOAS.

Nesse sentido, objetiva-se com o presente estudo apresentar uma resposta efetiva ao requisito da deficiência para acesso ao BPC aos menores de idade, num esforço que envolve uma pesquisa através de documentação indireta – ou seja, pesquisa documental e pesquisa bibliográfica –, baseando-se ainda na metodologia exegética.

O estudo se justifica pelo cunho social do BPC, o qual, apesar de ser um benefício assistencial, não possui uma padronização dos requisitos para sua concessão, principalmente quando pleiteado para um menor, prejudicando assim o cumprimento das exigências legais para percepção da benesse.

Por fim, para a concretização da pesquisa em tela, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo associado aos instrumentos de pesquisa bibliográfica, partindo-se da análise da CF/88, da LOAS (Lei nº

8.742/1993), do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. A ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), cerca de 15% da população mundial é formada por pessoas com deficiência, o equivalente a cerca de 1 bilhão de pessoas. Apesar do número expressivo, historicamente as pessoas que apresentavam algum tipo de limitação de cunho físico e/ou mental foram submetidas a um paradigma de marginalização, uma vez que se preferiu a segregação e a caridade ao invés de garantir direitos e proteções específicas.

A nível global, uma das sequelas da Segunda Guerra Mundial foi o grande número de pessoas mutiladas, cuja inclusão era um imperativo social. Tal necessidade acabou por aumentar a pressão dos movimentos de direitos humanos para a alteração do paradigma da marginalização para o da (re)inserção social e para a afirmação dos direitos desses indivíduos.

Mudanças mais vigorosas mostraram-se no horizonte a partir da criação dos organismos e instrumentos internacionais ligados aos direitos humanos, como a ONU em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

Porém, foi apenas depois de quase trinta anos da criação da ONU que a sua assembleia proclamou o primeiro documento especialmente voltado para as pessoas com deficiência, qual seja, a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

No Brasil, a Constituição Federal promulgada em 1988 proporcionou diversas garantias aos benefícios assistenciais. Este diploma legal define e implementa a Seguridade Social, na qual a Assistência Social, a Previdência Social e a Saúde constituem a tríade que sustenta a política social no país. Ocorre que, apesar das inovações trazidas, este não foi o primeiro texto legal a tratar da temática,

havendo com o passar dos anos uma sucinta evolução histórica dos benefícios assistenciais.

No Brasil, a assistência social teve como marco inicial as atividades desenvolvidas pelas obras de caridade, de filantropia e nos grupos religiosos; esses grupos desempenhavam ações junto aos grupos menos favorecidos da sociedade, aqueles que, para o Estado, não se enquadravam no conceito de “cidadão”. Portanto, a assistência confundia-se com a benesse – ou seja, ajuda aos pobres e necessitados–, configurando-se mais como uma prática do que como uma política assistencial estatal.

A década de 1930 foi marcada pelo desenvolvimento industrial incentivado pelo governo do então presidente Getúlio Vargas. O capitalismo industrial teve como consequência uma maior exploração da mão de obra, bem como o aumento do fluxo migratório para as grandes cidades, o que acabou por agravar os níveis de desigualdade social, principalmente as situações de extrema pobreza. É nesse contexto que nasce a necessidade de se construir um sistema de proteção social voltado para a redução dos danos sofridos pelas parcelas mais carentes da população.

No ano de 1947 foi criada a Legião Brasileira de Assistência (FLBA) com o objetivo de atender as famílias dos militares enviados para a Segunda Guerra Mundial. Inicialmente, tal entidade caracterizou-se por um atendimento materno-infantil; posteriormente, esta instituição foi crescendo e sua linha programática acompanhou as demandas do desenvolvimento econômico e social do país, bem como da população em estado de vulnerabilidade social.

Em meados dos anos 1980, a população passa a demonstrar seu descontentamento com o Estado e a expressar sua insatisfação por meio dos movimentos sociais que se fortalecem com a oposição à ditadura militar.

Os movimentos sociais contribuíram para a implementação e execução dos novos arranjos das políticas sociais brasileiras, fazendo sua inserção tanto na gestão quanto no controle social. Uma

pluralidade de grupos, como sindicatos, intelectuais, igreja, partidos políticos, entre outros, passou a discutir e construir uma proposta de lei de assistência social em favor das pessoas em situação de miserabilidade e exclusão. Esse engajamento deixou sua marca na CF/88, marco legal para a compreensão e execução das políticas de assistência social em nosso país.

Foi a CF/88 que passou a reconhecer e garantir os direitos sociais e a prezar pela dignidade da pessoa humana. O indivíduo passou a ser tratado e reconhecido como cidadão possuidor de direitos, dentre os quais estava assegurado a assistência social.

Além de determinar como um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, a Constituição traz ainda, em seu art. 203, que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social.

Foi também com a CF/88 que o princípio da proteção integral da criança e do adolescente passou a fazer parte do nosso ordenamento jurídico, mais precisamente em seu art. 227:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente voltou a tratar do princípio da proteção, partindo do pressuposto de que as crianças e adolescentes não são detentoras de capacidade de exercício, por si só, de seus direitos, necessitando desta maneira da ajuda de terceiros que possam resguardar seus bens jurídicos fundamentais até que se tornem plenamente capazes. Sobre este princípio, ensina Cury (2010, p. 22) que:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.

Nesse sentido, podemos observar que a possibilidade de percepção do BPC ao menor com deficiência está intimamente ligada ao princípio da proteção integral da criança e do adolescente, uma vez que visa garantir não apenas condições básicas de sobrevivência, mas também a inserção social daquele menor.

Em 27 de junho de 1990, temos a criação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) durante a gestão do então presidente Fernando Collor de Melo, por meio do Decreto nº 99.350, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), como autarquia vinculada ao Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) – atual Ministério da Previdência Social (MPS). O INSS caracterizou-se como uma organização pública prestadora de serviços previdenciários, sendo responsável pela gestão do regime geral da previdência social no Brasil.

Porém, apenas com a promulgação da Lei nº 8.742 (LOAS) em 1993 que a temática do benefício assistencial passou a ser regulamentada. Em seu art. 1º, a referida Lei dispõe sobre a organização da assistência social no Brasil:

Art. 1º A Assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento as necessidades básicas.

Percebe-se que as políticas assistenciais possuem como destinatários grupos de maior vulnerabilidade social, promovendo a inclusão ou a reinserção social daqueles que vivem à margem da sociedade e o enfrentamento da pobreza, garantindo desta forma condições mínimas de sobrevivência, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana.

Após a elucidação do breve resumo histórico da assistência social no Brasil, passaremos a analisar especificadamente o BPC.

3. O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE COM DEFICIÊNCIA

O BPC é a prestação paga pela previdência social que visa garantir um salário mínimo mensal para pessoas que não possuam meios de prover a própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família. Subdivide-se em Benefício Assistencial ao Idoso, concedido para idosos com idade acima de 65 anos; e no Benefício Assistencial à Pessoa com Deficiência, destinado às pessoas com deficiência impossibilitadas de participar e se inserir em paridade de condições com o restante da sociedade, estando incluídos, desta forma, a criança e o adolescente com deficiência.

O BPC é a garantia constitucional do cidadão, presente no art. 203, inciso V da CF/88, sendo regulamentado pela Lei nº 8.742 de 1993. A LOAS define ainda que a assistência social não é apenas um direito do cidadão, mas um dever do Estado.

Ainda, é uma política de seguridade social não contributiva, que busca prover a garantia dos direitos mínimos sociais através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, de modo a garantir o atendimento às necessidades básicas daqueles que se encontram em maior estado de vulnerabilidade social.

Os requisitos legais para a concessão do BPC no valor de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso carente

estão presentes nos arts. 20 e 21 da LOAS, devendo estes serem demonstrados de forma cumulativa.

Nesse sentido, para a concessão do benefício ao idoso, deverá ser demonstrado que: possui 65 anos ou mais; encontra-se em condição de miserabilidade do grupo familiar e a situação de vulnerabilidade social; e não possui outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, inclusive seguro-desemprego, salvo os de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória.

No caso das pessoas com deficiência, deverá ser demonstrada: a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, obstruam sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas; a condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade; e não possuir outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, inclusive seguro-desemprego, salvo os de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória.

O conceito de pessoa com deficiência passou a contemplar os fatores ambientais, sociais e econômicos para a sua configuração a partir da recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro da Convenção Interamericana para a Eliminação de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, através do Decreto nº 3.956/2001:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:

1. Deficiência

O termo “deficiência” significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Posteriormente, a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 30 de março de 2007, as pessoas com deficiência passaram a ser “aquelas que têm impedi-

mentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Analisando tal contexto, surge a reflexão de que a deficiência em si seria um atributo pessoal, capaz ou não de causar restrições ao exercício pleno de direitos, de acordo com as limitações impostas pelas barreiras sociais e culturais aos indivíduos, possibilitando afirmar que a deficiência “é combinação de limitações pessoais com impedimentos culturais, econômicos e sociais” (FONSECA, 2008, p. 56).

Assim, tem-se que o indivíduo com deficiência apto a perceber o BPC, segundo a atual visão biopsicossocial de deficiência, é todo aquele que possua impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, sensorial ou intelectual que, em interação com diversas barreiras, dificultam a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, de maneira que tais limitações impeçam que ela possa prover o seu sustento, ou tê-lo provido por sua família.

Neste ponto, destaca-se que, para a concessão do benefício, será analisado o desenvolvimento da criança e do adolescente como um todo e se este é compatível com a sua idade, de forma que é necessário estabelecer o grau e a natureza da deficiência, bem como se existe possibilidade de recuperação.

Para isso, além de uma avaliação médica realizada por perito do INSS, é de suma importância apresentar laudos de profissionais que acompanhem à longo prazo o pretense beneficiário, demonstrando não só a doença e suas características, mas também os fatores que impedem a sua inserção social em igualdade com os demais.

Assim, no caso de indivíduos em idade escolar, a participação da escola no processo é fundamental, fornecendo pareceres pedagógicos e psicológicos que evidenciem as limitações apresentadas, sejam de ordem comportamental ou cognitiva, para fins de constatação da deficiência de forma ampla.

Outrossim, salienta-se que crianças e adolescentes são presumidamente incapazes para o trabalho, por existência de vedação legal no art. 7º, inciso XXXIII da Constituição. É preciso lembrar, porém, que a criança com deficiência necessita de cuidados intensivos para um desenvolvimento sadio, já que muitas vezes precisam ser submetidas às terapias específicas para o seu desenvolvimento.

Esses cuidados, ainda que muito importantes para o desenvolvimento da criança, tendem a ser dispensados uma vez que é muito comum um dos genitores precisar se afastar do mercado do trabalho para auxiliar e amparar a criança portadora de necessidades especiais. Consequentemente, a abdicação do trabalho remunerado resulta no agravamento das dificuldades financeiras da família carente, prejudicando a qualidade de vida da criança.

Assim, a criança não pode trabalhar e o ente do grupo familiar deixa de fazê-lo para assegurar que esta não fique desamparada, ou seja, de uma forma ou de outra a deficiência impede o exercício de trabalho remunerado, gerando uma insuficiência de renda que acarreta consequências como o abandono do tratamento ou até a mesmo a falta de medicamentos e alimentos. Ainda no tocante a percepção do benefício pelo menor, ensina André Bittencourt (2019, p. 34):

Logo, quando da verificação da renda familiar, deve ser investigado se ela é suficiente para fazer com que o menor com deficiência possa se deslocar nos dias e horários necessários para ter pelo menos a preservação de sua saúde garantida, bem como reste todo grupo familiar atendido no que diz respeito ao vestuário, alimentação, moradia, pois, a dignidade tem como limite mínimo a manutenção do que já existe e a implementação de situações outras que se fazem necessárias.

No nosso sistema legal não existe o auxílio-doença parental – isto é, um benefício voltado para os genitores que se veem obrigados a deixar de trabalhar para cuidar dos filhos deficientes. Desse modo, o benefício de amparo social é concedido ao menor, o qual acaba

cumprindo o papel de auxiliar financeiramente sua família, que se encontra impedida de trabalhar para dedicar-se exclusivamente aos cuidados do portador de deficiência.

Uma vez que LOAS declara que a proteção social visa a garantia da vida, a redução de danos, o amparo da criança e do adolescente carente, bem como a habilitação e integração da pessoa com deficiência, podemos concluir que o valor percebido a título de benefício assistencial ao menor deve ter o condão de garantir todas essas necessidades básicas.

Logo, no tocante ao critério da verificação da renda familiar *per capita*, deve-se observar se esse valor poderia proporcionar um melhor tratamento àquela criança, contribuindo para a melhora de seu quadro clínico, como o desenvolvimento motor e de comunicação, o que, conseqüentemente, poderia acarretar em uma integração futura daquele beneficiário, podendo posteriormente chegar a inserir-se no mercado de trabalho e vindo futuramente, caso preenchidos os requisitos, a receber o benefício de aposentadoria para pessoa com deficiência.

4. DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Princípio da Proteção Integral da criança e do adolescente tem suas raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança, efetivada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959, cujo Princípio II dispõe, *in verbis*:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (DALLARI; KORCZAK, 1986, p. 12)

A Constituição incorporou tal princípio em seu art. 227, § 3º, quando dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais do homem, elencando os aspectos que deverão ser atendidos pela proteção especial.

Posteriormente, em 1990, com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Princípio da Proteção Integral foi amplamente difundido, trazendo o caráter peculiar de condição da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento. Portanto, como bem esclarece o Princípio II da Declaração Universal dos Direitos da Criança, a proteção especial deve assegurar à criança o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de um modo saudável. A finalidade é o alcance de uma qualidade de vida satisfatória para a criança, mormente quando se trata de criança portadora de necessidades especiais.

Importante salientar que o Princípio da Proteção Integral destaca a obrigatoriedade de existência de políticas públicas voltadas para a área infanto-juvenil, considerando, justamente, as características próprias ante o processo de desenvolvimento em que se encontram as crianças e os adolescentes.

Sendo assim, este princípio garante que a criança seja situada como prioridade imediata e absoluta, devendo sua proteção sobrepor-se a quaisquer outras medidas, objetivando o resguardo de seus direitos fundamentais.

Considerando, ainda, que a fase de desenvolvimento da criança reflete diretamente da formação da personalidade e na *psique* que acompanhará toda a existência da pessoa, tem-se que tal princípio busca garantir a passagem para a vida adulta com um mínimo de qualidade de vida, eliminando-se riscos desnecessários para o corpo físico e para a esfera psicológica dessa criança.

Ressalta-se, ainda, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente estar intimamente ligado ao direito de percepção do BPC, uma vez que a responsabilidade do Estado é muito maior

quando a família não possui meios suficientes de prover o desenvolvimento adequado da criança, especialmente daquelas que possuem alguma deficiência.

Outro aspecto importante a ser lembrado quanto ao referido princípio é o fato de ter representado algo novo em nossa legislação pátria. É de se notar que a legislação anterior à CF/88 e ao Estatuto da Criança e do Adolescente tratava-se apenas de uma política assistencialista que se preocupava tão somente com a situação do “menor” abandonado e infrator.

A revolução legislativa deu-se no sentido de que o Princípio da Proteção Integral trouxe a criança como sujeito de direitos constitucionalmente previstos, com todas as prerrogativas de uma pessoa (sujeito) em condições peculiares de desenvolvimento, preocupando-se com a garantia e segurança de todos os direitos fundamentais, não havendo desta forma qualquer óbice ao recebimento do valor oriundo do BPC/LOAS para garantir as necessidades básicas daquela criança ou adolescente.

Pode-se concluir, portanto, que este princípio aborda a necessidade de garantir à criança os direitos fundamentais que lhe são inerentes como pessoa em condição especial de desenvolvimento, buscando remover todos os obstáculos que eventualmente surjam neste processo através da adoção de medidas para a defesa de seus interesses.

5 CONCLUSÃO

Evidenciou-se, no decorrer do estudo, que a assistência social no Brasil passou por diversas fases, tendo sido consolidada através da CF/88, a qual deu importância a princípios basilares como o da dignidade da pessoa humana e passou a tratar o indivíduo como portador de direitos e deveres, entre eles o da assistência social.

Posteriormente, em 1993, um grande avanço em matéria assistencial ocorreu com a promulgação da LOAS, a qual garantiu o

pagamento de um salário mínimo para o idoso com mais de 65 anos ou a pessoa portadora de deficiência que comprovasse viver em situação de vulnerabilidade social e não pudesse prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.

Nesse sentido, considerando que o benefício de amparo social tem caráter assistencial e não contributivo, pode ter acesso a ele qualquer pessoa que comprove o preenchimento dos requisitos necessários para a sua obtenção, independentemente da sua idade.

No que concerne às crianças e aos adolescentes, destaca-se a necessidade de demonstração não só da deficiência em si, mas também de todos os aspectos que demonstrem os seus impedimentos em concorrer em igualdade com os demais nos diversos âmbitos da sociedade.

Logo, percebe-se que a possibilidade de concessão do benefício assistencial às crianças e aos adolescentes com deficiência é uma das formas da aplicação do princípio da proteção integral, o qual visa garantir os direitos fundamentais que lhe são inerentes como pessoa em condição especial de desenvolvimento.

Assim, caso a família não possa ou não consiga propiciar uma qualidade de vida satisfatória para a criança ou o adolescente portador de deficiência, seja por falta de recursos para manter um tratamento adequado ou até para garantir as suas necessidades básicas como alimentação, vestuário, moradia, entre outros, o benefício assistencial é medida de política pública efetiva para garantir a sua proteção

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência**. Curitiba: Alteridade, 2019.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. **O direito da criança ao respeito**. 3. ed. São Paulo: Summus Editorial, 1986.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **A ONU e seu Conceito Revolucionário de Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Revista LTR: Legislação do Trabalho, 2008.

SERAU JUNIOR, Marcos Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. **Benefício assistencial: Lei n. 8.742/93: temas polêmicos** - São Paulo: LTr, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Fundamentos de Direito Seguridade Social**. 8ª Ed. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2007.

SANCHEZ, Adilson. **Advocacia Previdenciária**. 4º Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

SOARES, J. M. **Aposentadoria da pessoa com deficiência**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2016

A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO DANO EXISTENCIAL AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO QUANDO OCORRER ERRO NO INDEFERIMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE

Helena Larangeira¹

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar que o erro cometido pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) no indeferimento dos benefícios previdenciários por incapacidade fere direitos fundamentais e causa sérios prejuízos ao projeto de vida do segurado, de modo que se deve aplicar o dano existencial nesses casos para evitar reincidência.

Para tanto, no primeiro capítulo de desenvolvimento inicia-se expondo a questão dos benefícios por incapacidade e a proteção da dignidade da pessoa humana, demonstrando o estado de vulnerabilidade em que os segurados se encontram quando buscam tais benefícios. Neste momento, é demonstrada a importância de haver responsabilização do INSS quando erroneamente indefere benefício por incapacidade. Ademais, analisa-se a função social do INSS, frisando sua importância como provedor daqueles que não podem prover sua própria subsistência em razão da ocorrência de contingência e/ou infortúnio causador de incapacidade. Por fim, passa-se à análise do caráter alimentar dos benefícios previdenciários por incapacidade e o dano causado aos segurados quando ocorre erroneamente seu indeferimento.

¹ Helena Schymiczek Larangeira de Almeida. Bacharel em Direito, Universidade Federal de Pelotas. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário, IMED. Pós-graduada em Benefícios e Prática Previdenciária, Verbo Jurídico.

No segundo capítulo desenvolve-se o tema da responsabilidade civil imaterial. O tópico inicia através de questões introdutórias, conceitos e fundamentos da responsabilidade civil. Depois, passa-se a adentrar no tema do dano imaterial, discorrendo sobre a existência de outros danos imateriais além do conhecido dano moral. Por fim, é dissertado sobre a responsabilidade civil do Estado na reparação por dano imaterial.

No terceiro e último capítulo temos a análise da possibilidade de aplicação do instituto do dano existencial na área previdenciária. Primeiramente, discorre-se sobre questões introdutórias e conceito de dano existencial. Depois, é exposta a aplicação do instituto do dano existencial ao direito do trabalho brasileiro. Por fim, demonstra-se que a imposição ao INSS da obrigação de reparar o dano existencial causado ao segurado é medida de segurança jurídica e forma de efetivação e proteção de direitos fundamentais.

2. PREVIDÊNCIA SOCIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL

2.1 Benefícios por incapacidade e a proteção da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88) elencou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil no inciso III do art. 1º.

Dessa forma, o constituinte garantiu que todos os demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais sejam “interpretados de forma a garantir e efetivar (pois é um fim a ser alcançado) a dignidade no caso concreto preservando, assim, autonomia do sujeito” (BITTENCOURT, 2018, p. 22-23).

Além do caráter de princípio orientador interpretativo, a dignidade da pessoa humana é direito fundamental e, como tal, se materializa através da autonomia, realização e determinação da pessoa

(BITTENCOURT,2018. p. 24-25). Assim, ela é, simultaneamente, direito fundamental e princípio norteador.

É justamente na materialização da dignidade da pessoa humana que entram os benefícios por incapacidade –destinados a assegurar a cobertura de eventos causadores de doenças, lesões ou invalidez.

A CF/88 prevê várias formas de proteção social, ao conceber a Ordem Social em seu Título VIII; dentre elas encontra-se a Seguridade Social, a qual engloba a Previdência Social.

A Previdência Social é a proteção social de caráter contributivo/retributivo, que consiste no sistema em que, enquanto estiver apto a exercer atividade que lhe gere sustento, o trabalhador contribuirá para a Previdência Social e se/quando ocorrer umas das contingências – seja incapacidade por doença, idade avançada, morte – a previdência retribuirá em forma de benefício ao segurado ou seus dependentes, assegurando sua subsistência (SILVA, 2010,p. 835). Assim, a finalidade da Previdência Social é prover os meios de subsistência dos segurados e dependentes diante dos infortúnios.

Tais contingências impedem que o cidadão trabalhador alcance por si mesmo o seu meio de sobrevivência e de sua família, isto é, impedem a autorrealização e a autodeterminação (BITTENCOURT,2018, p. 26). É, em razão disso, que existe a Previdência Social.

Os autores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazari vão além ao afirmar em sua obra que a “principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa” (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 21).

Os direitos previdenciários são qualificados como direitos sociais, que, por sua vez, são classificados como direitos fundamentais dos seres humanos. Conforme exposto por Campos (2013, p. 34), “Observando o verdadeiro significado da palavra fundamental percebe-se que traduz o significado de essencial, isto é, tudo aquilo que se considera primordial, sem o qual a própria existência estaria comprometida”.

Especificamente no caso dos benefícios por incapacidade, importa destacar que, além do objetivo mais óbvio da relação jurídica de seguro social, que é a prestação correspondente ao fato ocorrido com o segurado, isto é, o pagamento do benefício correspondente à contingência que o acomete – obrigação de dar – ou então a prestação de serviços de reabilitação profissional – obrigação de fazer – (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 145), a concessão correta do benefício implica na preservação da saúde física e psicológica e, portanto, na dignidade do trabalhador.

2.2 Função Social do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS)

A finalidade primordial da Previdência Social, conforme exposto no tópico anterior, é a proteção da dignidade da pessoa, provendo os meios de subsistência dos segurados e seus dependentes diante dos infortúnios. A Lei nº 8.213/1991 dispõe sobre o plano de benefícios da previdência social e define, em seu art. 1º:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

O INSS, como representante da Previdência Social, tem, neste momento, o dever de prestar-lhe socorro e garantir a concessão do benefício ao segurado como solução para a contingência que lhe deu causa, não devendo, como bem expõe Campos (2013), constituir um problema a mais para ser resolvido como quando, por exemplo, há indeferimento errôneo de um benefício.

A função social do INSS está consignada no art. 88, *caput* e § 2º, da Lei nº 8.213/1991, o qual estabelece que o serviço social tem o dever de esclarecer aos beneficiários os

seus direitos sociais e os meios de exercê-los e estabelecer conjuntamente com eles o processo de solução dos problemas que emergirem da sua relação com a Previdência Social, tanto no âmbito interno da instituição como na dinâmica da sociedade.

Além disso, o Enunciado 05 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) dispõe: “A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”.

Acrescente-se a isso a condição de hipossuficiência da maior parte dos potenciais beneficiários da Previdência, tanto de ordem econômica quanto de conhecimento acerca de seus direitos de índole previdenciária, o que gera a necessidade de que o tratamento conferido a estes direitos assumam contornos especiais. (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 149)

Assim, o INSS e seus servidores têm a obrigação de oferecer a melhor assistência possível ao segurado da previdência, quando da ocorrência de uma ou mais contingências abrangidas pela Previdência Social; ademais, nunca oferecer empecilho para a percepção do benefício a qual faz jus, quando devidamente preenchidas as condições.

2.3 Caráter alimentar dos benefícios por incapacidade e o dano aos direitos fundamentais quando do seu indeferimento errôneo

Para concretização da segurança jurídica e social é essencial que a Previdência Social preste corretamente os benefícios, uma vez que o direito a esta prestação é fundamental de natureza eminentemente alimentar, “gerador, no mais das vezes, da subsistência básica do ser humano, cuja demora ou indeferimento descabido podem causar danos irreparáveis à existência digna de quem dependa das prestações do seguro social”(CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 149).

Partindo-se da concepção de que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, devem se expressar em prestações positivas do Estado (SILVA, 2010, p. 286-287), da mesma forma devem se efetivar as prestações da Previdência Social. Como disserta Campos (2013, p. 90), “na condição de fundamentais, os direitos previdenciários exigem aplicabilidade imediata e principalmente efetivação, de modo a torná-los concretos a fim de dignificar a pessoa humana”.

A relação de seguro social, entre Previdência Social e seguro, é direito indisponível para a este, enquanto para o INSS, ente responsável pela obrigação de conceder os benefícios e serviços, “a natureza é de um múnus público, como o é toda atividade prestada pela Administração Pública na consecução das finalidades da atividade estatal” (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 149).

Isto é, uma vez preenchidas as condições que comprovem o direito do segurado a perceber o benefício por incapacidade, é obrigação da Previdência Social concedê-lo. É o caráter contributivo/retributivo da relação de seguro social: o segurado contribui para que, eventualmente, precisando do escopo da Previdência Social, esta o retribua. Castro e Lazzari (2016, p. 523) discorrem: “O indeferimento, pela Autarquia Previdenciária, de requerimento de benefício, quando o postulante preencher todos os requisitos legais para tanto, é ato ilícito, podendo ser questionado em Juízo, por se tratar de lesão a direito”.

Destarte, efetivar os direitos fundamentais é um dos maiores desafios do Estado Democrático de Direito; uma das formas de se efetivar os direitos previdenciários é garantir a “proteção dos mesmos contra os vícios oriundos do processo e do ato administrativo de concessão de benefícios, mediante a imposição de reparação moral a ser suportada pelo INSS quando causar abalo moral para os segurados e dependentes” (CAMPOS, 2013, p. 91).

O indeferimento indevido do benefício quando ocorre equivocadamente provoca lesão a outros direitos imateriais além dos da órbita moral, conforme será desenvolvido em capítulo próprio.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO IMATERIAL

3.1 Aspectos introdutórios da responsabilidade civil

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2012), o termo responsabilidade é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. Em razão disso, esclarece que a responsabilidade, em sentido amplo, “encerra a noção pela qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento e de uma ação” (VENOSA, 2012, p. 4).

Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. [...] O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. (VENOSA, 2012, p. 1)

Nesse sentido, o instituto da responsabilidade civil tem dupla função: “garantir o direito do indivíduo lesado, impondo ao lesante a obrigação de ressarcir o prejuízo causado à vítima e, ao mesmo tempo, servir como sanção civil, para punir o causador do dano” (AMARAL, 2015, p. 42).

No direito brasileiro, o instituto teve importante marco com a promulgação da CF/88. A partir desta, a responsabilidade passou a ocupar espaço no extenso rol de direitos fundamentais, conforme seu art. 5º e incisos.

O estabelecimento, dentre os direitos fundamentais das pessoas, do direito à vida e à integridade física e psíquica demonstra a preocupação do legislador com a proteção da pessoa humana, erigida como centro do ordenamento

jurídico, merecedora de respeito em razão de sua dignidade e simples existência, deixando claros os contornos do novo direito civil constitucional, mormente no campo da responsabilidade civil, seara cujas atenções têm se voltado para a ressarcibilidade do dano, ao atendimento da vítima. (AMARAL, 2015, p. 45)

Segundo Venosa (2012, p. 12), passa-se a ter, na aplicação do instituto da responsabilidade civil, maior enfoque na vítima do dano uma vez que “a questão tem a ver com os princípios da dignidade humana do ofendido e da sociedade como um todo”.

O dever de indenizar está previsto no art. 927 do Código Civil, o qual estabelece que todo dano causado a outrem por ato ilícito gera obrigação de reparação. Já a definição de ato ilícito que dá ensejo à responsabilidade civil é fornecida pelo art. 186 do mesmo diploma legal: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O dano a ser indenizado pode ser material/patrimonial ou imaterial/extrapatrimonial. O dano material é aquele que atinge a esfera econômica da vítima e os bens lesados são passíveis de valoração e ressarcimento monetário equivalente. O dano imaterial, por sua vez, é aquele que atinge o lesado em seus valores não econômicos (AMARAL, 2015, p. 50).

No diploma civil, em consonância com a CF/88, foi acrescentada a possibilidade de indenização pelo dano exclusivamente moral. “O direito não deve deixar sem proteção as vítimas de ofensas morais” (GONÇALVES, 2010, p. 24).

3.2 Responsabilidade civil por dano imaterial

Venosa (2012, p. 311) destaca que “alguns autores apontam que não existe perfeita identidade entre dano imaterial e o dano moral, contudo, embora a afirmação esteja correta, vem-se consagrando a sinonímia”.

No mesmo sentido é o desabafo de Flaviana Rampazzo Soares (2009, p. 40), que alerta para o fato de que tanto a Constituição quanto o novo Código Civil utilizam, impropriamente, a expressão “dano moral” para designar dano extrapatrimonial.

Assim, no Brasil, o dano imaterial comumente aplicado é o dano moral, embora, hoje, a maioria dos doutrinadores entenda que dano moral é uma espécie de dano imaterial.

O dano moral é aquele que atinge o ofendido como pessoa, em sua órbita interna. A lesão ocorre em relação a bem que integra os direitos da personalidade, “como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação” (GONÇALVES, 2010, p. 377).

Ademais, conforme visto, a Carta Magna tem por fundamento do Estado Democrático a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e, portanto, o bem mais precioso e merecedor de proteção diante da ocorrência de dano imaterial (GONÇALVES, 2010, p. 378).

Neste sentido, assevera Carlos Giovanni Pinto Portugal (2017, p. 80) que:

O fenômeno da constitucionalização do direito civil (e, mais precisamente, da responsabilidade civil), trouxe, na bagagem axiológica trazida pelas Constituições sociais, um grande universo de situações existenciais que, se antes tratadas pelo Direito sob a forma de meros comandos programáticos de vinculação ostensiva, tem hoje propugnado efetiva preocupação e tutelas jurídicas. A violação desses novos Direitos, dando ensejo ao reconhecimento dos novos danos correlatos, também impulsiona uma nova sistemática de composição do instituto da responsabilidade civil.

A reparação pecuniária do dano imaterial tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Além disso, funciona como fator pedagógico, a fim de que o ofensor não volte

a praticar atos lesivos à personalidade de outrem (GONÇALVES, 2010, p. 395).

A responsabilidade civil possui, segundo Gonçalves (2010, p. 53), quatro elementos essenciais: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade; e o dano experimentado pela vítima.

Quanto ao elemento culpa, Venosa (2012, p. 6-7) destaca a tendência jurisprudencial de alargar seu conceito chama atenção, inclusive, à possibilidade de dispensá-lo como requisito do dever de indenizar, evitando as “inúmeras situações nas quais sua comprovação inviabilizaria a indenização para a parte presumivelmente mais vulnerável”.

É o que também denota Amaral (2015, p. 49) ao afirmar que “A contemporânea interpretação da responsabilidade civil admite e até mesmo prioriza em determinados aspectos a ideia da responsabilização sem culpa, devido à expansão significativa das circunstâncias em que prevê a indenização do dano”.

Assim, pode-se dizer que o instituto da responsabilidade civil, assim como os outros institutos do direito, se adapta à realidade social, buscando maior concretização dos direitos fundamentais. Isto porque fundamento principal da responsabilidade civil, incutido na Carta Magna, é a concretização da dignidade da pessoa humana do ofendido.

Tanto é assim que, de acordo com Soares (2009, p. 60), a própria CF/88 fez uma ressalva no seu § 2º do art. 5º, no sentido de que a relação de direitos fundamentais contidas no corpo do texto constitucional não exclui outras hipóteses que surjam em razão “do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Neste sentido, defendendo a necessidade de a responsabilidade civil abarcar dano imaterial à pessoa, para além da limitação do instituto do dano moral, Portugal (2016, p. 88) chama atenção ao fato de que

Também se desenvolveram compreensões mais plurais acerca da personalidade humana, e da necessidade de reconhecimento de variadas formas de expressão da condição do ser humano em perspectiva integral. As construções levadas a cabo a partir da tutela da dignidade humana proporcionaram enormes avanços nos instrumentos protetivos, que tendem, cada vez mais, salvaguardar a plenitude da condição humana. Impõe esta evolução na consideração da pessoa humana, como reflexo natural, uma série de deveres de não prejudicar a esfera de direitos da pessoa.

Neste diapasão, Venosa (2012, p. 2) destaca: “o estudo da responsabilidade civil é especialmente dinâmico, estando a surgir a cada momento novas teorias e linhas de pensamento, na doutrina e na jurisprudência, fruto não só do pensamento jurídico como também das novas necessidades sociais”.

Assim, a ampliação da reparabilidade às situações não patrimoniais referentes ao dano existencial “são projeções da importância que um consciente Direito de danos dá à dignidade da pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico” (PORTUGAL, 2016, p. 80).

3.3 Responsabilidade civil do estado na reparação por dano imaterial no direito previdenciário

Campos (2015, p. 94) aponta que “A responsabilidade civil do Estado tem como cerne o dever de reparação do Estado em virtude de um dano causado a outrem, por culpa ou dolo de seus agentes de forma omissiva ou comissiva, no exercício de sua função”.

Segundo a eminente doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 642), diferentemente do que ocorre no direito privado, no direito administrativo a responsabilidade patrimonial pode emanar de atos ou comportamentos lícitos. O essencial, segundo a autora, é que haja dano causado a terceiro, seja por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado.

Assim, pode-se dizer que “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos” (DI PIETRO, 2011, p. 643).

Ainda, a responsabilidade extracontratual é aquela que deriva da vontade pública, isto é, tem caráter institucional, depende da vontade de toda uma coletividade (CAMPOS, 2015, p. 95).

Já a responsabilidade do Estado, representado pelo INSS, na concessão de benefícios previdenciários é extracontratual, “pois não advém de um contrato e sim de uma imposição de uma instituição aceita por toda a coletividade e, portanto, de cunho publicístico derivado de uma relação legal estabelecida entre o segurado e o INSS, no caso do benefício previdenciário” (CAMPOS, 2015, p. 95).

No direito brasileiro aplica-se a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, bem como artigo 43 do Código Civil.

A responsabilidade objetiva é aquela segundo o qual o Estado responde, independentemente de culpa ou dolo, por dano causado por seu agente a terceiro de forma omissiva ou comissiva (CAMPOS, 2015, p. 99).

Assim, para configuração da responsabilidade objetiva são necessários três requisitos: fato ou ato lesivo, sendo que não necessariamente ilícito; dano, podendo ser material e/ou moral; e, nexos causal, que é a relação entre o fato ou ato lesivo e o dano material e/ou moral causado com consequente prejuízo de terceiro.

No Direito Previdenciário, considerando que a relação entre os segurados e dependentes de um lado e o INSS – Estado – de outro é uma relação institucional regida por normas de direito social, de caráter público e força cogente, tem-se que a responsabilidade do Estado por vícios na concessão de benefícios previdenciários assume o caráter de responsabilidade civil extracontratual objetiva. (CAMPOS, 2015, p. 99)

No direito previdenciário a responsabilidade civil por dano imaterial tem especial relevância, uma vez que os segurados estão em condição de hipossuficiência com relação ao INSS e seus servidores. Em razão disso, busca-se, além da recomposição do prejuízo do segurado, o efeito pedagógico, na tentativa de mudar a forma como a qual os servidores do INSS e a própria instituição tratam a questão previdenciária (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 152).

É preciso ter-se em vista que, uma vez preenchidos os requisitos legais para obtenção do direito ao benefício, o ente previdenciário não tem a menor discricionariedade na concessão. Considerando o caráter contributivo/retributivo da previdência social, impõe-se ao INSS “a obrigatoriedade na concessão da prestação previdenciária de caráter pecuniário quando ocorrer o seu fato gerador, consistente em alguns eventos sociais” (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 146).

Não há escolha por parte do administrador. A negativa de concessão do benefício, ou sua concessão, sem motivo justo, caracteriza, em tese, falta funcional e delito de prevaricação, posto que, além de violar dever ético-profissional, o agente público que assim agir atingirá direito intangível do indivíduo, causando-lhe prejuízos patrimoniais e morais, pela perda, momentânea ou duradoura, de sua subsistência. (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 146).

Conforme exposto em tópico anterior, no caso dos benefícios por incapacidade, além da relação jurídica de seguro social – que é a prestação correspondente ao fato gerador do benefício –, a concessão correta do benefício implica na preservação da saúde física e psicológica e, portanto, na dignidade do trabalhador.

Deste modo, a responsabilidade civil, nestes casos, tem o objetivo de, “através de caráter pedagógico e, por vezes punitivo, em caso de excessos, coibir a prática abusiva de desrespeito a um ser humano em situações de contingências” (CAMPOS, 2015, p. 95).

4. APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO DANO EXISTENCIAL AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

4.1 Aspectos introdutórios e conceito de dano existencial

O dano existencial é um conceito pouquíssimo utilizado no direito pátrio; dentre os motivos encontra-se a sua origem relativamente recente no direito italiano. Outra razão bem marcante é o fato de, no Brasil, a noção de dano moral ser utilizada como dano imaterial, abarcando as mais variadas espécies de danos e prejuízos imateriais.

Oriundo do direito italiano, o dano existencial como espécie do dano imaterial, distinto do dano moral, apto a ensejar indenização, vem despertando gradativamente o interesse da doutrina e da jurisprudência.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm dado abertura à aplicação do dano imaterial, principalmente o moral, no âmbito do direito previdenciário.

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fato de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. (VENOSA, 2012, p. 1-2)

Soares (2009, p. 44), com muita propriedade, conceitua dano existencial como:

a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária.

ria, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

O conceito de dano de existência é integrado por dois elementos, além dos elementos inerentes a qualquer forma de dano – existência de prejuízo, ato ilícito e nexó de causalidade –, quais sejam: o projeto de vida e a vida de relações.

Portugal (2016, p. 97) destaca em sua obra que a figura do dano ao projeto de vida não se encontra plenamente definida na doutrina. No entanto, é possível dizer que o projeto de vida é tudo aquilo que o indivíduo decide fazer com a sua vida. Neste diapasão, “o dano ao projeto de vida frustra a própria realização existencial da pessoa, impedindo-a completamente de viver de forma digna” (PORTUGAL, 2016, p. 98).

A vida de relações, por sua vez, “são as ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extralaborativas” (ALMEIDA NETO apud WÜNSCH, TITTONI e GALIA, 2015, p. 67). Nestas atividades estão enquadradas a convivência familiar, a convivência social e o lazer em geral.

Neste interim, a pessoa atingida pelo ato ilícito fica impedida de “desenvolver suas atividades costumeiras, que lhe dão prazer e sentido de vida, cerceia-se sua própria dimensão existencial: este é o dano existencial” (PORTUGAL, 2016, p. 127).

Assim, dotado de peculiaridades próprias, o dano existencial se diferencia dos demais por tratar de alterações lesivas à vida cotidiana da pessoa, por afrontar a rotina e a expressão de atividades existenciais.

O instituto da responsabilidade civil procura adaptar-se à realidade social, buscando, conforme já exposto, maior concretização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade da

pessoa humana. Somado a isto, a CF/88 prevê a possibilidade de haver outras formas de defesa dos direitos fundamentais ainda não expressas no texto constitucional (§ 2º do art. 5º), motivo pelo qual se defende veemente a aplicação do dano existencial ao ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 Aplicabilidade do instituto do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro

O dano existencial, conforme exposto em tópico anterior, vem despertando gradativamente o interesse da doutrina e da jurisprudência. No Brasil, o instituto vem ganhando espaço e, já no âmbito do direito do trabalho, vem sendo aplicado.

Uma hipótese de fácil visualização da ocorrência deste dano no âmbito das relações trabalhistas, e na qual vem se aplicando o instituto, é nos casos de danos causados ao trabalhador quando da duração excessiva do trabalho.

Pois bem, a duração excessiva da jornada de trabalho é objeto do dano existencial, porquanto, em razão da sobrejornada, o indivíduo passa a ter tempo reduzido, ou até mesmo suprimido, à realização de suas atividades pessoais.

Verifica-se o dano existencial quando o empregador exige do empregado a realização de horas extras e tempo superior ao determinado pela lei; quando dele se exige um número tão grande de tarefas que precise permanecer em atividade durante seus períodos de descanso, mesmo que longe da empresa; ou, ainda, fique esgotado a ponto de não encontrar forças para desfrutar de seu tempo livre (BOUCINHAS FILHO *apud* WÜNSCH, TITTONI e GALIA, 2015).

A sujeição do trabalhador ao exaustivo regime de trabalho culmina na formação do dano ao projeto de vida e à sua existência, porque lhe priva de tempo para o lazer, para a família e para seu próprio desenvolvimento pessoal, cultural, artístico e intelectual, afetivo, entre outros. Pode também

resultar em prejuízo para a saúde do trabalhador, motivo pelo qual enseja ser duplamente combatido. (BOUCINHAS FILHO *apud* WÜNSCH, TITTONI e GALIA, 2015, p. 72)

A legislação trabalhista permite o prolongamento da jornada ordinária de trabalho, havendo, no entanto, em regra, um limite de duas horas diárias (art. 59 da CLT²), justamente em função da necessidade física e psicológica de descanso do trabalhador, bem como da necessidade de desfrutar de tempo livre para lazer e para desenvolvimento de atividades e projetos pessoais.

Na esfera judicial, a duração excessiva da jornada de trabalho como ensejadora do dano existencial vem encontrando acolhimento nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e no próprio Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Assim, a jurisprudência nacional caminha devagar no sentido do acolhimento de pedido de indenização fundado em prejuízo à vida da pessoa humana no seu íntimo e exterior tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e todos os princípios e direitos dele derivados, dentre os quais se encontra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

4.3 A responsabilidade civil do INSS na reparação por dano existencial causado pelo erro no indeferimento dos benefícios previdenciários por incapacidade

O fundamento legal da reparação do dano existencial, conforme já exposto, encontra-se no art. 1º, inciso III, e no art. 5º, incisos V e X, da CF/88, que consagram o princípio da ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais.

Os danos causados pelo INSS quando indefere erroneamente um benefício por incapacidade, por se tratar de direito de cunho fundamental de natureza alimentar, são imensuráveis.

² Consolidação das Leis do Trabalho.

Quando o segurado procura o INSS geralmente está em estado de fragilidade e a obrigação do órgão para com o indivíduo é de proteção. A função do instituto é de conceder o benefício por incapacidade, uma vez preenchidas as condições de direito à proteção previdenciária. O ato de deferimento ou indeferimento da prestação do seguro social é plenamente vinculado (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 146).

Isto significa, conforme exposto no capítulo anterior, que o ente previdenciário não tem discricionariedade na concessão do benefício, quando o segurado preencher os requisitos legais para a obtenção desse direito. Inclusive, a negativa da concessão do benefício sem motivo justo caracteriza, em tese, falta funcional e delito de prevaricação. Isto porque, assim agindo o agente público, há a violação do direito intangível do segurado, causando-lhe prejuízos materiais e imateriais, em função da perda momentânea ou duradoura de sua subsistência (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 146).

Importa aqui destacar que os direitos aos benefícios são indisponíveis – isto é, é inadmissível que o segurado renuncie o direito ao benefício de natureza alimentar em razão de sua essencialidade. Busca-se, aqui, a preservação da dignidade do beneficiário da previdência social.

Não se pode perder de vista que o INSS, ao processar um pedido de concessão de benefícios previdenciários, deve atentar ao princípio da finalidade, princípio este que “vincula seus servidores em todas as suas ações, em busca da realização da supremacia do interesse público ao mesmo tempo em que visa à garantia do direito previdenciário dos segurados e dependentes” (CAMPOS, 2015, p. 108-109).

Assim, não se deve banalizar as práticas ilícitas reiteradamente praticadas pelo INSS, como é o caso da não concessão injustificada de benefício previdenciário por incapacidade, em que segurado é privado dos alimentos necessários à sua sobrevivência. O costume antijurídico e antissocial deve ser coibido e não incentivado (CAM-

POS, 2015, p. 94). O abalo não é exclusivamente moral, mas aqui há claro prejuízo ao projeto de vida do segurado.

O segurado, quando contribui para o sistema, está sendo previdente. O termo previdência tem por significado a proteção do ser humano contra os infortúnios.

A palavra “previdência” tem origem na expressão oriunda do latim *previdere*, cujo significado é ver com antecipação as contingências ou infortúnios sociais (incerteza sobre se uma coisa acontecerá ou não, ou mesmo quando acontecerá) e procurar compô-las. (MARTINS *apud* CAMPOS, 2015, p. 67)

Significa dizer que, quando o segurado contribui para a Previdência Social, ele está planejando uma opção para o caso de ocorrência de um imprevisto (contingência ou infortúnio).

O indeferimento errôneo do benefício por incapacidade, por sua vez, está frustrando o planejamento que garantiria ao segurado o meio de subsistência para si e para sua família.

A função da Previdência Social nos casos em que o segurado se encontra vulnerável é de proteção social. Esta, por sua vez, deve ser eficaz, velando pela segurança dos seus beneficiários. O indeferimento errôneo do benefício deixa o segurado em situação de ainda maior fragilidade e insegurança.

Principalmente no caso do benefício por incapacidade temporária, mas não impossível no benefício por incapacidade definitiva, a concessão correta do benefício concede a possibilidade de reabilitação/recuperação do trabalhador. Isto porque o tempo de afastamento é essencial para que este dedique tempo à sua saúde, à sua recuperação.

Em muitos casos, os trabalhadores incapacitados são obrigados a trabalhar, pois não tem outra fonte de subsistência, e forçam a sua saúde além do que poderiam, uma vez que o INSS não concedeu o benefício por incapacidade, erroneamente. Assim, casos que tinham

possibilidade de recuperação se tornam casos de incapacidade total e definitiva, característicos do recebimento de benefício por incapacidade definitiva.

É interesse da sociedade e do próprio INSS que o segurado retome suas atividades laborativas. Para a sociedade, porque preza pelo bem-estar dos seus integrantes; para o INSS, porque é de seu interesse que o segurado contribua para a Previdência Social.

Nestes casos, o segurado que poderia perfeitamente se recuperar e retornar às suas atividades laborativas, pela necessidade de continuar trabalhando, acaba, muitas vezes, por ser acometido de incapacidade total e definitiva para o trabalho, causando severos prejuízos ao seu projeto de vida.

Não poucas vezes o prejuízo não ocorre somente no âmbito laboral, mas também afeta o âmbito familiar e social do segurado, que passa a ter dificuldades de convívio em razão do agravamento do estado de saúde, causando, assim, também o dano à vida de relação.

Os problemas causados aos beneficiários, nesse caso, podem ser objeto de indenização em razão da responsabilidade objetiva que os entes da Administração Pública têm pelos atos praticados por seus agentes que, nessa qualidade, causarem prejuízo (art. 37, § 6º, da Constituição). (CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 151)

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ já tem decidido por impor ao INSS a reparação civil quando no processo administrativo de concessão de benefício previdenciário à inobservância de regras e princípios aplicáveis em ensejar dano moral ao segurado em um momento de fragilidade da condição humana (CAMPOS, 2015, p. 105).

Além do dano moral, há real dano ao projeto de vida do segurado que teve frustrados seus planos para caso de ocorrência de infortúnios e contingências – planejamento este que, em geral, é realizado em anos. O segurado contribui a partir do momento em

que se filia à Previdência Social e, a partir dele, está contando com a cobertura do Seguro Social.

Os direitos previdenciários visam a proteção das pessoas quando elas se “encontram em situações que não podem prover a sua própria subsistência e, por vezes, estão impedidas de lutar pelos seus próprios direitos, pois estão combatidas e debilitadas, merecendo amparo e não supressão de direitos” (CAMPOS, 2015, p. 47-48).

Assim, a atividade de julgamento, típica do Poder Judiciário, que impõe ao Executivo a obrigação de reparar dano moral resultante de vício na concessão de benefício previdenciário, obedece ao disposto no art. 194 da Constituição de 1988, visto que compõe as ações integradas de iniciativa dos poderes públicos que visam proteger os direitos previdenciários e, conseqüentemente, de seguridade social. (CAMPOS, 2015, p. 45)

Pelo mesmo fundamento se defende arduamente a aplicação do dano existencial quando houver dano ao projeto de vida e/ou vida de relação, a fim de evitar a reincidência permanente dos danos causados aos segurados pela má execução dos serviços prestados pelo INSS aos seus beneficiários.

O instituto da responsabilidade civil está em eterna evolução, adaptando-se à realidade social na busca da concretização dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana. A própria CF/88 dá abertura à aplicação do instituto quando não exclui a possibilidade de novas hipóteses que surjam com a finalidade de consagrar os princípios por ela adotados.

A reparação por dano existencial, assim como o dano moral, é garantia de segurança jurídica em caso de vícios na concessão de benefícios previdenciários que causem prejuízos ao segurado, uma vez que impõe uma penalidade ao Estado caso descumpra este princípio basilar da ordem jurídica. O Estado deve preocupar-se em conceder

os benefícios por incapacidade sem vícios, eis que representa medida de segurança para o segurado (CAMPOS, 2015, p. 46).

Por outro lado, o Poder Judiciário, uma vez provocado pelo segurado, deverá impor a reparação dos prejuízos suportados pelos segurados, restabelecendo a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano, bem como a segurança jurídica abalada pelo erro na atividade estatal. O Poder Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação.

A aceitação e aplicação do dano existencial no caso de indeferimento errôneo dos benefícios por incapacidade representariam o próximo passo a ser dado em direção à maior concretização dos princípios fundamentais do nosso ordenamento jurídico, tornando a responsabilidade civil um instituto jurídico mais apto a oferecer respostas eficientes àqueles que são injustamente lesados em seus interesses juridicamente relevantes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que os direitos previdenciários como direitos sociais e fundamentais devem receber a atenção que merecem. O Estado, sob ótica intervencionista, deve assegurar que os indivíduos da sociedade estejam amparados em caso de situações de fragilidade.

A Previdência Social, como provisão para o futuro em caso de infortúnios, deve amparar o segurado em nome da concretização da segurança jurídica e social. O objetivo primordial da Previdência Social é a proteção da dignidade da pessoa humana, provendo os meios de subsistência aos segurados quando necessitarem.

Para concretização da segurança jurídica e social e da dignidade do indivíduo é essencial que a Previdência Social preste corretamente os benefícios, uma vez que é direito fundamental e de natureza eminentemente alimentar. Deixando de cumprir tal função social,

o dano causado pode ser irreparável e atentatório à dignidade da pessoa humana.

A privação do segurado à prestação de benefício previdenciário causa manifesto dano ao projeto de vida do segurado que, além da submissão ao sofrimento de não receber o provimento de caráter alimentar necessário a uma subsistência digna, teve o planejamento de previdência frustrado. Em razão disso, não se pode banalizar as práticas ilícitas reiteradamente praticadas pelo INSS, como é o caso da não concessão injustificada de benefício previdenciário por incapacidade; tal costume antijurídico e antissocial deve ser coibido.

Assim, quando ocorrer o indeferimento errôneo do INSS na concessão de benefício por incapacidade que causem dano ao segurado, o qual se encontra em situação de fragilidade, deve haver condenação à reparação civil. O segurado merece, nesta situação, o amparo da Previdência Social e não a supressão de direitos que lhe causem maior dor e sofrimento.

A reparação civil por dano existencial na órbita do direito previdenciário possui cunho pedagógico, a fim de que o INSS não reincida no tratamento, muitas vezes desumano, a que são submetidos os segurados. Além disso, é garantia de segurança jurídica, uma vez que impõe ao Estado a obrigação de cumprir com seu dever e se traduz, assim, em uma forma de efetivar e proteger direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: natureza jurídica e quantificação do dano. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência**. 2. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. **Dano moral no direito previdenciário**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. 5. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PORTUGAL, Carlos Giovanni Pinto. **Responsabilidade civil por dano ao projeto de vida: direito civil contemporâneo e os danos imateriais**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WÜNSCH, Guilherme; TITTONI, Marta Lúcia; GALIA, Rodrigo Wasem. **Inquietações sobre o Dano Existencial no Direito do Trabalho: O projeto de vida e a relação como proteção à saúde do trabalhador**. Porto Alegre: HS Editora, 2015.

CONTROVÉRSIAS PREVIDENCIÁRIAS DOS PROFISSIONAIS DE SEGURANÇA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURISPRUDENCIAL

Rafael Leão¹

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: A PERICULOSIDADE COMO AGENTE NOCIVO E OS PROFISSIONAIS DA SEGURANÇA NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS)

A periculosidade diz respeito à iminência da ocorrência de acidente, não sendo necessária seu acontecimento para sua caracterização, mas tão somente sua possibilidade dentro de parâmetros razoáveis de probabilidade. É possível citar quaisquer ocorrências repentinas e nocivas à saúde como perigosas, nomeadamente explosões, choques elétricos, disparos de armas de fogo, acidentes, entre outras.

Algumas das profissões mais comuns onde se encontra assente a periculosidade são as dos vigias, vigilantes e guardas. É possível enquadrá-las como perigosas pelo simples fato de exercerem o dever da proteção, podendo, neste exercício, sofrer agressões que ponham em risco a integridade do indivíduo empregado.

Nesse sentido, a periculosidade se diferencia da insalubridade pelo fato de se tratar de risco à integridade, a qual pode ser prejudicada de maneira instantânea por ocasião de evento fortuito. Já a insalubridade diz respeito ao prejuízo à saúde, podendo se dar de maneira paulatina e progressiva (PEREIRA, 2005a; 2005b).

No âmbito jurídico, todavia, a periculosidade possui conceito levemente divergente da palavra perigo. Para sua conceituação

¹ Graduando do curso de direito pela Universidade Federal de Pernambuco e estagiário do escritório Ney Araújo e Fábio Leão Advocacia Previdenciária

jurídica, é necessária uma probabilidade razoável da ocorrência do dano físico e uma consequência relevante deste no mundo jurídico (GRUENZER, 2003, p. 93).

O tratamento jurídico da periculosidade é feito com acuidade pela legislação trabalhista. A Norma Regulamentadora (NR) 16 traz o direito ao adicional de periculosidade aos trabalhadores expostos a radiações ionizantes, agentes inflamáveis e explosivos. Já a NR 10 dispõe sobre a energia elétrica. Ainda, a Lei nº 12.997 de 2014 acrescentou a este rol, no §4º do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a atividade de trabalhador em motocicleta.

Cumpramos ressaltar que a Lei nº 12.997 trouxe diversas alterações relativas à periculosidade. Além do já citado acréscimo no §4º do art.193, cabe trazer a adição das atividades de vigilância patrimonial e segurança pessoal, conforme sua nova redação:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo.

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (Grifo nosso)

Quanto à legislação previdenciária, é possível notar certas distinções. Primeiramente, cumpre notar que a previsão legal do adicional de insalubridade para as situações previstas em nada se relaciona à legislação previdenciária a que se referia a antiga redação do § 1º do art. 201 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) – no qual era previsto que o tratamento diferenciado deveria estender-se aos casos onde há prejuízo da integridade física, conforme sua antiga redação:

§1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Nesse sentido, é possível crer que a Constituição recepcionou as normas que versavam sobre o enquadramento do período laborado sob risco de vida como especial (RIBEIRO, 2010). Isso porque jamais foi editada a referida lei complementar, permanecendo em vigor os arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213 de 1991.

A título de nota, a integridade física dos servidores também foi prevista pelo constituinte ao serem mencionados em texto similar, no art. 40, §4º, inciso I da CF/88. Entretanto, cumpre ressaltar que, a partir de 13 de novembro de 2019, a periculosidade deixou de constar no rol dos agentes nocivos constitucionais por ocasião da Emenda Constitucional 103 de 2019 (EC 103/19):

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo

de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar;

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação;

Percebe-se que a Constituição passa a limitar a especialidade a agentes físicos, químicos e biológicos, excluindo a integridade física deste rol. É digno de nota, porém, que não há exclusão expressa da periculosidade ou da proteção à integridade física; por essa razão, há o entendimento de que é possível haver o cômputo do tempo especial por periculosidade através de Lei Complementar, conforme mencionado ostensivamente pelo texto da EC 103/19.

Atualmente, o Projeto de Lei Complementar 245 de 2019 está em trâmite no Senado, conforme será abordado mais adiante. Todavia, não é despidendo ressaltar que a EC 103/19 tratou de preservar o direito adquirido, como cuidadosamente aponta a redação do seu art. 3º:

Art. 3º A concessão de aposentadoria ao servidor público federal vinculado a regime próprio de previdência social e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte. (Grifo nosso)

Não resta dúvidas de que é possível a especialidade do período exposto à periculosidade de acordo com a lei vigente no período, aplicando-se o entendimento do *tempus regit actum*.

Assim, para aqueles segurados que tenham exercido atividades expostas à periculosidade antes de 13 de novembro de 2019, ainda existe a possibilidade do cômputo especial e da conversão do tempo especial em comum, não sendo mais possível em períodos posteriores.

Em matéria previdenciária, o tratamento da periculosidade se dava de maneira esparsa, em disposições legais e administrativas distintas, cada uma se referindo a diferentes agentes nocivos. Já quanto às profissões relacionadas à proteção patrimonial e pessoal, percebe-se que o comprometimento da integridade física se dá de maneira marcante.

Especificamente acerca das atividades de vigia, vigilante e guarda, podemos citar o Decreto nº 53.831 de 1964 como a primeira regulamentação acerca destas funções. Sua previsão normativa possibilitava o enquadramento por categoria profissional ao guarda, sendo o entendimento administrativo o de estender o direito ao vigilante e ao vigia.

A possibilidade de extensão ou não do cômputo especial a estas outras profissões, inclusive, inspirou, por parte da Turma Nacional de Uniformização, a edição da sua Súmula 26: “A atividade de vigilante enquadra-se como especial, equiparando-se à de guarda, elencada no item 2.5.7. do Anexo III do Decreto n. 53.831/64”.

Em atenção à força da tese na jurisprudência e à recente inclusão dos profissionais de segurança pessoal e patrimonial no art. 193 da CLT através da Lei nº 12.740 de 2012, coube ao Ministério do Trabalho e Emprego tratar como necessidade a formalização deste entendimento.

No ponto, foi publicada a Portaria nº 1.885 de 02 de dezembro de 2013 que aprovou o Anexo 3 da NR 16 da Portaria nº 3.214 de 1978. Esta considera que se enquadram nestas categorias os profissionais que preenchem determinados requisitos, enumerados na portaria da seguinte maneira:

ATIVIDADES E OPERAÇÕES PERIGOSAS COM EXPOSIÇÃO A ROUBOS OU OUTRAS ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA FÍSICA NAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS DE SEGURANÇA PESSOAL OU PATRIMONIAL

1. As atividades ou operações que impliquem em exposição dos profissionais de segurança pessoal ou patrimonial a roubos ou outras espécies de violência física são consideradas perigosas.

2. São considerados profissionais de segurança pessoal ou patrimonial os trabalhadores que atendam a uma das seguintes condições:

a) empregados das empresas prestadoras de serviço nas atividades de segurança privada ou que integrem serviço orgânico de segurança privada, devidamente registradas e autorizadas pelo Ministério da Justiça, conforme lei 7102/1983 e suas alterações posteriores.

b) empregados que exercem a atividade de segurança patrimonial ou pessoal em instalações metroviárias, ferroviárias, portuárias, rodoviárias, aeroportuárias e de bens públicos, contratados diretamente pela administração pública direta ou indireta.

3. As atividades ou operações que expõem os empregados a roubos ou outras espécies de violência física, desde que atendida uma das condições do item 2 [...].

Apesar da normatização destes dispositivos, a matéria gera grande controvérsia no mundo jurídico por dois aspectos principais: o primeiro diz respeito à necessidade do porte da arma de fogo para configurar a periculosidade; já o segundo refere-se à possibilidade de considerar a periculosidade como apta a ensejar o cômputo do tempo especial mesmo após 05 de março de 1997. Voltemo-nos a estes pontos no capítulo a seguir.

2. A NECESSIDADE DO USO DA ARMA DE FOGO E O MARCO TEMPORAL

Conforme o exposto, em nenhum momento as normas que regulamentam a posse de armas de fogo haviam condicionado o

cômputo da especialidade ao seu uso. Todavia, após a data de 28 de abril de 1995, com a promulgação da Lei nº 9.032 de 1995, passa a se exigir a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos para caracterização da especialidade do período. Nesta esteira, surge o debate em relação a como se daria a comprovação desta exposição dos profissionais da segurança patrimonial e pessoal.

É de conhecimento notório que estas profissões pressupõem um grau de risco elevado, estando ou não com o porte da arma de fogo. Ora, na ocasião de uma tentativa de assalto, o risco de vida ocorrerá, independentemente da existência da arma de fogo – inclusive há uma melhor possibilidade de defesa do profissional com sua utilização.

Nesse ínterim, não se torna crível que a periculosidade estaria presente apenas nos casos onde há a arma de fogo, mesmo porque ela reduz o risco de vida, podendo até mesmo influenciar no comportamento de possíveis agressores, tornando-os muito mais confiantes em violentar um indivíduo desarmado.

De modo contrário se posicionou a jurisprudência dominante por tempo considerável. A Turma Nacional de Uniformização (TNU) costumava aplicar a tese de que era possível o reconhecimento da atividade especial após a data de 05 de março de 1997, contanto que houvesse a prova do efetivo porte da arma de fogo. Vejamos os termos da decisão:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. VIGILANTE. PERÍODO POSTERIOR A 05/03/1997 (DECRETO 2.172/1997). PROVA DO AGENTE NOCIVO PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. ACÓRDÃO ANULADO. QUESTÃO DE ORDEM 20 DA TNU. A Presidência da TNU deu provimento a agravo interposto contra decisão que inadmitiu o incidente de uniformização nacional suscitado pela parte ora requerente, pretendendo a reforma de acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Pernambuco que, mantendo parcialmente a sentença, rejeitou o pedido de

reconhecimento de atividade especial durante determinado lapso temporal, sob o fundamento de que o tempo de serviço laborado na condição de vigilante somente é considerado especial no período anterior ao início da vigência do Decreto 2.172/1997. Sustenta que o acórdão impugnado divergiu da jurisprudência desta TNU (PEDILEF 2007.72.51.00.8665-3 – SC), do STJ (REsp nº 413.614/SC; REsp 441.469/RS) e da Turma Recursal da Seção Judiciária de Minas Gerais (Processo 100694822005401; TRMG; 3ª Turma Recursal – MG; DJMG 18/01/2010), aduzindo que é possível o reconhecimento da atividade especial de vigilante após o Decreto 2.172/1997 havendo prova da periculosidade. Ante o teor do art. 14, § 2º, da Lei nº 10.259/01, entendo comprovado o dissídio jurisprudencial acerca da matéria tendo-se em vista o acórdão da Turma Recursal de origem posto em confronto com os julgados paradigmas mencionados pelo requerente, pelo que conheço o recurso. Na espécie, o acórdão recorrido deixou de reconhecer a especialidade dos vínculos trabalhados pelo autor, nos períodos de 01/08/1997 a 30/06/2002 e 05/03/2003 a 13/02/2008, sob o fundamento que “(...)os períodos são posteriores a edição do Decreto n. 2.172/97, a partir do qual a periculosidade deixou de ser considerada para fins de reconhecimento de tempo de serviço especial, mantendo-se apenas os agentes nocivos físicos, químicos e biológicos”. Todavia, a jurisprudência desta TNU encontra-se alinhada com a do STJ, no sentido de que, por ser meramente exemplificativo o rol das atividades nocivas à saúde, é possível o reconhecimento de tempo especial prestado pelo vigilante com exposição ao agente nocivo periculosidade em data posterior a 05/03/1997, desde que haja laudo técnico comprobatório do evento, independentemente de previsão específica na legislação. Nesse sentido, conferir: TNU, PEDILEF 50138641620114047201, relator juiz federal Daniel Machado da Rocha, DOU 06/11/2015; STJ, REsp 1306113/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, julgado em 14/11/2012, DJe 07/03/2013; EDcl no REsp n.º 1109813 / PR, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/06/2012. Por conseguinte, havendo comprovação por meio de laudo técnico (ou elemento material equivalente), de formulário SB-40 ou PPP, acerca

da exposição, de forma habitual e permanente, à atividade nociva, é possível o reconhecimento da atividade especial desenvolvida pelo segurado. No caso sob exame, verifico que o recorrente acostou documentos que podem, abstratamente, comprovar o efetivo exercício da atividade perigosa de vigilante, **com o emprego de arma de fogo**, cabendo à turma recursal, portanto, exercitar seu juízo de valor sobre tais provas, afastada a tese genérica por ela adotada. Ante o exposto, conheço o Incidente de Uniformização suscitado pela parte autora e dou-lhe parcial provimento, para anular o acórdão impugnado e determinar o retorno dos autos à Turma Recursal de origem, para fins de examinar a causa com a adequação do julgado ao entendimento da TNU, conforme a premissa jurídica ora fixada, de ter-se como possível o reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, em virtude da presença do agente nocivo periculosidade, mesmo em período posterior à edição do Decreto n. 2.172/1997, de 05/03/1997. Incidente parcialmente provido. (Grifo nosso)

Pouco depois, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se manifestou a respeito do tema, considerando ser possível o cômputo da especialidade mesmo após 03 de maio de 1997, condicionando-o, porém, ao uso da arma de fogo.

A fundamentação para tal foi no sentido de que a norma constitucional, de hierarquia superior no ordenamento jurídico, previa a proteção à integridade física, não sendo passível disposição em contrário por Decreto. Foi este o entendimento no julgamento do Recurso Especial nº 1.410.057/RN (2013/0342505-2). Vejamos a ementa do acórdão:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ATIVIDADE ESPECIAL. VIGILANTE. SUPRESSÃO PELO DECRETO 2.172/1997. ARTS. 57 E 58 DA LEI 8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. AGENTES PREJUDICIAIS NÃO PREVISTOS. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM

INTERMITENTE (ART. 57, § 3o., DA LEI 8.213/1991). ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM A ORIENTAÇÃO FIXADA NA TNU. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] Seguindo essa mesma orientação, é possível reconhecer a possibilidade de caracterização a atividade de vigilante como especial, com ou sem o uso de arma de fogo, mesmo após 5.3.1997, desde que comprovada a exposição do trabalhador à atividade nociva, de forma permanente, não ocasional, nem intermitente. [...] É certo que a partir da edição do Decreto 2.172/97 não cabe mais o reconhecimento de condição especial de trabalho por presunção de periculosidade decorrente do enquadramento na categoria profissional de vigilante, contudo, tal reconhecimento é possível desde que apresentadas provas da permanente exposição do trabalhador à atividade nociva, independentemente do uso de arma de fogo ou não. [...] Assim, reconhecendo-se a possibilidade de caracterização da atividade de vigilante como especial, mesmo após 5.3.1997, desde que comprovada a exposição do trabalhador à atividade nociva e tendo a Corte de origem reconhecido a comprovação de tal exposição, não há como acolher a pretensão da Autarquia.

A tendência atual parece apontar em sentido contrário. Isso porque sucedeu ao julgado supra novo entendimento pelo próprio STJ na Petição nº 10.679/RN, no qual restou assentada a desnecessidade da comprovação do uso de arma de fogo para quaisquer interstícios, bastando a comprovação da atividade de vigilante:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL. ATIVIDADE ESPECIAL. VIGILANTE, COM OU SEM USO DE ARMA DE FOGO. SUPRESSÃO PELO DECRETO 2.172/1997. ARTS. 57 E 58 DA LEI 8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. AGENTES PREJUDICIAIS NÃO PREVISTOS. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE (ART. 57, § 3o., DA LEI 8.213/1991). INCIDENTE DE

UNIFORMIZAÇÃO INTERPOSTO PELO SEGURADO PROVIDO.

1. Não se desconhece que a periculosidade não está expressamente prevista nos Decretos 2.172/1997 e 3.048/1999, o que à primeira vista, levaria ao entendimento de que está excluída da legislação a aposentadoria especial pela via da periculosidade.

2. Contudo, o art. 57 da Lei 8.213/1991 assegura expressamente o direito à aposentadoria especial ao Segurado que exerça sua atividade em condições que coloquem em risco a sua saúde ou a sua integridade física, nos termos dos arts. 201, § 1o. e 202, II da Constituição Federal.

3. Assim, o fato de os decretos não mais contemplarem os agentes perigosos não significa que não seja mais possível o reconhecimento da especialidade da atividade, já que todo o ordenamento jurídico, hierarquicamente superior, traz a garantia de proteção à integridade física do trabalhador.

4. Corroborando tal assertiva, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do 1.306.113/SC, fixou a orientação de que a despeito da supressão do agente eletricidade pelo Decreto 2.172/1997, é possível o reconhecimento da especialidade da atividade submetida a tal agente perigoso, desde que comprovada a exposição do trabalhador de forma permanente, não ocasional, nem intermitente.

5. Seguindo essa mesma orientação, é possível reconhecer a possibilidade de caracterização da atividade de vigilante como especial, com ou sem o uso de arma de fogo, mesmo após 5.3.1997, desde que comprovada a exposição do trabalhador à atividade nociva, de forma permanente, não ocasional, nem intermitente.

6. In casu, merece reparos o acórdão proferido pela TNU afirmando a impossibilidade de contagem como tempo especial o exercício da atividade de vigilante no período posterior ao Decreto 2.172/1997, restabelecendo o acórdão proferido pela Turma Recursal que reconheceu a comprovação da especialidade da atividade.

7. Incidente de Uniformização interposto pelo Segurado provido para fazer prevalecer a orientação ora firmada.

Haja vista o julgado em pedido de uniformização de interpretação de lei federal, percebe-se uma clara mudança no entendimento a ser aplicado nos tribunais pátrios.

Por fim, cumpre trazer também que a questão será submetida a julgamento colegiado, em sistema de representativo de controvérsia afetada pelo Tema 1.031 do STJ na data de 21 de outubro de 2019.

3. TRATAMENTO ADMINISTRATIVO DA PERICULOSIDADE

No que se refere ao entendimento administrativo, percebem-se certos pontos de divergência. O Manual de Aposentadoria Especial do INSS (INSS, 2017) traz uma síntese legislativa de grande utilidade para compreendermos o entendimento aplicado pela autarquia nos processos administrativos.

A autarquia reconhece a especialidade das funções em decorrência da previsão do Código 2.5.7, presente no Anexo III do Decreto nº 53.831 de 1964, estendendo o enquadramento a além da profissão de guarda, mas também ao vigilante e ao vigia, fazendo menção expressa à Súmula 26 da TNU. Ainda, menciona a necessidade do porte efetivo da arma de fogo, vez que na ocasião da edição da Súmula se dava presente. Vejamos:

Cabe mencionar, entretanto, que o posicionamento firmado pela TNU, adotado por ocasião do julgamento do processo nº 2002.83.200027344, que deu origem à Súmula nº 26, partiu da premissa de que o vigia/vigilante trabalhava portando arma de fogo, motivo pelo qual foi considerado exposto a atividade perigosa.

Logo, conclui-se que a equiparação somente pode ser feita mediante a apresentação do porte de arma. A mera comprovação, através de anotações em Carteira de Trabalho, declaração de Sindicato e certificados de participação em cursos de formação, de que o segurado exerceu a atividade de vigilante, por si só, não é suficiente para ensejar o re-

conhecimento de condições especiais, sendo necessária a constatação de efetivo desempenho de atividade perigosa, mediante comprovação de efetivo uso de arma de fogo durante a jornada de trabalho.

Destaca-se que em nenhum momento posterior a autarquia se refere à periculosidade como passível de gerar tempo especial, motivo pelo qual vem aplicando o entendimento de que o Decreto nº 2.172 de 1997, ao excluir a periculosidade do rol de agentes nocivos, extinguiu a possibilidade de reputá-lo especial.

Outro fato digno de nota é o tratamento diferenciado dado à periculosidade em relação aos profissionais de segurança patrimonial e pessoal no âmbito do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS). Isso porque o órgão publicou, na data de 12 de novembro de 2019, o Despacho 37/2019 com o objetivo de revisar e atualizar os enunciados do Conselho Pleno do CRPS. Estes são de extrema importância, vez que possuem caráter vinculativo entre os conselheiros, refletindo, portanto, a posição majoritária das instâncias administrativas.

Aqui, destaca-se o Enunciado 14. Nele, ficou pacificado que há previsão da possibilidade de enquadramento profissional até a data de 28 de abril de 1995 por conta das profissões previstas nos anexos dos Decretos nº 53.831 de 1964 e nº 83.080 de 1979 – mesmo havendo divergência da profissão anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), Ficha ou Livro de Registro de Empregados, desde que comprovado o labor nas condições de insalubridade, periculosidade ou penosidade.

Cabe ressaltar o último ponto do enunciado supramencionado: a referência é expressa à condição de insalubridade; por esse motivo, é possível crer no enquadramento profissional dos guardas, vigias e vigilantes até 28 de abril de 1995 mesmo sem o efetivo porte da arma de fogo. Nesse mesmo sentido, os incisos I e II do dispositivo afastam quaisquer dúvidas sobre esta questão:

ENUNCIADO 14

A atividade especial efetivamente desempenhada pelo segurado, permite o enquadramento por categoria profissional até 28/04/1995 nos anexos dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, ainda que divergente do registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), Ficha ou Livro de Registro de Empregados, desde que comprovado o exercício nas mesmas condições de insalubridade, periculosidade ou penosidade.

I - É dispensável a apresentação de PPP ou outro formulário para enquadramento de atividade especial por categoria profissional, desde que a profissão ou atividade comprovadamente exercida pelo segurado conste nos anexos dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79.

II - O enquadramento do guarda, vigia ou vigilante no código 2.5.7 do Decreto nº 53.831/64 independe do uso, porte ou posse de arma de fogo

Fundamentação:

Antigo Enunciado 32 do CRPS

É muito comum a nomenclatura de determinada função ser diferente em diversas empresas, mas que os profissionais exercem a mesma atividade constante nos decretos 53.831/64 e 8.080/79.

Resoluções do Conselho Pleno Nº 4/2016, 5/2016, 14/2017, 24/2017, 25/2017, 20/2018.

Arts. 16 e 19 da Lei 7.102/83.

Súmula 82 da TNU.

Percebe-se que, de maneira elogiável, o CRPS levou em consideração a situação material peculiar ao direito previdenciário devido ao fato de ser comum haver divergência entre a nomenclatura da função e a profissão exercida, como bem referia o antigo Enunciado 32.

No ponto, são possíveis duas hipóteses. A primeira é aquela em que o segurado exerceu, de fato, a profissão perigosa, porém esta não consta na CTPS, Ficha ou Livro de Registro de Empregados. Nesta situação, se comprovado o labor por outros meios de prova, ainda assim é possível o enquadramento como especial do período em questão.

A segunda diz respeito à situação na qual já há a anotação da profissão nos documentos referidos. Neste caso, é dispensável a apresentação de quaisquer formulários, vez que a necessidade de efetiva exposição só é prevista posteriormente, com o advento da Lei nº 9.032 de 1995.

Claramente o enunciado traz norma com entendimento mais favorável ao segurado, especialmente quando nos referimos a períodos longínquos. É notório o fato de a produção da prova se apresentar como extremamente onerosa e que há pouco interesse por parte dos empregadores em produzi-la.

4. PERSPECTIVAS DA APOSENTADORIA ESPECIAL E DA PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA: PROJETO DE LEI (PL) 245/19

A aposentadoria especial sofreu grandes limitações após o advento da EC 103/19. No novo texto constitucional, conforme explanado acima, o constituinte limitou-se a se referir aos agentes nocivos biológicos, físicos e químicos na nova redação do art. 201. Além disso, em seu art. 21, trouxe as regras de transição referentes a estes segurados:

Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da

sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de:

I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;

II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e

III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição.

§ 1º A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se refere o caput. § 2º O valor da aposentadoria de que trata este artigo será apurado na forma da lei.

§ 3º Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, na forma do § 4º-C do art. 40 da Constituição Federal, as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

No que pese a irrazoável aplicação destas regras de transição aos segurados que se encontravam próximos a preencher os requisitos antes da EC 103/19, houve previsão para estes três agentes nocivos, ao menos. Ainda, foi elaborada uma regra permanente, presente em seu art. 19, como se nota:

Art. 19. Até que lei disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social após a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional será aposentado aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, com 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20(vinte) anos de tempo de contribuição, se homem.

§ 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria:

I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

- a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;
- b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou
- c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição; (BRASIL, 2019b)

Entretanto, isso não significa que deve ser vedada a proteção à integridade física. Isso porque, na redação inicial da Proposta de Emenda Constitucional nº 06/2019 (PEC 06/19), era previsto no inciso II, §1º do art. 201 a vedação expressa da periculosidade, dispondo o seguinte:

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, **ou enquadramento por periculosidade**, vedados a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Grifo nosso)

Ora, ao retirar a proibição, torna-se natural a conclusão de que a intenção do constituinte era justamente a de possibilitar futuras inclusões da periculosidade pelo legislador. Não obstante, ainda em 05 de novembro de 2019, foi apresentado o Projeto de Lei Complementar 245 de 2019 (PL 245/19) pelo Senador Eduardo Braga (MDB/AM).

Art. 3º A exposição a risco à integridade física se equipara à situação de que tratam a alínea c do inciso I e a alínea c do inciso II do art. 2º, na forma do regulamento, nas atividades de:

I – vigilância ostensiva e transporte de valores, ainda que sem o uso de arma de fogo, bem como proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações de município;

II – contato direto com energia elétrica de alta tensão;

III – contato direto com explosivos ou armamento. (BRASIL, 2019e)

É perceptível a inclusão de certos conceitos controversos na jurisprudência e aqui tratados. A primeira controvérsia cinge à desnecessidade do porte da arma de fogo para caracterizar a periculosidade. No que pese uma maior perspectiva de segurança jurídica após a publicação da Lei, o tema encontra-se afetado pelo STJ, estando passível de maiores discussões após sua aprovação.

Em segundo lugar encontra-se a questão da inclusão dos profissionais da segurança de logradouros públicos municipais e instalações de município. Relevante mencionar este aspecto pois, em mais de uma ocasião, a possibilidade de considerar os guardas municipais como passíveis da proteção constitucional da integridade física mencionada no art.40, §4º, inciso II foi objeto de controvérsia nas cortes do nosso país.

O Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre a questão no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção (MI) 6.770, 6.773, 6.780 e 6.874. Na ocasião, foi firmada a tese de que não poderia a guarda municipal ser enquadrada na disposição constitucional, uma vez que não consta como profissão integrante da segurança pública.

Desse modo, o que se buscava era a possibilidade de extensão da Lei Complementar nº 51 de 1985, que dispõe acerca da aposentadoria especial do servidor público policial, aos guardas municipais.

No que pese o fato do PL 245/19 não abarcar os Regimes Próprios de Previdência Social, percebe-se que a inclusão de tais profissões pelo legislador busca justamente abarcar quaisquer profissionais que exerçam as atividades de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalação do município que não estejam vinculados a RPPS de municípios.

É possível inferir que houve um cuidado do legislador, tanto constituinte quanto constitucional, ao tratar dos profissionais da segurança patrimonial e pessoal, pois é perceptível a mudança do último texto constitucional através da EC 103/19 no sentido de possibilitar a regulamentação de tais profissões.

Assim, observa-se um claro paradoxo: por um lado, estes profissionais conviveram com notória insegurança jurídica durante muitos anos – frequentemente atingidos por mudanças de entendimentos de diferentes tribunais. Outro fato que causa estranheza é o deslinde diferente nas prestações previdenciárias aos profissionais que tenham laborado em idênticas condições, por meras razões das competências específicas de cada profissão.

Podemos citar como exemplo o caso de dois colegas de trabalho que tenham exercido, durante 25 anos, a atividade de vigilância porte da arma de fogo antes de 28 de abril de 1995. Suponhamos que ambos requeiram o benefício junto ao INSS e tenham seu pedido indeferido; se um deles recorrer ao Conselho de Recursos da Previdência Social, terá seu benefício concedido por aplicação do Enunciado 14 – o qual dispensa a apresentação de quaisquer formulários, bastando o enquadramento profissional.

Por outro lado, caso seu colega buscasse a concessão da benesse junto à Justiça Federal, teria seu pedido indeferido, pois o atual entendimento jurisprudencial é o da necessidade do porte da arma de fogo através da comprovação por formulários.

Nesse sentido, é possível inferir que a inclusão de Lei Complementar poderá ser um avanço para conferir certa segurança jurídica a estes profissionais. Todavia, tal segurança jurídica virá com seu preço

– os vigias, guardas e vigilantes que se encontravam na iminência da aposentadoria, terão, em muitos casos, de preencher requisitos muito menos favoráveis para concessão da benesse.

É possível citar o exemplo de um indivíduo com 50 anos que exerceu durante toda sua vida a profissão de vigilante, num período de 24 anos e 11 meses, até a data de vigência da EC 103/19, sempre portando arma de fogo. Mesmo tendo todo seu período especial enquadrado, para receber a aposentadoria, teria que permanecer contribuindo até a idade mínima prevista para a aposentadoria por idade, haja vista a exclusão da periculosidade com a reforma da previdência.

Tal situação poderá ser amenizada a partir da publicação de Lei Complementar que preveja o cômputo de período especial do vigilante. Ainda, podemos citar o julgamento do Tema 1.031 pelo STJ como um importante deslinde à atividade dos profissionais da segurança.

Dessa maneira, por todas estas questões, é possível crer num cenário de incertezas para a caracterização da periculosidade com relevantes eventos que poderão alterar consideravelmente seu tratamento jurídico.

REFERÊNCIAS

GRUENZER, G. **Avaliação de poeira de sílica**: um estudo de caso em uma pedreira na região metropolitana de São Paulo. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2003.

INSS, Instituto Nacional do Seguro Social. **Manual de Aposentadoria Especial/Instituto Nacional do Seguro Social**. Brasília, 2017.

PEREIRA, Alexandre Demetrius. **Tratado de segurança e saúde ocupacional, vol III**: aspectos técnicos e jurídico: NR-13 a NR-15. São Paulo: Editora LTR, 2005a.

PEREIRA, Alexandre Demetrius. **Tratado de segurança e saúde ocupacional, vol IV**: aspectos técnicos e jurídico: NR-16 a NR-18. São Paulo: Editora LTR, 2005b.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**: regime geral de previdência social.4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ATIVISMO JUDICIAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

João Paulo Gomes Pedrosa Bezerra¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo fará uma breve apresentação sobre o ativismo judicial nos Tribunais Superiores em matéria previdenciária, traçando alguns comentários a respeito do tema, desde o seu conceito. Serão abordadas as críticas ao ativismo judicial, como tem funcionado tal instituto no Brasil, bem como pontos positivos e negativos do tema.

Ao longo do trabalho trataremos alguns temas de recursos repetitivos julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) como forma de ilustrar o ativismo judicial na prática, abordando ainda decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em ativismos proativos e conservadores.

Pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais nos auxiliarão nos comentários sobre o tema, tentando, de maneira didática, caracterizar e discorrer sobre o funcionamento do ativismo nos tribunais superiores no arcabouço jurídico brasileiro.

2. CONCEITO

Iniciando os estudos sobre o tema do ativismo judicial, tentaremos definir um conceito simples, no intuito de proporcionar uma melhor compreensão do que será tratado no presente estudo.

No Brasil, sobretudo após a Carta Magna de 1988, ocorreu uma socialização da justiça, pois seu acesso se tornou mais próxi-

¹ Advogado Especialista em Direito Processual Civil, Especialista em Direito Previdenciário, com foco em Previdência Rural. Professor de Direito Previdenciário. Palestrante em diversos eventos em Direito Previdenciário.

mo do cidadão, já que a Carta Maior inseriu inúmeros direitos até então adormecidos após anos de ditadura. Institutos como direitos fundamentais, direitos sociais, previdência social e seus benefícios, interiorização da justiça, criação dos juizados especiais federais, são exemplos claros da aproximação que a Constituição Federal e legislação ordinária fez do judiciário com o cidadão.

Essa maior proximidade judiciário-cidadão, aliada a outras situações sociais e culturais do Brasil, contando ainda com uma parcela de lentidão do judiciário, fizeram com que o país tivesse um estouro de processos, sendo estimada a quantidade de 100 milhões de processos para cerca de 20 mil magistrados, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (GEN JURÍDICO, 2019, *online*).

Assim, muitas vezes, a solução para a ausência de políticas públicas e sociais, bem como de problemáticas ligadas à saúde, são descarregadas no judiciário, exigindo deste uma resposta, que fez surgir um modo proativo de interpretação das leis que muitos doutrinadores denominam de neoconstitucionalismo. Segundo o Ministro do STJ Luis Felipe Salomão (2018, *online*), com sua didática que lhe é peculiar:

O ativismo relaciona-se ao comportamento dos juízes. Significa conduta que *desborda* da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira *expansiva*. Assemelha-se ao que a nova – e não tão reconhecida no meio acadêmico – doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo, a depender do ângulo), consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.

Segue o Ministro desenvolvendo o assunto:

Existem, fundamentalmente, dois grandes pontos reconhecidos como vantagens – quase que de maneira incontroversa – no ativismo: a) a proteção contra majoritária, quando o

Judiciário guarda e garante os direitos da minoria que não lograria obtê-la no Parlamento; e b) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que envolvam direitos fundamentais.

Por outro lado, existem também objeções a essa atuação, tendo em vista: a) a ausência de legitimidade democrática dos juízes (não são eleitos), impossibilitando-se avaliar a vontade do povo; b) o risco sério e agudo de politização judicial e c) a possibilidade de ultrapassar a capacidade institucional do Judiciário.

Já Elival da Silva Ramos (2010, p.129) define o Ativismo Judicial como:

exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

Em suma, o ativismo judicial é uma atuação além da técnica judicial; é o judiciário atuando além do que está escrito, muitas vezes completando o que não existe na legislação, entregando às partes soluções dentro de omissões do legislativo e do executivo.

3. ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O ativismo judicial brasileiro tem sofrido diversas críticas, principalmente no que tange a decisões que envolvem cunho político.

Na história recente do STF, vimos três decisões, em governos distintos, impedindo nomeações a cargos de confiança no âmbito do governo federal. O ministro Gilmar Mendes, em 18 de março de 2016, liminarmente impediu a nomeação de Luis Inácio Lula da Silva como ministro chefe da casa civil, pois entendeu haver desvio de finalidade e ferir a moralidade administrativa, conforme a Medida Cautelar em Mandado de Segurança (MS) 34.070.

Usando o mesmo entendimento, já no presente ano de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes impediu a nomeação do executivo federal ao cargo de Ministro da Justiça, de acordo com a MS 37.097.

A Suprema Corte brasileira, em ambas as decisões, sofreu diversas críticas de interferência política, pois seriam cargos de livre nomeação e exoneração, bem como estariam dentro da esfera discricionária do poder executivo.

Ora, não teceremos comentários políticos sobre o tema. Todavia, temos um exemplo claro do ativismo da Suprema Corte que, mesmo que na falta de texto expresso e claro da legislação sobre o assunto, aplicou os princípios constitucionais, fazendo cessar um ato administrativo do executivo com maquiagem de legalidade, contudo, com desvio de finalidade e moralidade.

Além disso, percebemos um real ativismo judicial na área de saúde, pois no conflito entre um direito fundamental— saúde— e a reserva do possível alegado pela Administração Pública, o judiciário tem determinado a compra de medicamentos, custeio de tratamentos caros ou ainda a compra de alimentação especial, onerando cada vez mais os cofres públicos, contudo, sem saber ao certo quanto é arrecadado e como deve ser feito cada gasto.

O Brasil tem várias experiências no ativismo judicial, devendo tais casos serem balizados e, nessa seara, eliminar o lado ruim do ativismo de modo a melhorar o que tem dado certo.

4. ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

No ramo previdenciário há muito ativismo judicial, encabeçado principalmente pela atuação do STJ, conforme teceremos comentários ao longo das próximas linhas, utilizando casos concretos como base de análise do referido ativismo.

4.1 Tema 982 – Acréscimo de 25% ao segurado que necessitar de auxílio de terceiro em qualquer aposentadoria

A Lei nº 8.213/1991 traz a hipótese da grande invalidez; contudo, tal previsão aplica-se apenas à aposentadoria por invalidez na referida legislação, conforme seu art. 45: “O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento)”.

O que o Tema 982 discutiu foi a possibilidade de tal acréscimo ser aplicado em qualquer aposentadoria – ou seja, uma vez aposentado, fatores como idade, tempo de contribuição, aposentadoria rural, híbrida, tornam-se irrelevantes, e caso após a concessão passou a necessitar do auxílio permanente de terceiro, será devido o acréscimo de 25%, conforme tese firmada:

Tese Firmada Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.

Caso típico do tema desse estudo, a lei traz a previsão apenas em um tipo de benefício. Todavia, o STJ, numa atuação proativa,

sem conservadorismo, estende o instituto da grande invalidez para qualquer aposentadoria.

O STJ parte do pressuposto de que toda aposentadoria pressupõe contribuição ou preenchimento de requisitos básicos, no caso do segurado especial, sendo ilógico esse indivíduo depender de terceiros a não obter a grande invalidez simplesmente por não está recebendo o benefício por incapacidade permanente (aposentadoria por invalidez), sendo que o fato gerador do direito (ser segurado e depender permanentemente de terceiro) é o mesmo.

Para fins de informação, atualmente o processo se encontra sobrestado por determinação da primeira turma do STF, vide petição 8002.

4.2 Tema 999 – Revisão da vida toda

A revisão da vida toda, nomenclaturada revisão perpetrada pelo Tema 999 do STJ, permite a utilização de todas as contribuições previdenciária para a base do cálculo daqueles segurados que ingressaram no sistema anterior a 26 de novembro de 1999, data da edição da Lei nº 9876/99. Tal revisão consiste na utilização de todas as contribuições vertidas ao sistema para os segurados supramencionados, conforme previsão do art. 29, incisos I e II da Lei nº 8.213/91.

Ocorre que, apesar de previsão legal sobre a escolha que caberá ao segurado— ou seja, se utiliza ou não contribuições anteriores a julho de 1994 na sua média para cálculo do salário de benefício—, percebe-se que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) não segue ao disposto na legislação, pois não permite qualquer tipo de escolha, realizando os cálculos sempre com a média aritmética simples das contribuições a contar de julho de 1994 em diante.

Então, mesmo depois de parte do judiciário compreender que tal revisão não era possível, o STJ, mais uma vez demonstrando sensibilidade com o segurado, atua positivamente ao permitir o uso de contribuições anteriores a julho de 1994 no cálculo do benefício.

Tese Firmada Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.

Atualmente, o recurso do INSS está pendente de conhecimento no STF.

4.3 Tema 1007 – Concessão de aposentadoria híbrida com utilização de trabalho remoto

No Tema 1007, o Tribunal da Cidadania entendeu pela possibilidade de utilização de tempo rural remoto, ou seja, anterior à Lei nº 8.213/91, mesmo que sem contribuição, para cômputo da carência da aposentadoria híbrida.

A aposentadoria híbrida é aquela cuja carência é de 180 meses, sendo a soma de tempo rural ao tempo urbano, não importando caso um se sobressaia sobre o outro; tampouco importa qual atividade estaria exercendo na Data de Entrada do Requerimento (DER), conforme já decidido pelo próprio STJ no tema 131.

Destarte, o STJ firmou a tese de que o tempo de rural pode ser remoto, longínquo e anterior à legislação de benefícios, em mais uma atitude de ativismo judicial em favor do mais necessitado – o segurado hipossuficiente que laborou por décadas no meio rural.

Tese Firmada O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento

do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.

4.4 Tema 563 – Desaposeitação

O Tema 563 foi uma demonstração de tipos de ativismo judicial que o Judiciário pode adotar, pois o STJ e o STF tiveram decisões completamente diferentes ao discutir o mesmo assunto.

No julgamento do Tema 563, o STJ firmou a tese: *“os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis, razão pela qual admitem desistência por seus titulares, destacando-se a desnecessidade de devolução dos valores recebidos para a concessão de nova aposentadoria”*.

Ocorre que a discussão foi ao STF, ocasião em que a Suprema Corte entendeu que não cabe desaposeitação sem expressa previsão legal: *“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposeitação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”*.

Desse modo, foi utilizado um ativismo completamente conservador, com posição firme favorável à Administração Pública, já que na discussão entrou a questão financeira da Autarquia Federal. Nesse sentido, percebemos duas formas completamente distintas da utilização do mecanismo do ativismo.

Cumprе ressaltar que, atualmente, o STJ alterou seu entendimento, adequando-o ao entendimento consolidado pela Corte Maior.

5. CONCLUSÃO

Conforme apresentado no presente estudo acima, o ativismo judicial está inserido nos Tribunais Superiores do Brasil. Contudo, percebemos que tal instituto ainda não apresenta uma regra própria definindo limites, o que deixa sua utilização em aberto, como um

cheque em branco, dependendo da sensibilidade do Tribunal que utilizará.

O ativismo judicial dos Tribunais Superiores em matéria previdenciária é um importante instrumento para ampliação dos benefícios, funcionando, muitas vezes, como verdadeiros distribuidores de renda, fazendo valer o princípio da distributividade dos benefícios e serviços previdenciários.

Em muitos casos o ativismo irá esbarrar em questões orçamentárias, reserva do possível, situação que deve ser analisada caso a caso para que o funcionamento da máquina pública não seja prejudicado e os segurados não percam direitos essenciais à pessoa humana.

REFERÊNCIAS

GEN JURÍDICO. “Brasil soma quase 100 milhões de casos a serem julgados pelo Judiciário; como solucionar essa questão?”. **GEN Jurídico**. *Online*. Publicado em: 10 jun. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2X3uxRR>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO, Luis Felipe. “Ativismo judicial: para quem e por quê?”. **Migalhas**. *Online*. Publicado em: 19 out. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/303V43g>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

REFORMA PREVIDENCIÁRIA E SEU IMPACTO PARA AS MULHERES

Mônica Pinheiro¹

1. INTRODUÇÃO

A presente obra tem por objetivo principal analisar os impactos trazidos para as mulheres, em especial no Nordeste do Brasil, pelas modificações tidas no regramento Previdenciário, a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019, buscando demonstrar como as mulheres já possuíam desvantagem em relação aos homens para obtenção da aposentadoria e como a mudança na legislação previdenciária acirrou esta diferença.

A Previdência traz em sua essência os princípios da solidariedade, da proteção ao segurado e da vedação ao retrocesso social, tendo os dois últimos sido atacados diretamente através das alterações recentes. Ao longo do trabalho, iremos traçar um paralelo entre os princípios e as mudanças ocorridas na legislação a partir do final de 2019 com o advento da EC.

Neste contexto, serão analisadas as mudanças nas regras da previdência e como estas impactaram diretamente as mulheres, de acordo com as condições de empregabilidade e expectativa de vida em nossa sociedade, em especial na região Nordeste. A partir daí, será traçado um paralelo da EC nº 103/2019 e as principais mudanças trazidas por ela, utilizando como base a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) e os estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de modo a avaliar o

¹ Graduada pela Faculdade Boa Viagem – 2010; Pós-Graduada em Gestão Pública – UFRPE 2011; Pós-Graduada em Direito Processual, Direito do Trabalho e Direito Previdenciário – ESMATRA 2019; Membro da Comissão Direito Previdenciário OAB/PE.

impacto destas mudanças e verificar se houve um cuidado com a manutenção dos princípios inerentes à previdência.

Ao final, será realizada uma análise a partir dos pontos levantados para verificar se a Reforma da Previdência consolidada com a EC nº 103/2019 impactou de forma mais severa as mulheres ou não.

Não menos importante destacar ainda sobre a presente pesquisa que, para tanto, foram utilizados referenciais teóricos acerca do tema, sendo deles os textos produzidos pela doutrina, dados estatísticos obtidos pela PNAD e IBGE e a legislação brasileira, para que se possa fazer uma comparação entre a condição da segurada antes e após a EC nº 103/2019.

Por fim, não tendo por intenção esgotar todo o debate acerca do tema, este trabalho foi elaborado de forma crítica, verificando os posicionamentos mais recentes sobre o tema diante do cenário atual, com o intuito de evidenciar alguns aspectos relevantes da condição da trabalhadora frente aos benefícios de aposentadoria e pensão por morte, para que sirva, aos interessados, como referência de pesquisa.

2. REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Para conceituarmos melhor o que esta mudança na legislação acarretou para o direito previdenciário, é preciso entendermos os motivos que causaram a reforma. Os idealizadores da reforma justificavam sua necessidade baseados em alguns fatores: o povo brasileiro se aposentava muito cedo quando comparado a outros países; o aumento da expectativa de vida da população acabou por estender o tempo de pagamento do benefício por parte do Governo; e o déficit da Previdência Social. Esse pensamento é descrito por Peixoto (2020, p. 16), que relata:

A Reforma da Previdência se baseia naquela que talvez seja a mais extraordinária conquista da sociedade brasileiras nas últimas décadas: a expressiva elevação da expectativa de vida. Muito mais brasileiros chegam à terceira idade e

nossos idosos vivem cada vez mais. Aos 65 anos de idade, a expectativa de vida das brasileiras é de 85 anos. A dos homens, de 82 anos.

Todos esses dados somados embasavam o principal argumento utilizado para efetivação da reforma: que os gastos com a previdência se multiplicam, tendo mais beneficiários a cada dia e menos contribuintes, acarretando desequilíbrio das contas e um déficit que só crescia a cada ano. Com isso, precisaria haver mais investimentos em previdência e, conseqüentemente, a diminuição dos investimentos em outras áreas— como educação e saúde— para cobrir o déficit da previdência.

Essa preocupação, tida pelos que buscavam, através da Reforma, uma solução para equilibrar os gastos da previdência, é explicitada por Lazzari et al. (2020, p. 3):

De acordo com os números oficiais, na década de 1950, oito contribuintes financiavam cada beneficiário. Em 1970, essa relação era de 4,2 para 1; o número de contribuintes foi decrescendo: 2,8, em 1980; 1,9 em 1995. Segundo o anuário estatístico da Previdência Social dos últimos anos, o número de contribuições, que chegou a 71,3 milhões em 2014, caiu em 2016 para 66,8 milhões (fruto da recessão econômica e do desemprego). Por seu turno, o número de beneficiários de aposentadorias e pensões para o mesmo período chegou a quase 29 milhões.

Com esses argumentos buscou-se reduzir os gastos no curto prazo, criando novas regras para retardar a data da aposentadoria. A ideia consistia em aumentar a idade mínima para homens e mulheres e acabar com a aposentadoria por tempo de contribuição. Como muitos seriam prejudicados por perderem a possibilidade da aposentadoria por tempo de contribuição, foram criadas regras de transição voltadas aos indivíduos que demonstravam faltar poucos anos para implementar os requisitos pela regra anterior.

A questão é que se aumentou a idade mínima para a aposentadoria e também o tempo de contribuição, no caso dos homens, no sentido de obter valores ao menos mais próximos dos arrecadados anteriormente, antes da mudança da legislação. Pela nova regra, o cumprimento de 20 anos de contribuição pelos homens e 15 anos pelas mulheres não possibilita mais uma média de 90% dos rendimentos como antes, mas apenas 60% que terão acrescidos 2% a cada ano a mais de contribuição.

Em publicação da iG (CASAL JR., 2019, *online*), em sua página de economia, são apresentados dados sobre o mercado formal de trabalho:

O ingresso do jovem brasileiro no mercado de trabalho formal acontece cada vez mais tarde. Em média, a primeira carteira assinada só acontece aos 28,6 anos, segundo levantamento da consultoria iDados a partir dos dados de 2017 da Relação Anual de Informações Sociais (Rais), os mais recentes. Antes da crise, entre 2006 e 2014, a idade média do primeiro emprego formal girava em torno de 25 anos. [...]

Estatísticas do IBGE mostram que a taxa de desemprego na faixa etária entre 18 e 24 anos é mais que o dobro do índice geral, que abrange todos os mais de 13 milhões de trabalhadores sem ocupação no país.

Ao observarmos esses dados, se os considerarmos válidos na data de hoje e que o ingresso no emprego formal ocorre, em média, aos 28 anos de idade, a consequência será que, ao chegar na idade da aposentadoria, as mulheres terão completado 34 anos de contribuição e os homens 37 anos. Mas, para que isso aconteça, será necessário que o indivíduo nunca perca o emprego ou a condição de assegurado da previdência, o que é praticamente impossível em nosso país. Mesmo que os indivíduos consigam cumprir todo este tempo de contribuição, não terão 100% do valor da aposentadoria.

Sendo assim, praticamente ninguém conseguirá obter o valor

total a que teria direito a título de aposentadoria. Essa afirmação fica ainda mais verdadeira quando nos referimos às mulheres, que em muitos casos interrompem seu período laboral e contributivo não só pela condição de desemprego, mas também para cuidar da família.

3. MULHERES E EDUCAÇÃO

Estudos do IBGE mostram que as mulheres estudam muito mais que os homens, e mesmo assim possuem remunerações menores (PERET, 2018). Embora a Constituição de 1988 (CF/88) garanta a igualdade de condições para homens e mulheres, essa não é a realidade.

Uma pesquisa realizada pelo IBGE em 2016 apontou que mulheres, independentemente de cor, frequentam a escola no ensino médio mais que os homens. Essa diferença corresponde, em média, a 10% (Fig.1).

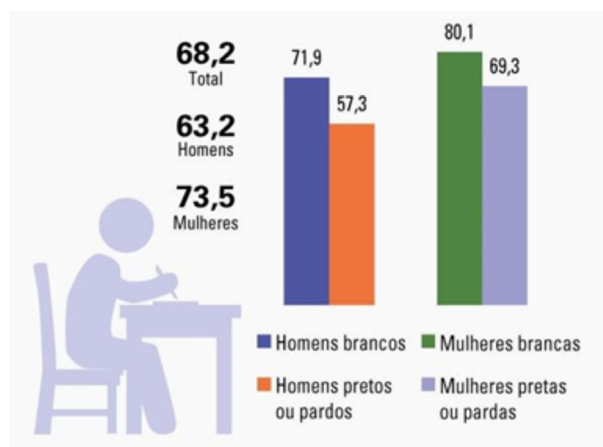


Figura 1 – Taxa de frequência escolar líquida ajustada no ensino médio, por sexo e cor ou raça (%)

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (2016).

Essa diferença no empenho em obter mais conhecimento por parte das mulheres, em comparação aos homens, permanece durante toda a vida acadêmica.

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES, 2017) afirma que as mulheres são maioria nos cursos de pós-graduação. Sobre o tema, publicou:

Os dados da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) sobre o Sistema Nacional de Pós-Graduação apontam que as mulheres são maioria nessa modalidade da educação brasileira. Os números mais recentes, de 2015, indicam 175.419 mulheres matriculadas e tituladas em cursos de mestrado e doutorado, enquanto os homens somam 150.236, uma diferença de aproximadamente 15%.

Apenas na modalidade de mestrado acadêmico, as mulheres somaram 11 mil matrículas a mais que os homens e aproximadamente 6 mil títulos a mais foram concedidos a mulheres do nesse ano. A modalidade de doutorado também traz realidade semelhante, com um total de 54.491 mulheres matriculadas e 10.141 tituladas, ao passo que os homens somaram 47.877 matrículas e 8.484 títulos naquele ano.

Os dados da CAPES são apresentados na tabela abaixo (Tab. 1).

SEXO	DOUTORADO		MESTRADO		MESTRADO PROFISSIONAL	
	MATRICULADO	TITULADO	MATRICULADO	TITULADO	MATRICULADO	TITULADO
FEMININO	54.491	10.141	66.439	26.443	13.529	4.376
MASCULINO	47.877	8.484	55.175	20.215	14.390	4.095
Total Geral	102.368	18.625	121.614	46.658	27.919	8.471

Tabela 1 – Total de discentes por situação, nível, e sexo, ano de 2015.

Fonte: Plataforma Sucupira (CAPES/MEC).

(CCS/Capes – com informações da Agência Brasil e CNPq)

Mesmo investindo muito mais em conhecimento, as mulheres possuem remuneração mais baixa que a dos homens na mesma fun-

ção. Esses dados foram publicados pela Agência Brasil, gerida pela Empresa Brasil de Comunicação (CRUZ, 2020, *online*):

Segundo os dados da pesquisa, as mulheres com ensino superior completo são a maioria no mercado de trabalho brasileiro (55,1% do total) na comparação com os homens com ensino superior.

No Brasil, a média salarial dos admitidos com ensino superior completo é de R\$ 4.640,00 para homens e de R\$ 3.287,00 para as mulheres, ou seja, em média, a mulher ainda recebe 41% a menos em seus salários em comparação aos homens.

O IBGE, através de sua agência de notícias, confirmou através de suas pesquisas que um maior nível de instrução traz maiores salários. Os dados foram trazidos na PNAD Contínua (2019), conforme podemos checar no gráfico abaixo (Fig.2):

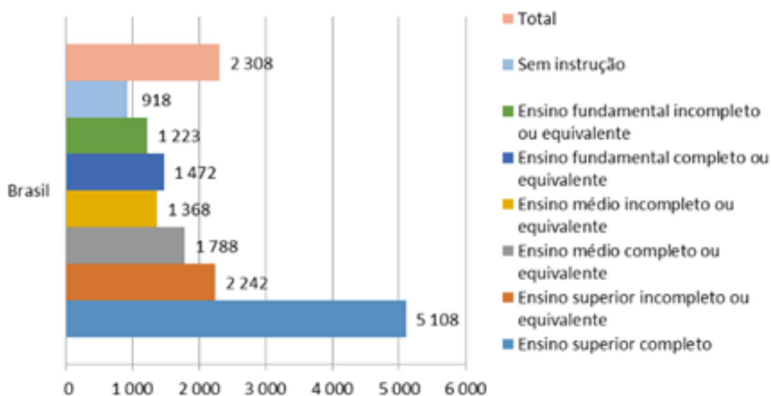


Figura 2 – Rendimento médio mensal real de todos os trabalhos, por nível de instrução (R\$)

Fonte: IBGE (2020).

Através do gráfico, podemos perceber que quem possui ensino superior completo tem mais de 100% de remuneração que as pessoas que possuem ensino superior incompleto ou que a média dos rendi-

mentos de todos os níveis de instrução. Ainda, se compararmos com os que completaram o ensino médio, seus ganhos superam os destes em três vezes. Se a comparação for feita com os que não possuem instrução, a superação é de quase seis vezes.

Talvez as mulheres busquem mais estudo durante sua vida produtiva por saberem que quanto maior o grau de instrução, maior o salário—tentando, desta forma, diminuir a perda salarial que possuem em relação aos homens.

4. MULHERES E MERCADO DE TRABALHO NO BRASIL

As mulheres assumem diversas tarefas além das inerentes ao seu trabalho. Elas precisam dividir seu tempo entre os afazeres domésticos, o cuidado com a família e os compromissos profissionais. Todos esses afazeres acabam fazendo com que tenham jornada dupla, ou até mesmo tripla.

No que diz respeito aos afazeres domésticos, dados de 2019 do IBGE demonstram que 146,7 milhões de pessoas a partir dos 14 anos se dedicam a estas atividades. Dentre as mulheres, 92,1% realizam estas tarefas, enquanto na população masculina são 78,6%. Se comparadas as regiões do país, no Nordeste as mulheres representam um percentual de 21% a mais que os homens nos afazeres domésticos; já no Sul, a diferença entre os sexos é de 9,6%. Esta maior dedicação nos afazeres domésticos acaba acarretando uma carga horária de trabalho menor para as mulheres, sendo de em média uma hora semanal.

Nos graus mais baixos de instrução, a predominância das mulheres nos empregos de domésticas é uma temática atual. A questão é que muitas não possuem registro e nem contribuição previdenciária; a falta de registro é uma realidade para muitos trabalhadores, em todo o país. Conforme dados do IBGE de 2018, estes números aumentaram 0,9 pontos percentuais do ano de 2017 para 2018 no mesmo período. Em estados do Nordeste, como Maranhão, Pará e

Paraíba, o percentual de empregados com carteira assinada fica em torno dos 50%.

No caso das empregadas domésticas, a pesquisa apurou que em 2018 o registro existia apenas para cerca de 29,4%, representando uma diminuição de 1,2% em comparação ao ano de 2017.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em publicação no final de 2019, apresenta dados emitidos pelo IBGE e pela PNAD os quais confirmam que mais de 6 milhões de brasileiros estão empregados nos trabalhos domésticos. Deste total, 92% são mulheres, que são, em sua maioria, negras e pobres.

A maioria dos trabalhadores domésticos trabalha sem registro de carteira de trabalho e com renumeração abaixo do salário mínimo do país. Mesmo entre os trabalhadores domésticos, a diferença entre salários de homens e mulheres também pode ser observada. Dados do IBGE do último trimestre de 2018 mostram que os homens recebiam, em média, R\$1.019,61 enquanto as mulheres apresentavam média de R\$846,12.

Um outro dado interessante trazido pelo estudo é um crescimento do quantitativo de mulheres mais velhas neste tipo de serviço. De 1995 até 2018, o percentual de mulheres adultas (entre 30 e 59 anos) cresceu de 50% para aproximadamente 80% nesta categoria. Ou seja, devido ao aumento da crise econômica, mais mulheres estão buscando empregos domésticos, mesmo que estes apresentem alto grau de informalidade.

O IBGE também apresentou dados de 2019 que apontam que o Nordeste e o Norte detêm os menores valores de rendimento médio em comparação com outras regiões do país. Ainda, o menor valor é encontrado no Nordeste, que apresentou valor de R\$1.510,00; já o Sudeste apresenta valores 75,2% maiores que o Nordeste. Esta diferença pode ser observada no gráfico a seguir (Fig.3).

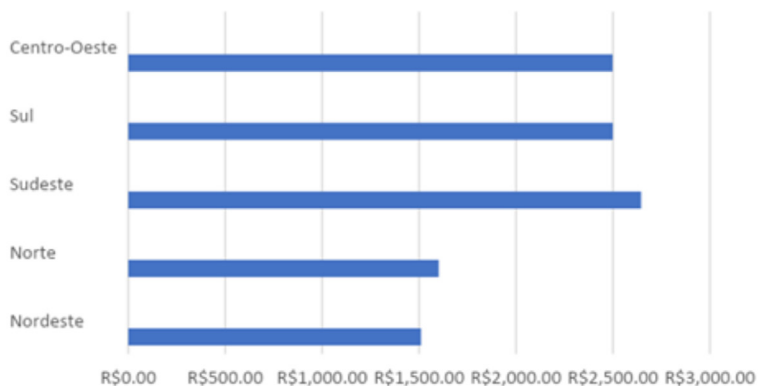


Figura 3 – Rendimento Médio Real

Fonte:

Mais que a diferença entre regiões, o IBGE apresentou dados que demonstram a diferença de rendimento entre gêneros: o rendimento de todos os trabalhos dos homens é 28,7% maiores que o das mulheres, apresentando valores de R\$2.555,00— enquanto o das mulheres era de R\$1.985,00.

Não é apenas no salário que as mulheres levam desvantagem. Segundo dados do IBGE do segundo trimestre de 2018, embora as mulheres representassem 52,4% da população em idade produtiva, os homens representavam 56,3% das ocupações. Na região Norte, esse percentual era ainda maior, alcançando a porcentagem de 60,2%.

Na média, os homens representavam 63,6% da ocupação, deixando as mulheres com o percentual de 44,8%. Estes números demonstram que, mesmo estando mais preparadas academicamente, as mulheres ainda ficam com menos vagas no mercado.

Um componente que não pode ser deixado de lado é a questão da desocupação, a qual contribui para a diminuição dos valores salariais oferecidos no mercado. Com a crise econômica, o IBGE apresentou para o segundo trimestre de 2018 a taxa de desocupação de 12,4% para o Brasil. Os estados do Norte e Nordeste, como Alago-

as, Sergipe, Pernambuco, Bahia e Amapá, apresentaram percentuais próximos a 20%, em média. Nos estados do Centro-Oeste, Sudeste e Sul, os números não chegam aos 10%.

Outro dado importante é que o percentual de desalentados encontrados na pesquisa da PNAD Contínua foi o maior desde 2012, ano em que teve início esta série de pesquisas. Os desalentados não são pessoas que não querem trabalhar, mas que não acreditam ser possível encontrar ocupação, devido a componentes como: idade; não possuir qualificação ou estudo; não haver oferta de empregos na região onde reside.

O número de desalentados entre o segundo trimestre de 2017 e o de 2018 saltou de 4 milhões de pessoas para 4,8 milhões. Mais uma vez, estados do Nordeste, como Maranhão e Alagoas, encabeçaram a lista com percentuais de 16,6% e 16,2%, respectivamente. Estados como Rio de Janeiro e Santa Catarina apresentaram percentuais de 1,2% e 0,7%.

5. EXPECTATIVA DE VIDA E PREVIDÊNCIA

A expectativa de vida tem crescido nas últimas décadas. Segundo o IBGE, entre 1940 e 2018, a expectativa de vida no Brasil aumentou 30,8 anos. Em 1940, a expectativa para os homens era de 45,5 anos e de 48,3 anos para as mulheres. Com as quedas das taxas de mortalidade, em 1960 a expectativa de vida já era de 52,5 anos. De 2017 para 2018 a expectativa aumentou, em média, três meses e 4 dias, fazendo com que as mulheres passassem a ter expectativa de vida de 79,9 anos e 72,8 anos para os homens.

Para que se tenha ideia do que isso representa, na década de 1940, de mil pessoas que atingiam 65 anos, apenas 259 alcançariam 80 anos ou mais. Já em 2018, destes mesmos mil que completassem 65 anos de idade, mais que o dobro daqueles da década de 40 alcançariam os 80 anos: seriam 637 em lugar dos 259 de 1940.

Com o aumento da expectativa de vida, o número de aposentados e pensionistas também aumentou, sendo esta uma das justificativas para as alterações na legislação previdenciária, segundo seus propositores. Mas dados do IBGE de 2019 mostram que 14,7% da população recebia aposentadoria ou pensão. Estes dados não estão muito distantes dos apresentados em 2012, que eram de 13,1%. Em 7 anos, o acréscimo foi de 1,6% nos números.

As mulheres vivem em média 7 anos a mais que os homens; uma consequência disso é que o número de viúvas é maior que o de viúvos. O quantitativo de mulheres atingidas pelas modificações da legislação previdenciária será maior que o de homens, principalmente no que diz respeito ao benefício de pensão por morte.

6. MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO PARA AS MULHERES

A Reforma da Previdência trouxe muitas modificações para as mulheres; a principal delas diz respeito à idade mínima para a aposentadoria, que passou a ser de 62 anos de idade. O requisito de 15 anos de contribuição permaneceu inalterado.

Uma outra modificação foi a perda do direito de aposentar-se por tempo de contribuição. Antes, a mulher podia aposentar-se aos 30 anos de contribuição, independentemente de sua idade. Desta forma, caso tivesse iniciado sua vida profissional aos 18 anos, aos 48 poderia aposentar-se, o que representava um ganho para elas, que possuem também o trabalho doméstico.

No caso da mulher servidora pública, para aposentar-se precisará ter no mínimo, a partir de janeiro de 2020: 57 anos de idade; 30 anos de contribuição; 20 anos de efetivo exercício no serviço público; e 5 anos no cargo efetivo em que se derá aposentadoria. O somatório de pontos de idade mais tempo de contribuição, que era de 86 pontos, passará a ser, a partir de janeiro de 2020, acrescida de 1 ponto a cada ano, até atingir 100 pontos para as mulheres.

Ainda, sendo servidora pública federal, será aposentada aos 62 anos de idade; 25 anos de contribuição; 10 anos de efetivo exercício no serviço público; e 5 anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

Para as professoras poderem aposentar-se passou a ser necessário o cumprimento dos requisitos de 25 anos de contribuição e idade mínima de 57 anos. Neste caso, não haverá incidência do fator previdenciário.

Pela regra de transição, as mulheres professoras podem aposentar-se com 51 anos de idade e 25 anos de contribuição; mas, a partir de 1º de janeiro de 2020, serão acrescidos 6 meses, a cada ano, na idade, até atingir os 57 anos. Na transição da Regra dos Pontos é preciso somar 81 pontos, sendo 25 referentes ao tempo de contribuição. A partir de janeiro de 2020, será acrescido 1 ponto a cada ano, até atingir 92 pontos.

Para os casos de professora federal, a idade mínima também será de 57 anos para elas; 25 anos de contribuição; 10 anos de efetivo exercício de serviço público; e 5 anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria.

No caso da pensão por morte, antes era garantido 100% do valor da aposentadoria ou da que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data do óbito, em caso de morte do segurado. Agora, com a reforma, terá direito apenas a 60% mais 10% por dependente. No caso de possuir dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, terá direito a 100% do valor do benefício. Caso contrário, só obterá os 100% caso possua 4 ou mais filhos.

Outro ponto importante no caso das pensões é a impossibilidade da reversão de cotas. Isso significa que, ao completar a maior idade, a cota referente a este dependente não é redistribuída entre os outros beneficiários – a cota se estingue. Com certeza, uma grande perda para quem já tem o valor do benefício reduzido no momento de sua concessão.

Ainda assim, sua renda será de 60% do valor, acrescido de 2% a cada ano de contribuição que superar os 15 anos de contribuição, e não terá descartados os 20% dos menores salários de contribuição.

7. IMPACTO DA MUDANÇA NA LEGISLAÇÃO SOBRE OS BENEFÍCIOS PARA AS MULHERES

As mudanças na legislação previdenciária trouxeram impactos substanciais para as mulheres. Dentre os benefícios que apresentaram as alterações mais importantes podemos citar as mudanças nas aposentadorias urbanas, nas aposentadorias de professoras e nas pensões por morte.

As aposentadorias urbanas cresceram mais 2 anos de trabalho para as mulheres como requisito a ser implementado para sua aquisição, além de no mínimo 15 anos de contribuição. Estes 2 anos podem não parecer que irão ter uma grande influência na aposentadoria, mas, quando observamos os dados já relatados anteriormente, podemos perceber que muitas mulheres jamais vão conseguir aposentar-se, pois não será necessário apenas cumprir o requisito da idade, mas também o tempo mínimo de 15 anos de contribuição.

Imagine uma mulher que, em sua ocupação no mercado de trabalho, quando comparada aos homens, não possui a mesma média de salário dos homens e ainda assume cuidados domésticos: quando essa mulher tem um filho, após o período de licença maternidade— se tiver direito a ele —, em muitos casos, permanecerá em casa para cuidar do filho pois o que ganha de salário não compensa a contratação de outro indivíduo para cuidar dele.

Tal circunstância— a de interromper sua vida profissional — poderá ocorrer outras vezes, seja pelo nascimento de um outro filho, seja para cuidar de um parente doente. Quando a mulher finalmente estiver disponível, muitas vezes não terá sua mão-de-obra absorvida pelo mercado de trabalho. Uma coisa é certa: ela encontrará dificuldades para completar o período contributivo necessário para a

aposentadoria. No Nordeste, estes problemas intensificam-se com a informalidade, a menor oferta de empregos e devido aos empregos em que não são registradas.

Ainda, ao analisarmos a aposentadoria de professoras, em especial do ensino fundamental, percebe-se que qualquer período a mais em sala de aula acarretará num desgaste maior.

No caso das pensões por morte, além de o valor ser calculado sobre o benefício de aposentadoria – quando já aposentado – ou de aposentadoria por incapacidade permanente – no caso de ainda não estar aposentado –, tais bases de cálculo terão apenas 60% deste valor, acrescido de 10% por dependente. Ou seja, no caso de uma mulher idosa, que não tenha mais filhos dependentes, sua pensão irá corresponder a 60% do benefício de aposentadoria ou de incapacidade permanente, sendo que esta última opção trará um benefício com valor ainda menor. Destarte, segundo o IBGE (2019), observa-se que o valor médio da aposentadoria ou pensão obteve como maior média o valor de R\$2.403,00 no Centro-Oeste do país, e o de menor média foi a da região Nordeste, com valor de R\$1.625,00.

Imaginem a condição da viúva utilizada como exemplo, que terá um rendimento consideravelmente menor para manter os custos de uma casa que antes era provida pelo casal. Levando-se em consideração que a média obtida pelo IBGE no ano de 2019 sofrerá uma queda devido à nova forma de cálculo das aposentadorias e pensões, como essa mulher irá conseguir prover seu sustento?

8. CONCLUSÃO

Ao concluir este artigo, observa-se que os objetivos traçados foram alcançados, tendo em vista terem sido expostas as condições das mulheres em relação à matéria, iniciando o estudo a partir da expectativa de vida, das condições das mulheres no campo da educação, passando pelo mercado de trabalho, as modificações nas regras

da Previdência no que tange às mulheres e a verificação dos números apontados pela PNAD e pelo IBGE dos últimos anos.

Vimos que as mulheres no Brasil, embora sejam mais dedicadas sem obter qualificação profissional através dos estudos, continuam em desvantagem em relação aos homens sob vários aspectos. Verifica-se também que apresentam rendimentos mais baixos, além de maior nível de desocupação e informalidade nos últimos anos, tendo os piores índices registrados na região Nordeste.

As mulheres apresentam dificuldades em permanecer no mercado de trabalho, pois possuem afazeres familiares em maior proporção que os homens; ainda, devido às baixas remunerações, interrompem a vida profissional para cuidar dos filhos e muitas vezes não conseguem retornar ao mercado de trabalho ou manter a condição de segurada do INSS através das contribuições previdenciárias.

Também foram apresentados os novos regramentos da previdência nos benefícios que mais impactam sobre as mulheres, como as aposentadorias e pensões. Assim, restou demonstrado que as modificações trazidas pela Reforma Previdenciária, em especial quanto aos benefícios de aposentadoria e pensão, acabaram por reduzir os valores destes benefícios em todo o país e, embora tenha trazido uma economia para a previdência com a redução dos valores a serem pagos, além de um maior prazo para o início do pagamento dos benefícios devido ao acréscimo de tempo para implementação dos requisitos de aposentadoria, não podemos considerá-la um ganho, uma vez que esta economia revela um problema muito maior: a queda acentuada na condição de manutenção da sobrevivência dessas mulheres.

As mulheres, que sempre estiveram em situação menos privilegiada e que já temiam sua condição frente aos desafios do mercado de trabalho e quanto a sua sobrevivência no caso da perda de seu cônjuge, se veem numa conjuntura ainda mais delicada quando se percebem desamparadas pelas novas regras da previdência.

Enfim, após análise de todo o trabalho, notamos a existência

de dois impasses: como podemos contribuir para a melhoria da condição em que as mulheres se encontram no mercado de trabalho, principalmente no Nordeste; e a questão da onerosidade imposta pelas novas regras da Previdência, trazidas pela EC nº 103/2019, e quais soluções poderão ser encontradas para que essas mulheres consigam adquirir o direito à aposentadoria e à manutenção de uma vida digna durante a velhice.

É preciso que a sociedade passe a cumprir o direito de igualdade garantido em nossa Constituição para que as mulheres possuam os mesmos salários e condições de disputa no mercado de trabalho. É inadmissível que ainda hoje seja priorizado empregar homens por não estarem suscetíveis à licença maternidade. Apesar do crescente número de mulheres que passaram a assumir papéis de liderança em grandes corporações, a grande maioria ainda permanece em condição de desvantagem.

Assim, discussões e estudos através de dados estatísticos identificados a partir das novas regras são necessários para que sejam verificados os impactos sobre as mulheres, em especial na Região Nordeste, para que não tenhamos em poucos anos uma legião de mulheres miseráveis, que não terão como sobreviver.

REFERÊNCIAS

CAPES. “Mulheres são maioria na pós-graduação brasileira”. **Co-ordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior**. *Online*. Publicado em: 08 mar. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2XM5VNT>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CASAL JR., Marcelo. “Idade de entrada no mercado de trabalho formal era de 25 anos entre 2006 e 2014. Crise reduziu oportunidades para jovens e aumentou média nacional”. **iG**. *Online*. Publicado em: 12 mai. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/31DLCDx>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

CRUZ, Elaine Patricia. “Mulheres são maioria entre trabalhadores com ensino superior”. **Agência Brasil**. *Online*. Publicado em: 06 mar. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3a8KlrM>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

IBGE. Agência de Notícias. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. *Online*. 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/>>. Acesso em: mar. 2020.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. *Online*. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/33LDdAu>>. Acesso em: mar. 2020.

IPEA. “Estudo do Ipea traça um perfil do trabalho doméstico no Brasil”. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. *Online*. Publicado em: 23 dez. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3fFloFz>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

LAZZARI, João Batista; et al. **Comentários à reforma da previdência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. “**Reforma da previdência comentada**”. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

PERET, Eduardo. “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem”. Agência de Notícias. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. *Online*. Publicado em: 07 mar. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2PFY2Fs>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

LOSCHI, Marília. “Estatísticas enriquecem debate sobre desigualdade de gênero”. Agência de Notícias. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. *Online*. Publicado em: 15 mar. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/31CYIRk>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

PERISSÉ, Camille; LOSCHI, Marília. “Mercado de trabalho reflete desigualdades de gênero”. Agência de Notícias. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. *Online*. Publicado em: 19 ago. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2F9wB4P>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

A NECESSIDADE DE EQUIPARAÇÃO NO RECONHECIMENTO DO SEGURADO ESPECIAL EM FACE AO SEGURADO URBANO NA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA QUANDO DO RECEBIMENTO DE PENSÃO POR MORTE ACIMA DE UM SALÁRIO MÍNIMO

Josenildo Viana de Lima¹

Larissa Fernanda Mendes Rafael Tavares²

1. INTRODUÇÃO

O sistema previdenciário atualmente vigente no Brasil tem mostrado sua deficiência e ineficácia diante de algumas situações, as quais se apresentam como pontos essenciais para que a população tenha uma assistência justa e capaz de suprir o mínimo necessário à sobrevivência humana.

Diante desta perspectiva, relacionando-a a um contexto relativamente urgente, é que nasce o seguinte questionamento: como demonstrar a necessária equiparação do segurado especial se comparado ao segurado urbano no que concerne aos direitos constitucionais de igualdade quando se adentra na questão da aposentadoria?

Assim, o que se busca discutir no presente estudo é a possibilidade de equiparação e reconhecimento de direitos suprimidos e negados, o que constitucionalmente está sendo violado através de uma lei infraconstitucional que suprime tais direitos ao colocar o trabalhador rural em uma seara de inferioridade e desrespeito, não

¹ Graduado em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira em Recife – PE; Pós-Graduado em Direito Educacional para o Ensino Superior, pela FACOL (Faculdade Osman Lins em Vitória de Santo Antão); Pós-Graduado em Direito Previdenciário pelo IDS (Instituto Latino Americano de Direito Social).

² Advogada Consumerista, Trabalhista, Cível e Previdenciária.

proporcionando o amparo necessário a este ao pleitear sua aposentadoria, sendo beneficiário de uma pensão por morte, muitas vezes com valor pouco maior que um salário mínimo.

2. A SEGURIDADE SOCIAL E SEUS PRINCÍPIOS REGE- DORES

Inicialmente faz-se importante destacar os princípios referentes à seguridade social, os quais são descritos na Constituição Federal de 1988 (CF/88) em seu art. 194 e seus incisos.

O princípio da universalidade da cobertura do atendimento especifica basicamente que, no ordenamento jurídico brasileiro, esta é universal, assegurando que todo indivíduo residente no País tem direito aos benefícios sociais oferecidos pelo Estado, não podendo haver desigualdades ou diferenciações – ou seja, independentemente de serem habitantes da zona rural ou urbana.

Temos também o princípio da uniformidade e equivalência de benefícios e serviços à comunidade urbana e rural, sobre o qual Martins (2010, p. 61) esclarece que:

Esse princípio corrige o tratamento discriminatório que era dispensado ao trabalhador rural. Com o advento da Lei 8.213/91, foram instituídos benefícios, sem qualquer distinção, às duas classes de trabalhadores, surgindo, assim a denominação Regime Gerais de Previdência Social.

Porém, o que se verifica com a legislação determinante que se instaura através da CF/88 é uma visível afronta a estes direitos no que aduz aos trabalhadores rurais, uma vez que estes não estão amplamente amparados como aqueles que vivem nas zonas urbanas, demonstrando que a indistinção descrita por Martins (2010) não funciona na prática.

Os princípios da seletividade e distributividade na prestação de benefícios e serviços se configuram em buscar de forma igualitária

a abrangência daquilo que seria necessário à diminuição das desigualdades, atuando de maneira que, em cada região, venha funcionar em conformidade com a identificação daquilo que afeta o meio.

Quanto ao princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios, este é descrito na Carta Magna em seu art. 194, inciso IV do parágrafo único. O que se verifica na alusão ao referido princípio é a manutenção dos valores auferidos pelo beneficiário ao longo de sua aposentadoria, sendo necessária a correção dos valores a fim de que o aposentado não perca seu poder aquisitivo. Porém, a realidade se demonstra bastante controversa, considerando que aos que atualmente recebem o salário mínimo a situação se instala como calamitosa para sua sobrevivência. Assim, o Poder Público não tem buscado atender o que determina a lei no sentido de inibir a diferença que se estabelece ano a ano.

Destaca-se o princípio da equidade, trazida no inciso V do parágrafo único do art. 194 presente na CF/88, que resulta do princípio da isonomia, preceituando assim tratamento diferenciado aos desiguais, onde estes em situação jurídica diversa devem ser tratados na medida de sua desigualdade. A equidade visa a uniformidade em situações controversas pois, ao se observar a situação do trabalhador e a do empregador, não se pode uniformizar suas contribuições, considerando que ambos se colocam em patamares diferenciados – por isto, devendo considerar cada uma das situações.

Já o princípio da diversidade da base de financiamento está previsto no art. 194, inciso VI do parágrafo único da CF/88. A base de custeio da Previdência Social se consolida em conformidade com a fonte pagadora, significando que estas fontes podem variar, e por tais razões se perfaz a necessidade de uma tabela indicando a forma e o modo de arrecadação previdenciária.

Por fim, o princípio do caráter democrático e descentralizado da administração, que se encontra no art. 194, inciso VII do parágrafo único da CF/88, tem caráter democrático e descentralizado da

administração, mediante gestão quadripartite, onde participam trabalhadores, patrões, aposentados e governo através dos órgãos colegiados. O referido princípio visa uma distribuição de recursos de forma equânime e justa, buscando amparar a sociedade e fazer com que esta tenha acesso a forma como estes recursos são administrados.

2.1 O Sistema de Seguridade Social: Saúde, Assistência e Previdência Social

ACF/88 determina a saúde como direito fundamental que deve ser garantido e disponibilizado a todos sem distinção, tendo o Estado como garantidor de tal direito atuando através de políticas públicas, sociais e econômicas. O objetivo destas garantias é a redução de doenças e demais incidentes que possam afetar o bom andamento social, bem como promover o acesso em total igualdade a todos através de cada serviço disponibilizado. O art. 197 da CF/88 diz:

Art.197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo a Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Ao se falar em seguridade social, a saúde é um dos elementos deste quadro. No art. 198 da CF/88 temos a definição do Sistema Único de Saúde (SUS): “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”.

Quanto à Assistência Social, esta está prevista na Constituição através dos arts. 6º e 203, os quais trazem os seguintes conceitos:

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

[...]

Art. 203 – A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social [...].

Nesse sentido, a Assistência Social tem por objetivo amparar aqueles mais necessitados através de prestações mínimas que são oferecidas gratuitamente a fim de se garantir uma condição minimamente digna de vida. Porém, o cidadão precisa preencher alguns requisitos para que possa garantir estas prestações de assistência social; dentre eles temos a hipossuficiência, podendo tanto ser provisória como permanente. Contudo, não se faz necessário ser contribuinte do sistema de seguridade social para conseguir a assistência, sendo constatado que a grande maioria dos assistidos não são contribuintes.

Por fim, em relação à Previdência Social, o art. 1º da Lei 8.213 de 1991 assim dispõe:

Art. 1º - A previdência Social mediante contribuição tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Como se pode observar, o que diferencia a Previdência Social é seu cunho contributivo, característica que viabiliza sua existência, distinguindo-se da Assistência Social e da Saúde, pois o contribuinte, para obter o benefício, precisa comprovar algumas regras que a lei determina.

A Previdência Social no Brasil teve seu surgimento por volta de 1923, quando ocorreu a edição do Decreto nº 4.682/1923, também conhecido como Lei Eloy Chaves, determinando a implantação da caixa de aposentadoria e de pensão para os funcionários das empresas ferroviárias (OLIVEIRA, 1985).

A palavra “Previdência” deriva etimologicamente do latim “*praevidente*” e quer dizer condição daquilo que é previdente, que prevê ou busca evitar previamente transtornos: medidas de previdência— ou seja, medidas de prevenção. Ao se introduzir tal definição no sistema jurídico, se tem por entendimento que a Previdência Social visa amparar e proteger o trabalhador e seus dependentes, caso este seja acometido por invalidez, morte, velhice, acidente de trabalho, maternidade, desemprego, reclusão, amparando também a família através da aposentadoria, pensões, assistência médica e hospitalar, entre outras coisas. Ensina-nos Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 29):

A seguridade social é definida tradicionalmente como seguro *sui generis*, pois esta é considerada de filiação compulsória para os regimes de RGPS (Regime Geral da Previdência Social) e RPPS (Regime Próprio de Previdência Social), além disso, também tem caráter coletivo, contributivo e de organização estatal, dando proteção e amparo para os beneficiados contra o risco pela convivência em sociedade, tais como as adversidades da vida que qualquer pessoa pode estar sendo submetida.

No entanto, podemos observar no regime complementar a característica da autonomia no ingresso, diferentemente do regime básico, mantendo assim uma isonomia com relação ao regime básico que é de cunho contributivo, coletivo ou individual. Assim, existe no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) a questão da faculdade no ingresso, voltado a socorrer aqueles que não exercem atividade laboral.

2.2 Aposentadorias no Regime Geral de Previdência Social(RGPS)

A CF/88 prevê em seu art. 201, em redação proveniente da Emenda Constitucional (EC) nº 20/1998, o recebimento de aposentadoria nas seguintes condições:

Art. 201 – [...]

§ 7º - É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

§ 8º O requisito de idade a que se refere o inciso I do § 7º será reduzido em 5 (cinco) anos, para o professor que comprove tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

Além da previsão constitucional, a aposentadoria também tem previsão no RGPS através da Lei 8.213/1991, com redação em seu art. 18:

Art. 18 - O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente de trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - Quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de serviço;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006)
- d) aposentadoria especial; [...]

A Previdência Social não tem natureza jurídica contratual, visto que— exceto pelo segurado facultativo, em seus regimes básicos— é

de natureza compulsória, não se fazendo presente à vontade ou não do trabalhador em contribuir, sendo sua filiação imediata ao ser contratado pela empresa. Assim, o poder concedido ao Estado o possibilita a determinar através de suas leis que o trabalhador seja automaticamente vinculado ao sistema previdenciário.

Entende-se que a Previdência Social é de natureza publicista, decorrendo da vontade da lei e não das partes integradas a ela. Porém, sua assistência deve ser equânime, visando assegurar ao indivíduo seu sustento minimamente possível quando este não consiga mais exercer suas atividades laborativas, assim como aqueles que dele dependam quando não mais o provedor se fizer presente.

3. CONCEITO DE SEGURADO ESPECIAL

A conceituação de segurado especial se perfaz por deveras complexa, considerando que a legislação que aduz a tal especificidade traz em seu bojo algumas determinações que visam dar a este trabalhador uma categoria definida. Sobre este enfoque, buscamos enfatizar algumas definições traçadas por aqueles que tratam do tema de forma mais precisa.

Nesse sentido, Boone e Pierozan (2014, p. 136) dissertam:

O segurado especial, resumidamente, pode ser caracterizado como pessoa maior de 16 anos de idade que trabalha em imóvel rural ou aglomerado próximo a ele, individualmente ou em regime de economia familiar, podendo haver eventual auxílio de terceiro a título de colaboração mútua, nas condições das alíneas do inciso VII do art. 11 da Lei 8.213/1991.

Conforme o exposto, é possível verificar que a qualidade de segurado especial se apresenta como algo intrínseco do trabalhador rural, com características específicas ao seu meio e em conformidade com o que a lei aduz, especificando a lei que seria o maior de 16

anos. Porém, em entendimento mais recente dos Tribunais, há a possibilidade de reconhecimento do trabalho rural a partir dos 12 anos de idade.

É possível compreender que a CF/88 especifica claramente esta modalidade de contribuinte e sua forma contributiva, devendo por esta razão haver um olhar direcionado a este modelo de segurado.

Assim, tem-se a alusão trazida no entendimento a seguir, que busca destacar de forma precisa a qualidade deste segurado, demonstrando que seu enquadramento se dá através de preceitos legais que objetivam amparar aquele trabalhador que não consegue contribuir através do desconto em folha, isto por não poder contar com uma renda fixa— ou seja, um salário na carteira de trabalho.

No entanto, sua produção, ainda que para sustento familiar, tira do Estado a obrigação de prestar assistência a estas famílias, uma vez que elas produzem para sustento próprio, havendo aí uma contrapartida que pode se igualar aos descontos feitos nos salários dos trabalhadores urbanos que, ao invés de plantarem e colherem para subsistência, tem um salário fixo, podendo usar estes rendimentos para o que bem entenderem.

Portanto, ambos os segurados (rurais e urbanos) produzem e contribuem para o crescimento social econômico, não havendo que se falar em prestígios para o segurado especial, impondo-lhe obstáculos para concorrer legalmente a sua aposentadoria quando o mesmo tiver renda superior ao salário mínimo.

Desse modo, demonstra-se necessária a comprovação do trabalho no setor rural pelo segurado especial, bem como do regime de economia familiar e da indispensabilidade de seu trabalho para o sustento familiar, não se obrigando a comprovação da contribuição sobre a produção durante o tempo de trabalho, sendo admitidas outras formas de comprovação por meio documental e que deem autenticidade a atividade rural.

Diante de todo o exposto, se perfaz importante buscar a natureza jurídica previdenciária universal, considerando que o benefício

da aposentadoria consagrada por idade ao segurado especial, que conduz como um dos pontos do referido trabalho, ainda que não se comprove através da efetiva contributividade, no entanto, insurge-se da produção, havendo comprovação da atividade rural.

3.1 Pensão por morte

Compreendida como um dos benefícios mais antigos relacionados ao modelo previdenciário brasileiro, a pensão por morte se caracteriza por sua capacidade de amparar os dependentes do beneficiário da Previdência Social, existindo para isto uma série de requisitos a serem cumpridos a fim de que se dê sua concessão. Nesse sentido, a Lei 8.213/1991 aduz que:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)
I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)
II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)
III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

O referido artigo e incisos trazem claramente a quem será devida a pensão por morte e em quais casos se institui, de modo que a comprovação do tempo de requerimento da mesma se demonstra necessária como prova de direito do dependente que a busca. Ou seja, o direito se institui claramente dentro daquilo que a lei expressamente traz, colocando o segurado e seus dependentes em uma linha de enquadramento que serve para facilitar o pedido quando se comprova o direito.

Com a morte do segurado, a fonte de sustento daqueles que dele dependiam se extingue, comprometendo assim o poder econômico

familiar, visto que o segurado, através de seu trabalho, era o esteio de seus familiares em muitas dessas composições. Destarte, sua morte traz como resultado a perda da fonte de subsistência. Assim, a fim de que seja suprimida essa perda social, surge a proteção previdenciária, caracterizada através da pensão por morte (DIAS e MACÊDO, 2012).

A declaração de morte é um dos pontos que serve de apoio à concessão da pensão por morte, devendo esta ser comprovadamente verídica e por tais razões trazer a evidencia do fato. Assim, os requerentes em situação de dependência devem corresponder às exigências legais, visando que seja o processo de concessão um procedimento simples e imediato, a fim de manter o sustento dos dependentes do falecido.

3.2 A aposentadoria na qualidade de Segurado Especial pensionista

O enquadramento do segurado especial no que aduz a aposentadoria segue critérios diferenciados dos demais segurados da Previdência Social, considerando que a classe de segurado especial se relaciona àquele segurado que trabalha no regime de economia familiar no campo e tem sua contribuição de maneira opcional sob a seguinte forma:

A Lei 4.214 de 2 de março de 1963, que instituiu o Estatuto do Trabalhador Rural, previa a contribuição sobre a produção. Inicialmente, era o produtor quem deveria recolher 1% (um por cento) do valor dos produtos agropecuários. Já o Decreto-Lei 276, e 28 de fevereiro de 1967, transferiu essa obrigação para a empresa adquirente. Mas a contribuição continua sendo sobre “o valor comercial” dos produtos. (BERWANGER, 2015, p. 327)

Seguindo o Decreto-Lei 276/1967 e procurando não deixar o trabalhador rural descoberto, a Lei 8.212/1991 traz em seu art.25

o entendimento supracitado e refere-se ao trabalhador rural como sendo aquele que especificamente desempenha determinadas tarefas no campo, não se enquadrando nesta descrição o trabalhador temporário, contratado por safra. Assim, descreve-se o referido artigo:

Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de:

I - 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção;

II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho.

No regime que se direciona ao segurado especial podemos observar uma diferença no que aduz à forma de recebimento do agricultor, que ao pleitear a aposentadoria, caso seja dependente e receba uma pensão superior a um salário mínimo, supondo que ultrapasse o valor de um real, este terá sua aposentadoria negada sob a alegação de que tal ato viola o que determina a legislação correlata, ou seja, o Inciso I, §9º, do Art. 11, da lei 8.213/91.

Sobre a forma de contribuição deste segurado, Souza (2017, p. 34) descreve:

O segurado especial é aquele que exerce suas atividades em meio rural, e, portanto, tem direito a aposentadoria por idade, desde que comprove suas atividades em meio rural, “imediatamente anterior ao requerimento, pelo período de 180 meses se tratar de segurado especial que deu início às suas atividades após o advento da Lei n.º 8.213/91”. Se houver atividades anteriores à Lei n.º 8.213/91, neste caso aplica-se o art. 142 desta Lei, uma tabela que trata da carência de forma progressiva.

Assim, sob este contexto é que se pode discutir a aposentadoria deste segurado que, diferentemente do segurado filiado ao RGPS, tem no art. 39 da Lei 8.213/91 a seguinte leitura:

Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do caput do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão: (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

I - de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, e de auxílio-acidente, conforme disposto no art. 86 desta Lei, desde que comprovem o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido, observado o disposto nos arts. 38-A e 38-B desta Lei; ou (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)).

O que chama atenção em toda esta contextualização é o fato do segurado especial se enquadrar em todas as exigências legais instituídas para que lhe seja concedida a aposentaria sob o referido regime. Porém, ao pleiteá-la, é surpreendido com a alegação de o fato deste ser beneficiado em determinados casos com uma pensão por morte que ultrapasse o limite de um salário mínimo caracteriza empecilho para a concessão de sua aposentadoria.

Ou seja, mesmo preenchendo os requisitos legais, o agricultor que por ventura seja pensionista com valor acima de um salário mínimo não tem a concessão deferida, devendo ingressar judicialmente para que seu pleito tenha o devido reconhecimento legal. Já o que se observa na seara urbana, mesmo nos casos em que o segurado pensionista receba um valor que seja o teto da Previdência Social à título de pensão, caso este preencha os requisitos de idade e tempo de contribuição terá a concessão de sua aposentadoria de forma imediata, não sendo necessária qualquer via judicial para alcançar seu pleito.

4. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Ao abordar o tema em comento, ou seja, o controle de constitucionalidade, há a alusão a uma filtragem constitucional, demonstrando-se que as espécies normativas que constituem o ordenamento jurídico existente devem ter sua validade ao serem alinhadas com aquilo que trata a CF/88. É sob esta ótica que devemos buscar compreender se elas são ou não constitucionais. Então, a partir deste prisma podemos assegurar se estão em conformidade com o que trata a Carta Magna.

Verifica-se que o que se aduz através do controle de constitucionalidade é a observância sobre as leis ou atos normativos de sua compatibilidade com aquilo que a CF/88 determina, tanto de modo formal quanto material. Sob este enfoque, disserta Moraes (2016, p. 1122):

O Poder Executivo, assim como os demais Poderes de Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário.

Diante de toda esta problemática podemos inferir que o referido controle se perfaz a fim de que sejam fiscalizados atos e medidas que possam vir a transpor aquilo que a CF/88 sanciona como algo de maior interesse e intransponível na proteção ao indivíduo. “Assim, o ato legislativo, por regra, uma vez declarado inconstitucional, deve ser considerado, nos termos da doutrina brasileira majoritária, ‘nulo, írrito, e, portanto, desprovido de força vinculativa’” (LENZA, 2015, p. 420).

Diante de toda esta situação é possível convencionar o controle em sua forma difusa e concentrada de modo a entender que as referidas formas se consolidam sob o seguinte aspecto:

O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do poder público. (MENDES, 2008, p. 3)

Como se vê, é uma forma de poder de decisão que irá refletir naquilo que a lei determina, impedindo que estas muitas vezes passem suas fronteiras e decidam de forma a contrariar aquilo que deveria ser em consonância com a lei maior, não estando limitada à determinados atos, mas perpetuando-se em conformidade com aquilo que o juiz interpretar ser a lei mais benéfica.

Assim, é possível observar que tais decisões se limitam aos liames daquilo que está sendo discutido em determinados casos e processos, não se estendendo o efeito aos que não venham a pleitear a mesma querela. Ou seja, o que se observa em desconformidade com o que indica a CF/88 na proteção ao indivíduo fica sujeito à busca legal do reconhecimento constitucional.

Nesse sentido, é possível compreender-se que o objetivo do controle difuso de constitucionalidade é fazer prevalecer a norma maior— aquela que deve servir de parâmetro para as leis infraconstitucionais.

Seguindo mais um padrão dentro do controle concentrado de constitucionalidade, Masson (2016, p. 1071) pontua:

Destarte, em que pese o controle concentrado normalmente desenvolver-se em tese, independentemente da presença de um caso concreto, não se pode afirmar que assim sempre será. Excepcionalmente se pode identificar a existência de

instrumentos de controle concentrado-concreto, como é o caso da representação interventiva (art. 36, III, CF/88).

Conforme o exposto, é através do referido controle que se busca alcançar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ao menos teoricamente, mesmo que não haja a confirmação de um caso concreto, a fim de se alcançar que a referida lei seja invalidada— tudo isto na busca da garantia da relação jurídica que não deve ter como base normas inconstitucionais (MORAES, 2016).

Dessa forma, passamos a observar aquilo que a Carta Magna trata em seu art. 7º, o qual traz a seguinte redação no que aduz aos direitos sociais relacionados aos trabalhadores:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
[...]
XXIV – aposentadoria;

Ou seja, ao trabalhador é assegurada a aposentadoria em qualquer circunstância acobertada pela legislação, devendo as condições desta concessão seguirem aquilo que a Constituição entende como direitos inerentes ao trabalhador, significando que o Controle de Constitucionalidade por meio de suas especificações deve intervir no sentido de assegurar aquilo que se entende como meio legal.

Assim, a CF/88 destaca no *caput* do seu art. 5º a seguinte determinação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

A isonomia tem sua base em meio ao aspecto formal da matéria em que o paradigma formal se consolida no sentido de igualar-se em um determinado modelo de situação a que todo indivíduo se assemelhe. Sob esta ótica, não se pode aduzir à tratamentos desiguais

nas questões em que sejam detectadas ocorrências idênticas. Isto significa um tratamento similar e linear à toda situação semelhante, não sobressaltando qualquer ponto de individualidade.

Assim, o referido princípio da isonomia objetiva o resguardo no tratamento dispensado ao indivíduo, não sendo permitido que haja uma diferenciação, exceto quando comprovadamente legal, e que traga amparo constitucional de modo que essa diferença se demonstre necessária por meio da igualdade material, considerando-se a delimitação de alguns critérios que justifiquem a diferenciação de forma razoável.

Ademais, o princípio da insignificância se ampara de forma material sobre o princípio da isonomia, tendo sua utilização em forma de ferramenta de sustentação deste. Desse modo, ao serem utilizados comportamentos ou ações, caracterizados por sua visão violadora, em total desconformidade e que visivelmente lesam o resguardo ao bem legalmente protegido, é na igualdade material que se tem o apoio do adequado tratamento a cada situação de forma exclusiva. Ademais, com isto torna-se possível o entendimento de que as situações devem ser tratadas por igual em suas igualdades e desigualmente em suas desigualdades.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. (MORAES, 2016, p. 99)

Entenda-se por fim que o princípio da insignificância tem sua função a fim de validar o princípio da isonomia de modo material, considerando que este consolida a condição de um tratamento desigual de acordo com a desigualdade do caso em questão, no sentido de que se possa incorrer na lei de forma uniforme à toda e qualquer pessoa— ou seja, ao pleitear a aposentadoria como segurado especial rural este dever ter sua garantia de deferimento através de seu direito assegurado no que trata o art. 7º, inciso XXIV, da CF/88, o qual tem sua citação neste mesmo capítulo.

Por fim, podemos observar o que trata a Lei nº 8.213/1991 em seu art. 11, § 9º, quando tenta desconstituir o direito do segurado especial rural, e aduz:

Art. 11 [...]

[...]

§ 9º Não é segurado especial o membro de grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento, exceto se decorrente de

I— benefício de pensão por morte, auxílio-acidente ou auxílio-reclusão, **cujo valor não supere o do menor benefício de prestação continuada da Previdência Social;** (Grifo nosso)

Com isto, ao tentar desconstruir um direito constitucionalmente estabelecido à cada cidadão nesta situação – ou seja, o segurado especial rural que, ao pleitear sua aposentadoria tendo a qualidade de pensionista que recebe valor a mais de um salário mínimo tem seu pedido administrativamente negado, tendo de recorrer a seara jurídica, devendo incidir sob tais fatos o devido controle de constitucionalidade a fim de corrigir a temerária repressão ao direito adquirido do trabalhador rural e ser chamado ao processo–, o princípio da isonomia demonstra o tratamento desigual e que não se enquadra no modelo de desigualdade prevista no mesmo.

Em nome do Princípio da Isonomia alguns magistrados buscam justificar por sentença os direitos não outorgados aos segurados

especiais, como é o caso da aposentadoria por idade quando estes auferem renda superior a um salário mínimo advindo de pensão ou outro benefício, fomentando tais magistrados à desigualdade e tratando o segurado especial como um indivíduo assistido por um programa com fins assistencialistas, desconsiderando a forma contributiva do Sistema Previdenciário.

4.1 Análise constitucional em torno das normas estatais que violam os direitos do indivíduo

Diante de toda discussão que se descortina em torno do RGPS e da contribuição cabível ao segurado especial rural, é possível observar que a violação aos direitos individuais se perfaz de maneira constante e de modo afrontoso à CF/88 no que diz respeito à proteção ao indivíduo e à violação aos princípios que devem ser seguidos.

Assim, a norma trazida no art. 11, § 9º, inciso I da Lei 8.213/1991, atinentes ao contribuinte segurado especial, se mostram em desacordo com o que a CF/88 trata em suas determinações, como podemos observar na leitura do art. 6º da mesma Lei:

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

Dentre os direitos sociais, se especifica a Previdência Social como garantia aos cidadãos de uma protetividade legal e constitucional a fim de que o indivíduo seja amparado amplamente em situações diversas.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Ou seja, quanto a igualdade que aqui se descortina, a Previdência Social deve proceder de modo a garantir que o segurado especial seja igualmente amparado nos mesmos moldes do trabalhador urbano, não devendo haver uma discrepância em concessões de benefícios no que alude inclusive à aposentadoria do segurado especial, considerando que sua condição de rurícola não o desqualifica nem o diferencia dos demais trabalhadores, havendo apenas uma especificação em sua qualificação.

O capítulo II, que trata da Seguridade Social, em sua Seção I, das disposições gerais, faz alusão em seu art. 194, parágrafo único e incisos, a seguinte questão:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

[...]

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

Sob esta égide, é revelada a necessária observância à qualidade dos segurados quanto ao entendimento da CF/88, a qual dispõe ser de fundamental importância a valorização destes, reiterando que não podem ser preteridos ou tratados desigualmente em situações que visivelmente desqualificam sua condição uniformizadora, como aduz o inciso II, e com isto não se permitindo que sofram redução dos benefícios sob alegações tratadas em leis infraconstitucionais.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União,

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

Desse modo, podemos inferir que a legislação, embora trate do tema especificamente, não consegue ser decisiva ao ponto de trazer um entendimento pacífico no sentido da necessária equiparação à condição do segurado especial rural ao urbano quando se fala em termos do direito à aposentadoria.

Tudo isto se perfaz considerando que o segurado especial rural não consegue obter, com o implemento da idade e das provas apresentadas, o direito à sua aposentadoria caso receba qualquer benefício, inclusive a pensão por morte, se esta ultrapassa o valor de um salário mínimo— estando, pois, sentenciado a viver apenas do referido valor, embora tendo passado toda a sua vida no labor rural.

Isto se observa como uma latente violação à CF/88, uma vez suas determinações e princípios a serem seguidos foram promulgados a fim de dispor de uma permanente atenção aos direitos individuais no sentido de sua manutenção e guarda, não suprimindo do indivíduo aquilo a que tem por direito assegurado.

Sob este enfoque, podemos compreender que a necessidade da atenção à equiparação e reconhecimento da aposentadoria do segurado especial em face ao segurado urbano não pode ser ponto questionável, considerando que, mesmo não havendo em determinadas situações uma contribuição permanente, existe a possibilidade do desconto através do resultado obtido com a colheita e venda de sua produção, que é determinação legal e comprova a contribuição deste trabalhador.

Logo, não pode permanecer o preconceito aludido ao trabalhador rural, seja aquele que vive na miserabilidade, comparando sua aposentadoria ao benefício assistencial, desconsiderando por completo toda contribuição trazida pelo segurado especial à economia brasileira.

O disposto citado da Lei 8.213/1991, ao não reconhecer o direito garantido após a comprovação de segurados, permitindo o recebimento de aposentadoria se apenas auferirem renda no valor de até um salário mínimo, vai de encontro ao que preceitua a CF/88 e viola os direitos garantidos por ela, colocando aqueles que trabalharam incansáveis anos e que contavam com esta renda em uma visível situação de miserabilidade.

Assim, percebe-se que o remédio constitucional vem sendo aplicado, ainda que gotejando na Doutrina, pois alguns Tribunais, através do Controle de Constitucionalidade Difuso, vêm tratando caso a caso os Pedidos de Aposentadorias Rurais quando o cônjuge requerente recebe pensão por morte acima de um salário mínimo, ponderando-se a indispensabilidade do labor rural— o que, de todo, é justo. A própria Turma Nacional de Uniformização (TNU), na Súmula 41, ao tratar da questão econômica familiar, dispõe o seguinte:

A circunstância de um dos integrantes do núcleo familiar desempenhar atividade urbana não implica, por si só, a descharacterização do trabalhador rural como segurado especial, condição que deve ser analisada no caso concreto.

Destarte, ainda que o tema direto não seja o valor recebido pelo membro da família, o legislador buscou evidenciar a indispensabilidade do trabalho rural para a caracterização do segurado especial.

O STJ tem se pronunciado da mesma forma, desconsiderando o que preceitua a Lei 8.213/1991 em seu art. 11, § 9º, inciso I. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.526.451 - RS (2015/0078803-7) RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS RECORRIDO : BEATRIZ SALVI FERREIRA ADVOGADO : JONES COLUSSI E OUTRO(S) PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SEGURADO ESPECIAL. PERDA DESSA CONDIÇÃO EM DECORRÊNCIA DE RECEBIMENTO DE PENSÃO POR MORTE SUPERIOR A UM SALÁRIO MÍNIMO. HIPÓTESE PREVISTA NO ARTIGO 11, § 9º, I, DA LEI 8.213/1991. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão proferido pelo TRF-4ª Região, assim ementado: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REQUISITOS. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. EXÍGUO VALOR DA PENSÃO. 1. É devido o reconhecimento do tempo de serviço rural, em regime de economia familiar, quando comprovado mediante início de prova material corroborado por testemunhas. 2. O exíguo valor da pensão recebida pela demandante não afasta a necessidade do trabalho rural para a sua subsistência digna, autorizando o deferimento da aposentadoria por idade. 3. Implementado o requisito etário (55 anos de idade para mulher e 60 anos para homem) e comprovado o exercício da atividade agrícola no período correspondente à carência (art. 142 da Lei n. 8.213/91), é devido o benefício de aposentadoria por idade rural. Em suas razões de recurso especial, sustenta o INSS que o Tribunal a quo negou vigência ao inciso I do § 9º do artigo 11 e ao § 1º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, pois descaracterizada a condição de segurada especial da recorrida, considerando que já recebe pensão por morte em valor superior ao salário mínimo. Em contrarrazões ao recurso especial, sustenta Beatriz Salvi Ferreira a possibilidade de cumular os benefícios aposentadoria rural por idade e pensão por morte, pois sua cota parte da pensão é inferior ao salário mínimo. Noticiam os autos que Beatriz Salvi Ferreira ajuizou ação em face do

INSS, objetivando aposentadoria por idade rural. A sentença julgou o pedido procedente. O INSS apelou e também por força do reexame necessários foram os autos ao Tribunal a quo que negou provimento a ambos os recursos, nos termos da ementa supra transcrita. O INSS interpôs embargos de declaração, que foram rejeitados. É o relatório. Decido. A tese relativa à descaracterização da condição de segurado especial em razão do recebimento de pensão por morte no valor superior a um salário mínimo, nos moldes do inciso I do § 9º do artigo 11 e do § 1º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, não foi prequestionada, a despeito da interposição de embargos de declaração perante o Tribunal a quo. Recai ao recurso especial do INSS o óbice da Súmula 211/STJ. [...] Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 29 de abril de 2015. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES Relator (STJ - REsp: 1526451 RS 2015/0078803-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Publicação: DJ 05/05/2015).

Ainda, neste mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.674.711 - RS (2017/0132364-7) RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL RECORRIDO: BEATRIZ SALVI FERREIRA ADVOGADO: JONES COLUSSI - RS062843 PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. ATIVIDADE RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. COMPROVAÇÃO. ALTERAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REQUISITOS. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. EXÍGUO VALOR DA

PENSÃO. 1. É devido o reconhecimento do tempo de serviço rural, em regime de economia familiar, quando comprovado mediante início de prova material corroborado por testemunhas. 2. O exíguo valor da pensão recebida pela demandante não afasta a necessidade do trabalho rural para a sua subsistência digna, autorizando o deferimento da aposentadoria por idade. 3. Implementado o requisito etário (55 anos de idade para mulher e 60 anos para homem) e comprovado o exercício da atividade agrícola no período correspondente à carência (art. 142 da Lei n. 8.213/91), é devido o benefício de aposentadoria por idade rural. [...] É o relatório, decido. Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. A questão do recurso especial gira em torno do reconhecimento do direito à aposentadoria por idade, na condição de segurado especial rural. A jurisprudência do STJ se mostra firme no sentido de que a Lei 8.213/1991, ao regulamentar o disposto no inciso I do art. 202 da redação original da Constituição Federal, assegurou ao trabalhador rural denominado segurado especial o direito à aposentadoria, quando atingida a idade de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, nos termos do art. 48, § 1º. Os rurícolas em atividade por ocasião da Lei de Benefícios, em 24 de julho de 1991, foram dispensados do recolhimento das contribuições relativas ao exercício do trabalho no campo, substituindo a carência pela comprovação do efetivo desempenho do labor agrícola, conforme art. 26, I e art. 39, I. Quanto à eficácia do início de prova material para a comprovação da atividade rural, neste aspecto o acórdão proferido pelo Tribunal a quo está respaldado na jurisprudência do STJ, que admite como início de prova material, certidões de casamento e nascimento dos filhos, nas quais conste a qualificação do cônjuge da segurada como lavrador e, ainda, contrato de parceria agrícola em nome da segurada, desde que o exercício da atividade rural seja corroborada por idônea e robusta prova testemunhal, o que ocorreu no caso em tela. [...] A teor do disposto no artigo 106,

II, da Lei nº 8.213/91, os documentos acostados aos autos se mostram aptos a comprovar a qualidade de trabalhadora rural da autora, ainda mais quando corroborados por idônea prova testemunhal. Verifica-se a existência de Contrato de Parceira Agrícola entre a autora e a Senhora Raimunda Miguel dos Santos Olegário, contemporâneo ao período da alegada atividade rural, bem como guias de contribuição sindical rural de agricultor familiar, expedidas pelo Ministério do Trabalho, de recolhimento obrigatório pelo contribuinte e passível de juros e multa em caso de atraso. [...] - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 735.615/PB, Sexta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJe 13/6/2005). Outrossim, o Tribunal de origem, com fundamento nas provas dos autos, entendeu que a existência de pensão por morte, não teve o condão de descaracterizar o labor campesino em regime de economia familiar. Entendimento que se mostra em sintonia com a jurisprudência do STJ que se firmou no representativo da controvérsia. Confira-se: RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TRABALHO RURAL. ARTS. 11, VI, E 143 DA LEI 8.213/1991. SEGURADO ESPECIAL. CONFIGURAÇÃO JURÍDICA. TRABALHO URBANO DE INTEGRANTE DO GRUPO FAMILIAR. REPERCUSSÃO. NECESSIDADE DE PROVA MATERIAL EM NOME DO MESMO MEMBRO. EXTENSIBILIDADE PREJUDICADA. 1. Trata-se de Recurso Especial do INSS com o escopo de desfazer a caracterização da qualidade de segurada especial da recorrida, em razão do trabalho urbano de seu cônjuge, e, com isso, indeferir a aposentadoria prevista no art. 143 da Lei 8.213/1991. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não evidencia ofensa ao art. 535 do CPC. 3. O trabalho urbano de um dos membros do grupo familiar não descaracteriza, por si só, os demais integrantes como segurados especiais, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar, incumbência esta das instâncias ordinárias (Súmula 7/STJ). [...] 6. Recurso Especial do INSS não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC

e da Resolução 8/2008 do STJ. (REsp 1.304.479/SP, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 19/12/2012). No caso dos autos, o Tribunal a quo asseverou que há início razoável de prova material devidamente corroborada pela prova testemunhal, apresentando conjunto probatório harmônico acerca do efetivo exercício de atividade rural da recorrida. Nesse contexto, os argumentos utilizados para fundamentar a pretensão trazida no recurso especial somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o reexame de matéria fática, o que é vedado ante o óbice da Súmula 7/STJ. Ilustrativamente: PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REEXAME DA PROVA. As instâncias ordinárias firmaram entendimento de que a condição de ruralista da recorrida estaria caracterizada seja pelo início de prova material, seja pelo depoimento das testemunhas. Período trabalhado no meio urbano insuficiente para descaracterizar a condição de segurado especial. Se a reforma do julgado demanda o reexame da prova, o recurso especial é inviável (STJ - Súmula nº 7). Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 308.788/CE, Primeira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe 21/8/2013). Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015, não conheço do recurso especial. Quanto aos ônus sucumbenciais, tendo em vista o disposto no art. 85, § 11, do CPC, c/c o Enunciado Administrativo n. 7/STJ [...]. (STJ - REsp: 1674711 RS 2017/0132364-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Publicação: DJ 14/06/2017).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão levantada no presente estudo busca trazer ao centro do debate a desigualdade verificada ao que concerne à aposentadoria do segurado especial, confrontando-a com a do segurado urbano quando ambos são beneficiários de pensão por morte, considerando pontos que afrontam diretamente a CF/88 no momento em que esta garante a igualdade de direitos— ou seja, a isonomia é um princípio que não pode ser suprimido nem violado, em especial quando fere

a dignidade humana, não podendo ser usado o referido princípio contra o segurado especial.

Porém, como se pode observar, algumas desigualdades são evidentes, e uma que salta aos olhos diz respeito à forma de percepção da aposentadoria, quando o requerente é segurado especial e beneficiário de uma pensão por morte que ultrapasse o valor do salário mínimo, mesmo quando por meros centavos. Isto pode ser entendido como uma afronta direta à CF/88, a qual garante ao trabalhador no momento de sua aposentadoria o recebimento integral de sua contribuição na forma em que ele se enquadra.

Sob este enfoque, busca-se levantar a referida discussão e observância no sentido de que o segurado especial, além de seu devido reconhecimento, possa ter assegurado o fruto de seu trabalho no momento em que busque o reconhecimento de seus direitos, ainda que aufera rendimentos de pensão acima do salário mínimo.

A legislação em comento, precisamente o art. 11, § 9º, inciso I da Lei 8.213/1991, precisa urgentemente de uma revisão, a fim de proceder com a correção de tal erro, reconhecendo o direito do trabalhador adepto ao regime especial e garantindo sua aposentadoria de modo integral e sem restrições, havendo necessidade que os nobres advogados previdenciaristas distribuam, defendam e impetrem ações que demonstrem a inconstitucionalidade do artigo supracitado, buscando o controle de constitucionalidade concentrado, dando ainda mais sentido ao segurado especial que, implicado numa conjuntura social tão complexa, ainda sofre os descasos do legislador e do julgador quando busca sua aposentadoria, nos casos em que a renda de seu cônjuge ultrapassa um pouco o valor do salário mínimo.

REFERÊNCIAS

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual**. 2.ed. rev. e atual. 2. impressão. Curitiba: Juruá, 2015.

BOONE, Keli; PIEROZAN, Márcia Maria. O segurado especial na Previdência Social. **Revista Destaques Acadêmicos**, v. 6, n. 2, p. 133-148, 2014.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Me?todo, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 29 ed. São Pulo: Atlas, 2010.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. Ed. rev., atual., e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

MENDES, Gilmar. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**. 2008. *Online*. Disponível em: <<https://bit.ly/3aQ2POm>>. Acesso em set. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32.ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Atlas LTDA, 2016.

OLIVEIRA, Jaime Antônio de Araújo. **(Im)previdência Social: 60 anos de história da Previdência no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1985.

SOUZA, Fernanda Justo Oliveira de. **Aposentadoria por idade híbrida ou mista: a (im)possibilidade da concessão do benefício do trabalho urbano e rural**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Araranguá: Universidade do Sul de Santa Catarina, 2017.

A POSSIBILIDADE DE TOTALIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO PRESTADO NA ARGENTINA, PARA FINS DE APOSENTADORIA NO BRASIL, A LUZ DO DECRETO 87.918 DE 07 DE DEZEMBRO DE 1982

Leonardo Borba de Figueirêdo¹

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise sobre a possibilidade de aproveitamento, à luz das normas brasileiras de previdência vigentes, do tempo de serviço/contribuição prestado na Argentina para fins de aquisição do direito de aposentadoria por tempo de contribuição no território brasileiro.

A ampliação das relações internacionais, possibilitada através da facilitação dos instrumentos de comunicação e transporte, permitiram o grande avanço da globalização mundial. A reestruturação econômica dos países, o avanço e desenvolvimento do capitalismo e marcos históricos como a queda do Muro de Berlim e a crise do socialismo no Leste Europeu funcionaram como catalisadores para a expansão da economia e das próprias relações entre os agentes internacionais.

Este fenômeno alargou as relações econômicas entre os países de modo a atingir até mesmo o setor privado, que passou a estabelecer relações econômicas com entidades internacionais. Com isso, o avanço da globalização não se limita à possibilidade de contato

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pós-Graduado em Direito Previdenciário e Direito Processual Previdenciário pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Membro da Comissão de Seguridade Social da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Pernambuco – OAB/PE. Membro da Associação dos Advogados Previdenciaristas de Pernambuco – AAPREV.

entre pessoas e às relações econômicas entre os países, mas também se estende às relações de trabalho.

No âmbito internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência de regulação das Nações Unidas, visa a promoção da justiça social e o desenvolvimento sadio das relações de trabalho, ressaltando a importância das relações trabalhistas no desenvolvimento das economias mundiais, bem como as relações de trabalho cada vez internacionalizadas. A OIT é um órgão de estrutura tripartite, “na qual representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores de 183 Estados-membros participam em situação de igualdade das diversas instâncias da Organização” (ONU BRASIL, 2020, *online*).

Por outro lado, o sistema de seguridade social visa a proteção dos riscos sociais como velhice, invalidez, acidente, doença, maternidade, entre outros que são inerentes ao estabelecimento das relações de trabalho, bem como ao próprio desenvolvimento da vida em sociedade. Contudo, mesmo levando em conta a globalização das relações sociais e de trabalho, não seria fácil estabelecer uma rede de proteção única, global, aos riscos sociais, uma vez que as prestações da seguridade social necessitam de uma estrutura maciça e complexa de custeio e manutenção.

Isto é, as estruturas de garantia ao sistema de seguridade social, as quais buscam a prevenção e seguro dos riscos sociais, devem ser estabelecidas internamente pelos próprios países, uma vez que, em regra, são os responsáveis pela gestão e manutenção do sistema de seguridade social e pela prevenção dos riscos sociais com relação aos seus cidadãos.

Em princípio parece ser difícil a comunhão entre a proteção interna, por parte dos Estados, aos riscos sociais e à amplitude e à volatilidade do desenvolvimento das relações internacionais de trabalho, o que poderia ocasionar em uma situação de desamparo aos cidadãos. Por isso, os países buscaram desenvolver acordos internacionais de previdência visando o amparo dos seus cidadãos

quando da ocorrência da migração, temporária ou definitiva, para outros países.

Desta forma, através do desenvolvimento de acordos entre países ou entre grupos de países, busca-se ampliar a garantia de proteção aos riscos sociais aos cidadãos nacionais ou residentes.

A seguridade social engloba os seguimentos de previdência social, assistência social e saúde, e os acordos bilaterais ou multilaterais visam a observância da proteção prevista em todos os seguimentos; porém, a amplitude e a limitação dessa segurança sãoconvencionadas pelos próprios países justamente através dos acordos convencionados.

As relações comerciais entre o Brasil e a Argentina foram amplamente desenvolvidas em virtude da proximidade entre os países, sua extensão territorial e pelo grande desenvolvimento econômico e industrial destas nações na América do Sul. Desse modo, a migração da população e dos trabalhadores se tornou mais frequente, o que fez surgir a necessidade de atenção à questão da proteção aos riscos sociais – isto é, à questão da própria seguridade social.

A elaboração e manutenção do sistema de normas da seguridade social, mais especificamente do sistema da previdência social, deve ser regularmente atualizado. Isto porque a estrutura social dos países está em constante mudança, seja por aspectos sociais ou aspectos econômicos. Essa constante mudança das normas de seguridade e previdência social nos países acordantes ocasiona em problemas quando da aplicabilidade das normas nos casos específicos.

Assim, o grande desafio do operador do direito consiste em provocar a comunhão e aplicação das normas de previdência nacionais e internacionais de modo a promover o escopo máximo da proteção social do cidadão ao mesmo tempo em que respeita as questões de soberania nacional, principalmente no tocante aos acordos internacionais firmados.

2. A INCORPORAÇÃO DOS ACORDOS INTERNACIONAIS PREVIDENCIÁRIOS

As relações de seguridade social entre os segurados de diversos países que passam a morar ou prestar serviços em países diferentes ao de sua nacionalidade são tratadas através de acordos internacionais de previdência. Estes acordos, de natureza bilateral ou multilateral, constituem atos jurídicos internacionais e devem seguir um rito próprio e específico em cada país contratante, com vistas a sua incorporação e aplicação interna. O processo envolve desde a negociação do texto do acordo pelos países envolvidos até a sua promulgação e publicação, que, finalmente, habilitará a entrada em vigor do ato internacional.

A Constituição Federal (CF/88) determina, em seu art. 84, que “compete ao privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”; já o art. 21 estabelece como sendo competência da União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Dispõe o art. 49, ainda, que “é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Realizado o ato internacional pelo Presidente da República, o Congresso Nacional, através de decreto legislativo, promove a autorização para a incorporação da norma, que apenas passa a integrar o direito brasileiro após sua promulgação e publicação.

Vê-se que a incorporação de normas internacionais ao direito brasileiro prescinde da atuação exclusiva do representante máximo do poder executivo, respeitando a legitimidade do cargo para representar a nação no âmbito internacional, bem como da validação pelo Congresso Nacional, respeitando a competência legislativa do Poder, promovendo, com isso, uma complexidade

ao ato de incorporação como meio de legitimá-lo para o ingresso na ordem jurídica nacional.

Com isso, para integrarem o direito brasileiro, os atos internacionais devem preencher os seguintes requisitos: I – negociação pelo Estado brasileiro; II – assinatura do instrumento pelo Estado brasileiro; III – a informação do Poder Executivo ao Congresso Nacional para discussão e aprovação do instrumento; IV – aprovação parlamentar mediante decreto legislativo; V – ratificação do instrumento; VI – promulgação do texto legal do tratado mediante decreto presencial; e VII – publicação.

A análise e validação dos atos internacionais por parte do Congresso Nacional, além da finalidade de legitimação do ato por parte do Poder Legislativo, tem a intuito de analisar se o ato acordado está em conformidade com os preceitos e princípios estabelecidos pela CF/88. O ato de integração não é meramente formal: deve haver uma análise de compatibilidade material entre o ato negociado e a ordem jurídica brasileira.

Os acordos internacionais de previdência, então, para serem integrados ao sistema jurídico brasileiro, devem respeitar os princípios e as normas da seguridade social. Nesse sentido, merecem destaque os princípios da igualdade e da universalidade.

Sobre o princípio da igualdade, o *caput* do art. 5º determina que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Assim ensina Marco André Ramos Vieira (2005, p. 27):

Assim, nenhuma diferenciação pode ser feita pelo legislador seja para concessão de benefícios, seja para cobrança de contribuições sociais, que não estejam previstas na CF/1988. Como exemplo de distinção permitida pelo Constituição citamos a concessão de aposentadoria especial (art. 201, §1º da CF/1988), os benefícios de salário-família e auxílio-reclusão,

que são devidos somente aos dependentes dos segurados de baixa renda (art. 201, IV da CF/1988) e aposentadoria diferenciada para homens e mulheres.

Quanto ao princípio da universalidade, importa ressaltar que ele compreende dois aspectos: a universalidade objetiva e a universalidade subjetiva. Quanto à universalidade objetiva, entende-se que a seguridade social deve buscar abranger a prevenção ao máximo de riscos sociais possível – isto é, a seguridade social deve buscar abranger o seguro e a prevenção do maior número de contingências sociais que podem acometer os cidadãos. Quanto à universalidade subjetiva, entende-se que a seguridade social deve abranger o maior número possível de pessoas, buscando sempre evitar que o maior número de pessoas venha a sofrer os riscos sociais previstos.

O princípio da universalidade, contudo, encontra limitações na situação econômica do Estado. É que a abrangência de cobertura do sistema da seguridade social está intimamente ligada à capacidade de custeio do sistema por parte do Estado. Por isso, o Estado enfrenta um grande desafio ao tentar cumprir o escopo do princípio da universalidade enquanto vislumbra manter a sustentabilidade do sistema da seguridade social. Neste sentido explicam Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo (2010, p. 96):

Cumprir observar, contudo, que o princípio da universalidade, principalmente no seu aspecto objetivo, encontrará limitações na situação econômica do país. A capacidade para a cobertura e o atendimento universais é determinada pela disponibilidade de recursos do país para fazer face às contingências sociais (quanto maiores os recursos, maior a universalidade). Embora a seguridade social tenha pela meta a universalidade objetiva e subjetiva (a universalidade é um ideal da seguridade social), os fatores econômicos do país impõem restrições a esse objetivo, razão pela qual podemos afirmar que as contingências sociais cobertas pela seguridade social não serão todos os eventos que afetam a vida da população, mas aqueles (eventos) reputados relevantes pelo grupo

social. O princípio da universalidade propõe, em termos ideais, que todas as contingências sociais devem ser cobertas pela seguridade social; as condições econômicas do país, no entanto, por estreitarem as possibilidades de cobertura universal, respondem concretamente: as contingências sociais a serem cobertas são aquelas eleitas como mais importantes pela coletividade.

A abrangência dos acordos internacionais de previdência está vinculada àquilo que foi convencionado entre os países. As prestações, os requisitos, os beneficiários e a forma de exercício dos direitos devem, portanto, respeitar as determinações de cada acordo realizado. Quanto aos beneficiários, alguns acordos internacionais de previdência apenas preveem um tratamento recíproco entre os cidadãos dos países contratante, enquanto outros, conhecidos como “acordos abertos”, não fazem esse tipo de distinção, permitindo uma abrangência mais ampla ao acordo firmado.

No Brasil não há restrição quanto à abrangência subjetiva dos acordos internacionais de previdência, seja pela igualdade prevista pelo art. 5º da CF/88, seja pelas previsões das Leis nº 8.212/1991 e nº 8.213/1991, as quais, ao definir os segurados obrigatórios, não estabelecem a nacionalidade brasileira como requisito para tanto, apenas sendo necessária a verificação da realização de atividade laboral no território nacional.

No tocante à abrangência material, em que pese a nomenclatura mencionar que os acordos versam sobre questões de previdência, é comum que os tratados convencionem sobre outros serviços garantidos pela assistência social e pela saúde, componentes do amplo sistema de seguridade social, permitindo, com isso, que os cidadãos dos países contratantes possam usufruir de uma multiplicidade de coberturas da seguridade social quando estão no território do outro país.

Em virtude da crescente globalização e ampliação das relações internacionais de trabalho, bem como da importância que os bene-

ficios previdenciários ganharam no planejamento pessoal, a preocupação com o aproveitamento do tempo de serviço/contribuição prestado em outro país cresceu muito.

Corroborando a importância do aproveitamento do tempo de serviço/contribuição prestado em outro país para fins previdenciários, a própria Cartilha de Acordos Internacionais de Previdência Social, publicada em 2018 pela Secretaria de Previdência do Governo Federal (SEPREV), afirma que:

O principal objetivo dos acordos internacionais de previdência social é garantir a totalização dos períodos de contribuição ou de seguro cumpridos nos países parte do acordo, para fins de assegurar os direitos de previdência social previstos no texto do acordo aos respectivos trabalhadores e dependentes legais, residentes ou em trânsito. Dessa forma, em face desses acordos, o trabalhador pode utilizar o tempo de contribuição ou seguro cumprido em outro país, com o qual o Brasil mantenha acordo, e vice-versa, para fins de cumprimento da carência exigida e demais requisitos para a obtenção do seu benefício, garantindo a cobertura dos riscos de invalidez, idade avançada (velhice) e morte.(BRASIL, 2018, p. 3)

No âmbito administrativo, a Instrução Normativa (IN) do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) nº 77, de 21 de janeiro de 2015, dispõe em seu art. 670 sobre os acordos internacionais de previdência, definindo seu conceito e amplitude, determinando, ainda, a respeito dos termos convencionados no tocante a sua amplitude. Confira-se o teor do referido dispositivo:

Art. 630. Os Acordos de Previdência Social entre países caracterizam-se como uma norma de caráter internacional para a coordenação das legislações nacionais em matéria de previdência com objetivo de ampliar a cobertura, garantindo o direito aos eventos de velhice, tempo de serviço, invalidez, incapacidade temporária, maternidade e morte, conforme previsto em cada Acordo, a isenção da contribuição para

trabalhadores em deslocamento temporário com o objetivo de evitar a dupla tributação e, em alguns Acordos, a cobertura na área da saúde.

§ 1º No Brasil os Acordos de Previdência Social são autorizados pelo Congresso Nacional e promulgados pelo Presidente da República.

§ 2º As pessoas amparadas pelos Acordos de Previdência Social, as quais estão ou estiveram filiadas aos regimes previdenciários desses países acordantes, bem como seus dependentes, têm direito aos benefícios neles previstos e ficam sujeitas à legislação nacional do país acordante para o qual tenha encaminhado o requerimento.

§ 3º Os servidores públicos sujeitos a regimes próprios e seus dependentes, estão amparados pelos Acordos de Previdência Social firmados pelo Brasil, desde que exista previsão expressa nesses instrumentos.

§ 4º Os Acordos Internacionais de Previdência Social não implicam na modificação da legislação vigente em cada país, cabendo a cada parte analisar os pedidos, considerando a legislação própria aplicável e as regras estabelecidas no respectivo Acordo. § 5º Conforme art. 85-A da Lei nº 8.212, de 1991, o Acordo de Previdência Social será interpretado como lei especial.

A possibilidade de aproveitamento do tempo de serviço/contribuição para fins previdenciários prevista pelos acordos internacionais de previdência não altera a regra de que a norma incidente sobre o tempo de serviço/contribuição deve ser a norma do local de prestação do serviço.

Isso acontece até mesmo porque, em regra, as contribuições previdenciárias devem ser vertidas para a entidade previdenciária também do local de prestação do serviço, salvo nos casos de transferência temporária, oportunidade em que o trabalhador presta serviços em outro país, em caráter temporário, e mantém o pagamento das contribuições ao sistema previdenciário do país de origem – evitando, com isso, a bitributação.

Para que isso seja possível, é necessário o requerimento de emissão, por parte do INSS, do Certificado de Deslocamento Temporário e Isenção de Contribuição. Através dele é garantida a isenção da contribuição previdenciária no local de prestação de serviço.

A diferença entre os sistemas de previdência dos países e a constante mudança e atualização das normas que embasam o sistema previdenciário evidenciam-se como os maiores entraves para a aplicação dos acordos internacionais de previdência, o que pode gerar dificuldades na contabilização do tempo de serviço/contribuição para fins de aquisição de direito ao gozo de algum benefício previdenciário.

Ainda que realmente existam essas dificuldades, entende-se que, respeitados os limites definidos pelas convenções constantes dos acordos internacionais de previdência, a aplicação destes acordos deve sempre vislumbrar o cumprimento do escopo dos princípios gerais de previdência, mais especificamente os princípios da igualdade e da universalidade.

Assim, ainda que possam existir dificuldades, a aplicação dos acordos internacionais de previdência deve ser avaliada caso a caso, respeitando os limites dos termos convencionados no acordo e sempre visando a concretização dos princípios norteadores da previdência social, principalmente os da igualdade e da universalidade.

3. DO ACORDO INTERNACIONAL DE PREVIDÊNCIA FIRMADO ENTRE BRASIL E ARGENTINA E A POSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

As relações internacionais bilaterais de seguridade social entre Brasil e Argentina se concretizaram em 20 de agosto de 1980, quando os países assinaram acordo internacional de previdência social, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através da promulgação do Decreto nº 87.918, de 07 de dezembro de 1982.

Neste sentido, o Decreto nº 87.918/1982, que promulga o Acordo da Previdência Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Argentina, estabelece em seu art. I, disposto abaixo, a abrangência do acordo no tocante aos benefícios abrangidos, especificando a prevenção aos riscos sociais de: I) assistência médica, farmacêutica, odontológica, ambulatorial e hospitalar; II) incapacidade de trabalho temporária; III) invalidez; IV) velhice; V) tempo de serviço; VI) morte; VII) natalidade; VIII) acidente do trabalho e doenças profissionais; e IX) salário família.

Artigo I

1. O presente Acordo aplicar-se-á:

A) No Brasil:

a) à legislação do regime de previdência social relativa a:

1. assistência médica, farmacêutica, odontológica, ambulatorial e hospitalar;
2. incapacidade de trabalho temporária;
3. invalidez;
4. velhice;
5. tempo de serviço;
6. morte;
7. natalidade;
8. acidente do trabalho e doenças profissionais; e
9. salário família.

b) à legislação do Programa de Assistência ao Trabalho Rural, relativamente aos itens da alínea “a”, no que couber.

B) Na Argentina:

- a) aos regimes de aposentadoria e pensões (invalidez, velhice e morte);
- b) ao regime de obras sociais (assistência médica, farmacêutica, odontológica, ambulatorial e hospitalar);
- c) ao regime de acidentes do trabalho e doenças profissionais;
- e d) ao regime de prestações familiares.

Especificamente quanto à contabilização do tempo de serviço/contribuição, o art. VII, abaixo transcrito, estabelece, de maneira clara, a possibilidade de utilização de períodos de contribuição, não

concomitantes, prestados nos territórios dos estados contratantes para fins de concessão dos benefícios estabelecidos para prevenção dos riscos sociais previstos no art. I:

Artigo VII

1. Os períodos de serviço cumpridos em épocas diferentes em ambos os Estados Contratantes, poderão ser totalizados para concessão das prestações previstas no Artigo I. O cômputo desses períodos se regerá pela legislação do país onde tenham sido prestados os serviços respectivos.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos entende-se que houve a disposição da possibilidade de aproveitamento do tempo de serviço/contribuição para fins de obtenção do direito aos benefícios previstos no acordo internacional de previdência firmado entre o Brasil e a Argentina, dentre eles o de aposentadoria por tempo de contribuição.

Em atenção à constante mudança nas normas de seguridade social e previdência social, o acordo internacional de previdência firmado entre o Brasil e a Argentina prevê, em seu art. XXVI, a possibilidade de realização de Ajustes Administrativos, os quais possibilitam a alteração das disposições acordadas com o fito de aprimorar e atualizar a aplicação do acordo. Eis o teor do artigo:

ARTIGO XXVI

1. O presente Acordo será executado pelas entidades de previdência social dos dois países e regulados por ajustes administrativos, cuja elaboração será atribuída pelas autoridades competentes a uma comissão mista.

2. A referida comissão mista será integrada por representantes de cada Estado Contratante, que terá por objetivo assessorar as ditas autoridades sempre que estas o necessitem ou por iniciativa própria, no que se refere à aplicação do presente Acordo, dos ajustes administrativos e demais documentos adicionais que se estabeleçam e qualquer outra função referente aos ditos documentos, que de comum acordo resolvam atribuir-lhe as autoridades competentes.

3. Os ajustes administrativos a que se refere o presente Acordo entrarão em vigor por troca de notas diplomáticas entre os Governos dos dois países.

Nos termos do art. XXVI do Decreto nº 87.918/1982 foi firmado entre o Brasil e a Argentina, em 06 de julho de 1990, um Ajuste Administrativo, o qual previu a impossibilidade de contabilização de tempo de serviço/contribuição prestado em um dos países signatários para fins de concessão de aposentadorias com base exclusivamente no tempo de serviço em seu art. 8º. Confira-se:

Art. 8º- Totalização dos períodos

1. Os períodos de seguro que serão levados em conta para totalização das prestações dos benefícios por invalidez, velhice ou morte, serão os que resultarem computáveis de acordo com a legislação de cada um dos Estados em que foram prestados os serviços ou se pagam as contribuições.
2. Quando em ambos os países tiverem sido cumpridos simultaneamente para fins de totalização, os períodos de seguro simultâneos serão considerados como cumpridos pela metade em cada um dos Estados.
3. A totalização de períodos prevista no parágrafo 1 do Artigo VII do Acordo não se aplica às aposentadorias concedidas com base exclusivamente no tempo de serviço.

Neste sentido, em virtude do ajuste administrativo realizado, restou vedada a totalização² do tempo de serviço para fins de concessão de benefício com base exclusivamente no tempo de serviço.

Aqui importa lembrar que, até a vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 103, de 12 de novembro de 2019, o sistema previdenciário brasileiro previa a hipótese de concessão do benefício de aposentadoria mediante a comprovação exclusiva de um tempo mínimo de contribuição, independente do cumprimento de requisito

² Aproveitamento do tempo de serviço/contribuição para fins de concessão dos benefícios previstos no acordo internacional de previdência.

etário ou qualquer outro, benefício este que não é previsto no sistema previdenciário argentino.

Posteriormente, em 15 de dezembro de 1997, foi firmado pelos países integrantes do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), dos quais são integrantes Brasil e Argentina, novo acordo internacional de previdência, o qual prevê, em seu art. 7, a possibilidade de aproveitamento do tempo de serviço prestado nos países signatários para fins de concessão dos benefícios que previnem os riscos sociais de velhice, idade avançada, invalidez ou morte, não prevendo, contudo, a possibilidade de totalização para fins de concessão do benefício de aposentadoria exclusivamente por tempo de contribuição. Confira-se a transcrição do artigo:

ARTIGO 7

1. Os períodos de seguro ou contribuição cumpridos nos territórios dos Estados Partes serão considerados, para a concessão das prestações por velhice, idade avançada, invalidez ou morte, na forma e nas condições estabelecidas no Regulamento Administrativo. Este Regulamento Administrativo estabelecerá também os mecanismos de pagamento pro-rata das prestações.
2. O Estado Parte onde o trabalhador tenha contribuído durante um período inferior a doze meses poderá não reconhecer prestação alguma, independentemente de que tal período seja computado pelos demais Estados Partes.
3. Caso o trabalhador ou seus familiares e assemelhados não tenham reunido o direito às prestações de acordo com as disposições do Parágrafo 1, serão também computáveis os serviços prestados em outro Estado que tenha celebrado acordos bilaterais ou multilaterais de Seguridade Social com qualquer dos Estados Partes.
4. Se somente um dos Estados Partes tiver concluído um acordo de seguridade com outro país, para fins da aplicação do Parágrafo 3, será necessário que tal Estado Parte assuma como próprio o período de seguro ou contribuição cumprido neste terceiro país.

Com o advento da EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998, passou-se a exigir no Brasil a comprovação da efetiva contribuição para a contabilização de tempo para fins de aposentadoria, passando-se a exigir o efetivo tempo de contribuição em detrimento do tempo de serviço exigido anteriormente.

O Ajuste Administrativo firmado entre o Brasil e a Argentina menciona expressamente o termo “tempo de serviço” e não “tempo de contribuição”, como prevê a EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

Entretanto, para fins de contabilização no Brasil do tempo laborado no exterior, não há a necessidade de comprovação do efetivo recolhimento das contribuições, uma vez que, além de estar vinculado às normas do local de prestação dos serviços sendo as contribuições vertidas para o sistema previdenciário local, o art. 632 da IN nº 77/2015 do INSS, abaixo transcrito, permite a totalização do tempo de serviço independentemente dos valores contribuídos.

Art. 632. Os Acordos de Previdência Social preveem a totalização do tempo de contribuição ou período de seguro cumprido no país acordante para garantia do direito, não considerando os valores contribuídos nesse país.

Parágrafo único. O pagamento dos benefícios ocorrerá de forma proporcional ao tempo e ao valor contribuído para os regimes de previdência, resultando na garantia de benefícios em dois ou mais países acordantes, desde que atendidas as condições necessárias previstas na legislação previdenciária de cada país e conforme cada Acordo.

No mesmo sentido, o parágrafo único do art. 642 da IN nº 77/2015 do INSS impede a compensação de valores entre o Brasil e os países acordantes:

Art. 642. No Brasil haverá emissão de CTC obedecida às regras de contagem recíproca e compensação previdenciária nas seguintes situações:

I - quando o período de RPPS brasileiro for anterior ao período no RGPS, mesmo que o segurado esteja vinculado por

último ao regime de previdência do país acordante, previsto no respectivo Acordo; ou

II - quando o período de RPPS brasileiro for posterior ao período no RGPS, estando o segurado vinculado por último a um regime de previdência do País acordante, previsto no respectivo Acordo.

Parágrafo único. Não há compensação previdenciária entre o Brasil e os países acordantes.

Com isso, que, em que pese o ajuste administrativo se utilizar da expressão “tempo de serviço”, deve ser entendida, também, a impossibilidade de totalização, como tempo de contribuição, do período laborado na Argentina para fins de concessão de benefício que tenha o tempo de serviço/contribuição como único requisito.

Assim sendo, ante a ausência de previsão no acordo internacional de previdência firmado entre o Brasil e a Argentina, bem como no acordo internacional de previdência dos países integrantes do MERCOSUL, entende-se, a princípio, não ser possível o aproveitamento do tempo de serviço/contribuição prestado na Argentina ou em qualquer outro país integrante do MERCOSUL para fins de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Não devemos esquecer que a utilização do tempo de serviço/contribuição está exclusivamente vinculada ao que foi convencionalizado através dos acordos internacionais de previdência, sem olvidar que a aplicação dos acordos deve sempre estar em comunhão com os princípios norteadores do direito da seguridade social.

No caso de brasileiros que trabalharam na Argentina, o Superior Tribunal de Justiça(STJ) já se manifestou pela impossibilidade de aproveitamento, para fins de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, do tempo de serviço prestado naquele país, conforme se depreende do julgamento do RESp nº 1.175.308/RS, RESp nº 638.630/RS e RESp nº 1.696.477/RS.

Trazemos, a título de ilustração, trechos da decisão monocrática proferida pelo Ministro Francisco Falcão no RESp nº 1.696.477/RS:

Da leitura dos citados dispositivos, conclui-se que a contagem recíproca do tempo de serviço para fins de aposentadoria somente será admitida se tal hipótese for prevista em ambos os países signatários. Trata-se da manifestação do princípio da reciprocidade, muito comum nas relações internacionais. Com efeito, inexistente benefício de aposentadoria por tempo de serviço na Argentina, apenas em razão de velhice, invalidez ou morte. Portanto, não há que se admitir o pleito em comento, por ausência de amparo legal.

[...]

Em verdade, é pacífico o entendimento desta Corte acerca da impossibilidade de averbação do tempo de serviço prestado na Argentina ou em qualquer outro país do Mercosul em que não há tal previsão.

[...]

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RI/STJ, dou provimento ao recurso especial para reformar a decisão do Tribunal de Origem, inadmitindo, para fins de aposentadoria por tempo de serviço, no Brasil, a contagem de tempo na República Argentina, sem prejuízo de sua utilização no que cabível. (STJ - REsp: 1696477 RS 2017/0236489-0, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Publicação: DJ 26/02/2018)

Entretanto, analisando o § 2º do art. 630 da IN nº 77/15 do INSS, vê-se que o referido dispositivo prevê a utilização dos períodos laborados para fins de concessão dos benefícios previstos nos próprios acordos. Cabe aqui, mais uma vez, trazer a transcrição do dispositivo integrante da norma administrativa:

Art. 630. Os Acordos de Previdência Social entre países caracterizam-se como uma norma de caráter internacional para a coordenação das legislações nacionais em matéria de previdência com objetivo de ampliar a cobertura, garantindo o direito aos eventos de velhice, tempo de serviço, invalidez, incapacidade temporária, maternidade e morte, conforme previsto em cada Acordo, a isenção da contribuição para trabalhadores em deslocamento temporário com o objetivo

de evitar a dupla tributação e, em alguns Acordos, a cobertura na área da saúde.

§ 1º No Brasil os Acordos de Previdência Social são autorizados pelo Congresso Nacional e promulgados pelo Presidente da República.

§ 2º As pessoas amparadas pelos Acordos de Previdência Social, as quais estão ou estiveram filiadas aos regimes previdenciários desses países acordantes, bem como seus dependentes, têm direito aos benefícios neles previstos e ficam sujeitas à legislação nacional do país acordante para o qual tenha encaminhado o requerimento.

§ 3º Os servidores públicos sujeitos a regimes próprios e seus dependentes, estão amparados pelos Acordos de Previdência Social firmados pelo Brasil, desde que exista previsão expressa nesses instrumentos.

§ 4º Os Acordos Internacionais de Previdência Social não implicam na modificação da legislação vigente em cada país, cabendo a cada parte analisar os pedidos, considerando a legislação própria aplicável e as regras estabelecidas no respectivo Acordo.

§ 5º Conforme art. 85-A da Lei nº 8.212, de 1991, o Acordo de Previdência Social será interpretado como lei especial.

Por sua vez, o art. 639 também da IN nº 77/15 do INSS transcrito abaixo estabelece a possibilidade de totalização, para fins de aquisição, manutenção e recuperação de direitos previstos nos acordos firmados.

Art. 639. Os períodos de contribuição cumpridos no país acordante poderão ser totalizados com os períodos de contribuição cumpridos no Brasil, para efeito de aquisição, manutenção e recuperação de direitos, com a finalidade de concessão de benefício brasileiro por totalização, no âmbito dos Acordos de Previdência Social.

Parágrafo único. Os períodos concomitantes de seguro ou de contribuição prestados nos dois países serão tratados conforme definido no texto de cada Acordo.

Devemos levar em consideração, ainda, os princípios da igualdade e da universalidade, os quais visam a amplitude de abrangência das normas de seguridade social e de previdência com a finalidade de ampliar, ao máximo possível, a prevenção aos cidadãos.

Entende-se que a realização de acordos internacionais de previdência visa o amparo dos cidadãos que, por qualquer circunstância, venham a prestar serviços em um país diferente do seu país de origem. Com isso, a aplicação das normas acordadas deve estar em consonância com os princípios que norteiam o direito previdenciário do local da prestação do benefício, tendo sempre em vista a maior proteção do cidadão. A interpretação da norma convencionada não podese outra senão aquela que permita, nos limites acordados, o maior amparo ao cidadão.

Noutras palavras, considerando, em uma interpretação extensiva e teleológica, os aspectos: I) da intenção de preservação dos princípios da proteção social que fundamentam o direito previdenciário, com ênfase nos princípios da igualdade e da universalidade, os quais se apresentam, inclusive, como fundamentos para a realização dos acordos internacionais de previdência; II) da expressa autorização trazida pelos arts. 630 e 639 da IN nº 77/15 do INSS; e III) das normas de previdência brasileiras, até a vigência da EC nº 103/2019, podemos julgar possível a totalização do período laborado na Argentina para fins de concessão do benefício de aposentadoria exclusivamente por tempo de contribuição.

Nesse sentido, entender pela impossibilidade completa de utilização do tempo de serviço/contribuição prestado na Argentina para fins de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição vai de encontro aos princípios da igualdade e da universalidade, bem como ao escopo de proteção social buscado pela realização dos acordos internacionais de previdência, o que, certamente, não deve ser o objetivo do operador do direito.

Ademais, admitir tal impossibilidade poderia gerar situações de completo desamparo previdenciário aos cidadãos, situação que vai de encontro, inclusive, aos preceitos trazidos pela CF/88.

Ressalta-se que o entendimento pela possibilidade de totalização do período laborado na Argentina para fins de concessão do benefício de aposentadoria exclusivamente por tempo de contribuição já foi desenvolvido no âmbito dos tribunais superiores. Trazemos, a título de exemplo, a ementa do julgamento da Apelação 5020169-95.2015.404.7000/PR pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF) em 07 de fevereiro de 2017:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NO EXTERIOR PARA FINS DE APOSENTADORIA NO BRASIL. REPÚBLICA ARGENTINA. ACORDO MULTILATERAL DE SEGURIDADE SOCIAL. RECONHECIMENTO. 1. Nos termos do Acordo Multilateral entre os países do Mercosul, cabível o pedido de averbação de período laboral cumprido no exterior. 2. À luz do previsto no Acordo, o reconhecimento do referido tempo de serviço prestado na Argentina deve ser por ela efetuado, conforme a legislação daquele país. Na mesma linha, aliás, nas hipóteses de contagem recíproca de tempo de serviço por servidor público, compete ao INSS a expedição de certidão de reconhecimento da contagem de tempo do período pleiteado. 3. Não se estabeleceu, contudo, a necessidade de que também na República da Argentina fosse prevista a concessão de benefício previdenciário por tempo de serviço. 4. Apelações e remessa oficial improvidas. (TRF-4 - APL: 50201699520154047000 PR 5020169-95.2015.404.7000, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 07/02/2017, TERCEIRA TURMA)

O sistema jurídico previdenciário brasileiro, no que tange ao direito à aposentadoria, prevê, além da aposentadoria exclusivamente por tempo de contribuição, benefícios que demandam o cumprimento de outros requisitos além do tempo de contribuição. Trazemos como

exemplo a aposentadoria por idade, a qual exige o cumprimento de um requisito etário (idade mínima) além da demonstração de um número mínimo de contribuições vertidas à previdência, que pode ser suprido através do tempo de serviço/contribuição.

Com a edição da EC nº 103/2019, foram estabelecidas regras (definitivas e de transição) para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), as quais permitem a concessão da aposentadoria mediante a observação do cumprimento de uma multiplicidade de requisitos que levam em consideração a idade do segurado e o tempo de contribuição. São elas: I) a regra de transição por pontos (art. 15); II) a regra de transição da idade mínima progressiva e tempo de contribuição (art. 16); III) a regra de transição do pedágio de 100%, acrescido da idade mínima (art. 20); IV) a regra de transição da aposentadoria por idade (art. 18); e V) a regra definitiva geral de aposentadoria por idade.

Quanto aos benefícios que demandam o cumprimento de uma multiplicidade de requisitos, não deve haver dúvidas quanto à possibilidade de aproveitamento (totalização) do tempo de serviço/contribuição prestado na Argentina, uma vez que a interpretação restritiva do ajuste administrativo feito no acordo internacional de previdência entre os países apenas impossibilitaria a totalização nos casos de concessão de aposentadoria exclusivamente por tempo de serviço.

Desta feita, nos casos em que a concessão do benefício demandar o cumprimento de qualquer requisito além do tempo de serviço/contribuição, também deve se entender pela possibilidade de totalização do período laborado na Argentina, nos exatos termos do acordo internacional de previdência firmado entre os países.

Uma dúvida recai sobre o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, denominada fator 85/95, previsto pela Lei nº 13.183/2015. É que o art. 2 da referida lei alterou o art. 29-C da Lei nº 8.213/91 de modo a permitir a opção pela não incidência do fator previdenciário quando o segurado atingisse um limite

de pontuação que leva em consideração a sua idade e o tempo de contribuição.

A controvérsia recai sobre a dúvida de se o art. 2 da Lei nº 13.183/2015, que alterou o art. 29-C da Lei nº 8.213/91, criou uma nova modalidade de aposentadoria, a qual prevê o cumprimento de um requisito que leva em consideração tanto a idade do segurado quanto o seu tempo de contribuição (pontos) ou se a referida alteração apenas influencia na forma de cálculo do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, a qual apenas demanda o cumprimento do requisito do tempo mínimo de contribuição.

A solução da controvérsia é importante pois, em se admitindo a hipótese de que a alteração trazida pelo art. 2 da Lei nº 13.183/2015 promoveu a criação de um novo benefício que demanda o cumprimento de um requisito que leva em consideração tanto a idade quanto o tempo de contribuição do segurado, não haveria dúvidas quanto à possibilidade de totalização do tempo de serviço/contribuição prestado na Argentina para fins de concessão do referido benefício. Por outro lado, ao admitir que a alteração legal apenas atinge a forma de cálculo do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, estaríamos sujeitos à controvérsia da possibilidade de totalização do tempo de serviço/contribuição prestado na Argentina.

Particularmente, nos filiamos ao entendimento de que a alteração trazida pelo art. 2 da Lei nº 13.183/2015 apenas modificou a forma de cálculo do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, sem produzir efeitos quanto aos requisitos de concessão do benefício, mas apenas instituindo uma modalidade mais benéfica de cálculo do benefício já instituído.

Contudo, ao defendermos a utilização ampla do tempo de serviço/contribuição prestado na Argentina, entendemos também pela possibilidade da sua totalização para a concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição denominada fator 85/95, trazida pela Lei nº 13.183/2015.

O tempo de serviço prestado em um país diferente do seu país de origem carrega uma importância muito grande para o planejamento previdenciário e para a aquisição dos direitos às prestações previdenciárias. Com isso, a totalização dos períodos de contribuição, ainda que devam respeitar as normas estabelecidas pelos acordos internacionais de previdência, devem buscar sempre a materialização dos princípios norteadores da seguridade social, visando garantir uma ampla proteção ao cidadão mediante sua integração ao sistema de seguridade social.

4. CONCLUSÃO

A constante evolução das relações interpessoais, trazidas pelos cada vez maiores avanços na tecnologia, ampliam as nossas possibilidades de interação, na medida em que encurtam as distâncias entre as pessoas. Este fato também atinge, de maneira inevitável, as relações de trabalho.

No âmbito do direito, todo esse fenômeno de globalização, apesar de levar o mundo a uma constante evolução, faz com que nos deparemos com situações completamente atípicas e que demandam um grande aprofundamento para que se encontre uma solução justa e coerente com os múltiplos ordenamentos jurídicos envolvidos. Isto é, a solução de conflitos internacionais, naturalmente, envolve uma maior complexidade, uma vez que devem buscar uma comunhão entre ordenamentos jurídicos distintos, respeitando a soberania nacional de cada um dos países.

Com a globalização e internacionalização das relações de trabalho as situações que envolvem a seguridade social passam a ganhar uma importância internacional. É que, essencialmente, a seguridade social visa a proteção do cidadão contra a ocorrência dos riscos sociais e a preocupação do Estado deve ser a de garantir a proteção dos seus cidadãos, independentemente de estarem localizados em seus territórios.

É por esta razão que a OIT propõe, em sucessivas recomendações a seus países-membros, a elaboração de acordos internacionais de previdência que visam a ampliação da rede de proteção da seguridade social aos seus cidadãos que se encontram fora do território nacional, seja de maneira temporária ou de maneira definitiva.

Os acordos internacionais de previdência são tratados que, para incorporarem ao direito brasileiro, necessitam passar por uma complexidade de atos tanto do Poder Executivo, quanto do Poder Legislativo. Isso porque a CF/88 se preocupou com o respeito às competências de representatividade internacional delegada ao Poder Executivo e de elaboração das normas do Poder Legislativo.

Assim, o procedimento de incorporação de um acordo internacional de previdência depende, em um primeiro momento, de um ato de negociação do Presidente da República seguido de um ato de validação do Congresso Nacional (Decreto Legislativo) e apenas passa a produzir efeitos jurídicos após a promulgação deste ato de validação.

O ato de incorporação dos acordos internacionais é dotado de extrema importância, na medida em que deve respeitar os limites, as diretrizes e os princípios trazidos pelo direito brasileiro. Especificamente em se tratando de um acordo internacional de previdência, este deve estar em perfeita consonância com os princípios e escopos da seguridade social brasileira, principalmente no que tange à igualdade, entendida como o tratamento igualitário e isonômico entre os segurados, e à universalidade, tanto em seu aspecto subjetivo, quanto em seu aspecto objetivo.

Nesse contexto, o tempo de serviço/contribuição prestado em outros países assume uma grande importância para a aquisição e manutenção de direitos assegurados pela previdência social e este é um dos problemas que podem surgir quando existe a realização de trabalho no exterior e a necessidade de fruição de um dos benefícios da previdência social.

O surgimento de problemas ou dificuldades de aplicação existe em razão da aplicação dos acordos internacionais, a qual deve ser

feita de acordo com os limites estabelecidos pelo próprio acordo. Ocorre que os referidos tratados não preveem (e não têm como prever) a totalidade de situações específicas de aplicação e, como dito, a sua aplicação deve ser feita em consonância com os princípios norteadores do direito do local de prestação do benefício.

Diante disso, entende-se pela aplicação extensiva do acordo internacional de previdência firmado entre o Brasil e a Argentina, incorporado através do Decreto nº 87.918/1982, para fins de aproveitamento, no Brasil, do tempo de serviço/contribuição (totalização) com o intuito de concessão de qualquer um dos tipos de aposentadoria, seja aqueles que preveem o cumprimento exclusivamente do requisito do tempo de serviço/contribuição, seja aqueles que prescindem do cumprimento de uma multiplicidade de requisitos.

Defendemos que esta aplicação extensiva busca a materialização dos princípios norteadores do direito previdenciário brasileiro, principalmente os princípios da igualdade e da universalidade, tendo como escopo a promoção de uma maior condição de proteção aos cidadãos brasileiros ou àqueles cidadãos internacionais incluídos no sistema de previdência social brasileiro.

Concluimos que, em que pese o Ajuste Administrativo firmado entre o Brasil e a Argentina em 06 de julho de 1990, baseado no art. XXVI do Decreto nº 87.918/1982, o ordenamento jurídico brasileiro permite a utilização do tempo de serviço/contribuição prestado na Argentina para fins de aquisição de uma aposentadoria que preveja o cumprimento de um tempo mínimo de serviço/contribuição como único requisito para a sua concessão.

A busca pela justiça social deve nortear a aplicação do direito previdenciário no Brasil. A materialização dos princípios de proteção social, a ampliação da cobertura subjetiva e objetiva da seguridade social (universalidade) e a isonomia entre os integrantes do sistema devem, sempre que possível, servir como objetivos finais da aplicação dos acordos internacionais de previdência. É através destes procedimentos que o Estado constrói um sistema de seguridade e

previdência social sólidos, passíveis de amparar os seus cidadãos ou os cidadãos internacionais neles inseridos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Acordos Internacionais de Previdência Social**. Brasília: Secretaria de Previdência do Governo Federal – SEPREV, 2018.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

ONU BRASIL. “Organização Internacional do Trabalho”. **Organização das Nações Unidas no Brasil**. 2020. *Online*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>>.

VIEIRA, Marco André Ramos. **Manual de direito previdenciário**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005.

REFLEXÃO SOBRE A APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO RGPS APÓS A REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Viviane Guimarães¹

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pretende-se com o presente estudo analisar, por óbvio, sem o intuito de esgotar o tema, a aposentadoria da pessoa com deficiência e seus requisitos no Regime Geral da Previdência Social (RGPS), bem como identificar se a reforma da previdência acarretou em alterações nesse tipo de aposentadoria.

As novas regras da previdência social foram instituídas pela Emenda Constitucional (EC) nº 103, publicada no Diário Oficial da União em 13 de novembro de 2019, e se aplica aos segurados do RGPS e do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). A reforma trouxe mudanças na idade mínima para se aposentar, nas regras de transição para trabalhadores ativos, modificação na média de cálculo do benefício, dentre outras alterações importantes que impactam nas aposentadorias e benefícios previdenciários.

A aposentadoria da pessoa com deficiência (PcD) tem previsão legal no artigo 201, § 1º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88); porém, esta norma tem eficácia limitada, fato que exigiu do legislador ordinário determinar, através da Lei Complementar nº 142/2013, os requisitos e critérios para concessão da aposentadoria dos segurados com deficiência. Como normativa pertinente ao tema, o cidadão

¹ Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Instituto dos Magistrado do Nordeste; Pós-graduanda em Direito da Saúde pelo CERS; Pós-graduanda em Inclusão e Direito da Pessoa com Deficiência pelo CBI of MIAMI. Conselheira Fiscal da Associação dos Advogados Previdenciaristas de Pernambuco - AAPREV; Membro da Comissão Especial de Bioética e Biodireito da OAB Federal e Secretária da Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência da OAB/PE.

brasileiro dispõe, ainda, do art. 41 presente na Lei nº 13.146/15 – também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão (LBI) –, o qual assegura o direito do segurado do RGPS à aposentadoria da pessoa com deficiência.

E para a pessoa com deficiência, o que mudou com a reforma? Esta investigação teórica será feita com base nos artigos supra informados e nos aspectos da reforma para se averiguar se as novas normas influenciam o benefício previdenciário das PcDs, resultando, pois, em um avanço ou retrocesso para este tipo de aposentadoria.

2. LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO – LEI 13.146/2015

Neste primeiro tópico vamos abordar a LBI, uma vez que não é possível analisar os direitos das PcDs sem destacar este importante diploma legal.

A LBI é uma lei federal que tem como fundamento jurídico a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, conhecida como Convenção de Nova York, e seu Protocolo Facultativo. O Protocolo Facultativo traz dois importantes mecanismos de monitoramento dos direitos estabelecidos na referida Convenção, sendo eles: o sistema de petições individuais; e o sistema de visita *in loco*. As petições individuais permitem o envio de denúncias de violações dos direitos das PcDs aos Institutos Internacionais, podendo resultar na realização das visitas *in loco* aos países que, porventura, estejam violando os direitos convencionados.

Durante o processo de elaboração da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, que transcorreu no período de 2001 a 2006, houve consenso e compromisso político do Brasil em apoiar ativamente a construção da Convenção, resguardando à legislação nacional o papel regulamentador, em harmonia com os termos e condições definidos no instrumento global. Portanto, o Brasil foi signatário do referido diploma legal, tendo o ratificado em 2008 através do Decreto Federal nº 6.949/2009.

A Convenção de Nova York foi o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos adotado pelo Brasil após a EC nº 45/2004, adentrando em nosso ordenamento jurídico com *status* de EC, bem como sendo base legal para a posterior formulação da Lei nº 13.146/2015.

Conforme explica a autora deste artigo em sua obra “Desafios do empresariado na contratação de pessoa com deficiência, em face das barreiras atitudinais e arquitetônica – estudo de caso concreto”, publicada em 2019 no Livro Trabalho e Previdência em Debate, a LBI é uma lei que se destina a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais das PcDs, visando sua inclusão social e sua cidadania.

A LBI traz elementos conceituais importantes quanto as PcDs no intuito de realizar a inclusão eficaz destes indivíduos. Dentre eles está o conceito de pessoa com deficiência como aquele que apresenta impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, tenha obstruída sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Quanto às barreiras, são apresentadas diversas classificações. São elas: as barreiras urbanísticas, que são os obstáculos nas vias públicas e privadas, abertos ao público ou de uso coletivo, ou seja, nas ruas, avenidas ou caminhos; barreiras arquitetônicas, representadas pelos obstáculos nos edifícios públicos e privados; barreiras nos transportes, identificadas em obstáculos nos meios e sistemas de transportes público e privado; barreiras nas comunicações, que são obstáculos, atitudes ou comportamento que dificultam ou impossibilitam a comunicação, a mensagem ou informação; barreiras atitudinais, sendo elas as atitudes ou comportamentos que impeçam a participação social da PcD em igualdade de condições com as demais pessoas; e as barreiras tecnológicas, obstáculos que dificultam o acesso da PcD às tecnologias.

O desenho universal, conceito essencial para a compreensão e mitigação das dificuldades da pessoa com deficiência no ambiente social, é entendido como os produtos, ambientes, programas e serviços que atendam a todos, independentemente de suas características pessoais, idade, habilidades, estatura, força física, condição de mobilidade, entre outras qualidades individuais, com o objetivo de simplificar a vida de todos. São exemplos de desenho universal: a disposição dos telefones públicos em duas alturas, de modo a permitir sua utilização por pessoas de estaturas variadas e por cadeirantes; fechaduras e maçanetas de portas e janelas operáveis sem a necessidade de força, podendo ser abertas apenas utilizando-se o punho ou até mesmo o cotovelo; sinalização tátil em Braille, indicando o sanitário feminino/masculino, permitindo que pessoas cegas possam identificar o sanitário com independência.

Vejamus que a modificação na legislação ora destacada pode ser entendida como aplicação de política afirmativa, com o objetivo de trazer justiça aos trabalhadores com deficiência que possuem maiores dificuldades na execução do labor quando comparados aos trabalhadores sem deficiência.

Segundo estimativas, há no mundo mais de 650 milhões de pessoas que possuem alguma espécie de deficiência, o que equivale à aproximadamente 10% da população mundial, sendo que dois terços delas vivem em países em desenvolvimento e apenas 2% das crianças com deficiências recebem alguma espécie de educação ou reabilitação.

No Brasil, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) informa que há, no território brasileiro, 45.606,048 pessoas que declaram ter pelo menos uma deficiência – seja visual, auditiva, motora ou intelectual –, conforme censo do ano de 2010.

O autor Adolfo Mamoru Nishiyama (2016, p. 53), no seu livro intitulado *Proteção Jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo*, relata dados sobre o censo de 2010, nos seguintes termos:

Neste censo de 2010 foram investigadas também as pessoas com deficiência por faixa de idade, e se constatou que 7,5% das crianças de 0 a 14 anos apresentaram pelo menos um tipo de deficiência; 24,9% da população de 15 a 64 anos e 67,2% na população com mais de 65 anos. A incidência maior de pelo menos uma das deficiências investigadas ocorreu na população de 40 a 59 anos, o que corresponde a aproximadamente 17,4 milhões de pessoas, sendo 7,5 milhões de homens e 9,9 milhões de mulheres.

Nota-se que a grande incidência de pessoas que se declararam com pelo menos uma deficiência encontra-se na faixa etária laboral, bem como a grande maioria delas estão fora do mercado de trabalho, consequentemente sem nenhuma proteção social do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

Assim, diante de dados tão assustadores, a LBI apresenta objetivos para assegurar direitos, igualdades de oportunidades e acessibilidade, entendendo a acessibilidade como a possibilidade de qualquer pessoa acessar e utilizar com autonomia e segurança um lugar, serviço, produto, informação, tecnologia, mobiliário e afins. A acessibilidade está em todos os setores da sociedade, ou seja, é o direito que garante à PcD viver de forma independente, exercendo seus direitos de cidadania e participação social.

No entanto, não existe inclusão, muito menos cidadania plena, se a pessoa com deficiência não consegue acesso ao trabalho e, consequentemente, direito de ser segurado da previdência social.

Pautado nesta dificuldade de inclusão laboral, a LBI traz em seu Capítulo VI – Do Direito ao Trabalho, os arts. 34, 35, 36 e 37, os quais garantem este pleno direito, preceituando que “a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas” – ou seja, tem direito a um ambiente acessível, sem barreiras de quaisquer ordens, assim como ao oferecimento de tecnologias assistivas, habilitação e reabilitação profissional.

Garantindo o direito ao trabalho, a LBI, conseqüentemente, garante também à pessoa com deficiência, o direito aos benefícios da previdência social, vez que o PcD se torna segurado obrigatório da previdência. Este direito está garantido em seu art. 41: “A pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) tem direito à aposentadoria nos termos da Lei Complementar n. 142, de 8 de maio de 2013”.

O art. 41 da LBI, ao se referir ao direito previdenciário da pessoa com deficiência no âmbito do RGPS, nos remete à Lei Complementar nº 142/2013, que trata especificamente deste assunto, o qual passaremos a discutir no tópico seguinte.

3. APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

No ano de 1988, quando foi promulgada a Constituição Federal do Brasil, não havia especificamente nada sobre aposentadoria da pessoa com deficiência. No entanto, a CF/88 garante em seu art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Com base neste preceito, no ano de 2005, a Constituição sofreu uma alteração em seu artigo 201, §1º, através da EC nº 47/2005, de modo a reconhecer a possibilidade, a partir de regulamentação da lei, de uma aposentadoria com tempo diminuído para aquela pessoa que, muito embora seja deficiente, conseguiu contribuir para a previdência social.

Portanto, a aposentadoria da pessoa com deficiência tem previsão legal na CF/88 em seu artigo 5º, bem como no § 1º do art. 201 – o qual determina a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria às PcDs.

Conforme já exposto, esta norma tem caráter limitado, de modo que foi regulamentada pelo legislador ordinário através da Lei Complementar nº 142/2013, dando eficácia ao dispositivo constitucional, regulamentando a matéria e criando a aposentadoria da pessoa com deficiência.

Desta feita, a aposentadoria especial da PcD é um benefício destinado ao indivíduo com ou que no decorrer de sua vida foi acometido por uma deficiência, e que manteve com a previdência social uma relação contributiva, e, por esta razão, terá direito à aposentadoria com o tempo reduzido, tanto no de contribuição como no de idade. Importante esclarecer que não basta, para a análise e concessão do benefício, o simples fato ou condição de ter deficiência: é necessário, todavia, ser e comprovar a qualidade de segurado, com a prova das contribuições sociais mensalmente vertidas à Previdência Social.

A Lei Complementar nº 142/2013, em seu art. 2º, define o conceito de deficiência, reproduzindo na integralidade o que já dispõe a Convenção de Nova York – ou seja, deficiente é toda pessoa que possui impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Este impedimento de longo prazo deverá ser entendido como uma incapacidade de pelo menos 2 anos, e a avaliação desta incapacidade, quando necessária, deverá ser biopsicossocial, envolvendo uma equipe multiprofissional e interdisciplinar.

Na avaliação biopsicossocial serão considerados os impedimentos nas funções e estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho das atividades; e também a restrição de participação da pessoa na sociedade, em razão das barreiras existentes. A avaliação biopsicossocial tem base a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF).

Conforme exposto por Soares (2016, p. 144), a CIF leva em consideração vários fatores para a identificação de uma pessoa com deficiência. Entende-se que as funções mentais e as estruturas do corpo não são suficientes para identificação da deficiência; é preciso, além disso, verificar os chamados fatores contextuais, sendo eles: pessoais, ambientais individuais e sociais.

O doutrinador segue lecionando que os fatores pessoais se relacionam ao histórico particular da vida – como sexo, raça, idade, outros estados de saúde, educação, hábitos, profissão, dentre outros. Já os ambientais individuais são aqueles verificados no ambiente imediato do indivíduo, ou seja, domicílio, local do trabalho, da escola, família, conhecidos e estranhos. Os fatores ambientais sociais são as regras de conduta ou sistema na comunidade ou cultura que impactam sobre as pessoas (SOARES, 2016).

Conclui-se, portanto, que a avaliação da deficiência deverá ser multidisciplinar, com a modificação do paradigma meramente médico para uma avaliação mais abrangente e justa. Esta avaliação é feita por meio de formulários, que são preenchidos pelos médicos e assistentes sociais do INSS. Nestes formulários são atribuídas pontuações para diversas atividades desempenhadas pelo segurado, como: domínios sensorial, comunicacional, mobilidade, cuidado pessoal, vida doméstica, educação, trabalho, vida econômica, socialização e vida comunitária. São atribuídas pontuações de 25, 50, 75 ou 100 pontos, conforme o grau de dependência de terceiros; quanto maior a ajuda de terceiros, menor é a pontuação e maior a deficiência.

A condição de deficiente, para fins desse tipo de aposentadoria especial, foi regulamentada pelo Decreto nº 8.145/13 e pela Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH nº 1, de 27 de janeiro de 2014. As referidas normas servem como parâmetros, bem como suportes legais e normativos ao perito técnico médico da Previdência Social, que deverá empregar seus conhecimentos de modo a analisar, avaliar e caracterizar a deficiência e, conseqüentemente, conceder o benefício ao segurado que preencher os requisitos previstos na legislação previdenciária.

Os requisitos para o reconhecimento da aposentadoria especial da pessoa com deficiência estão descritos no parágrafo único do art. 3º e nos arts. 4º e 5º da Lei Complementar nº 142/13, estabelecendo que a deficiência deve ser classificada como grave, moderada ou leve. A deficiência grave tem pontuação total menor ou igual a 5.739; a

moderada, pontuação total maior ou igual a 5.740 e menor ou igual a 6.354; e a leve, pontuação total maior ou igual a 6.355 e menor ou igual a 7.584.

Nesse sentido, as PcDs que contribuem para a Previdência Social têm direito a dois tipos aposentadoria especial, quais sejam: a aposentadoria por tempo de contribuição; e a aposentadoria por idade. São estabelecidas condições diferenciadas para ambos os benefícios.

Os critérios estabelecidos na Lei Complementar nº 142/13 para a aposentadoria da pessoa com deficiências por tempo de contribuição são os seguintes:

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

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

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

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

Já o critério para aposentadoria por idade se encontra no inciso IV do art. 3º da mesma lei:

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

O Decreto nº 8.145/13 modificou o Regulamento da Previdência Social (RPS) no sentido de dispor sobre a aposentadoria por tempo

de contribuição e por idade da pessoa com deficiência. Em seu art. 70-A, disserta que a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade ao segurado que tenha reconhecido grau de deficiência leve, moderada ou grave, através de avaliação médica e funcional realizada por perícia própria do INSS, está condicionada à comprovação da condição de pessoa com deficiência na data da entrada do requerimento ou na data da implementação dos requisitos para o benefício.

Já o artigo 70-B dispõe que a aposentadoria por tempo de contribuição do segurado com deficiência, cumprida a carência, é devida ao segurado empregado, inclusive o doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual e facultativo.

Para a aposentadoria por idade, o segurado com deficiência, além de preencher o critério etário, também deverá observar o tempo mínimo de quinze anos de contribuição (180 meses) cumpridos na condição de PcD, independentemente do grau.

A Previdência Social tem exigido como meio comprobatório de marco inicial da deficiência os seguintes documentos médicos: relatório, atestado, prontuário médico de internação ou outro documento médico datado que informe sobre a deficiência alegada pelo segurado.

Ainda há previsão legal para os casos onde o segurado que, após a filiação ao RGPS, tornou-se pessoa com deficiência ou apresentou variação no grau de deficiência inicialmente identificado. Os parâmetros mencionados de idade e gravidade da deficiência serão proporcionalmente ajustados e os respectivos períodos serão somados após conversão, conforme as tabelas abaixo.

É importante ressaltar que, ao contrário da aposentadoria por invalidez, após se aposentar, a pessoa com deficiência poderá permanecer em atividade, sendo que não consta nenhuma vedação correlata à definida no art. 57, § 8º da Lei de Benefícios da Previdência Social.

O cálculo da renda mensal da aposentadoria especial do segurado com deficiência por tempo de contribuição e por idade será

realizada aplicando-se sobre o salário de benefício, apurado em conformidade com o disposto no art. 29 da Lei nº 8.213/91, os seguintes percentuais: 100% (cem por cento), no caso da aposentadoria leve, moderada ou grave; e 70% (setenta por cento) mais 1% (um por cento) do salário de benefício por grupo de 12 (doze) contribuições mensais, até o máximo de 30% (trinta por cento), no caso de aposentadoria por idade. Nos dois tipos de aposentadoria, o fator previdenciário somente será aplicado se resultar em cálculo mais vantajoso ao segurado, conforme art. 9º, inciso I da Lei Complementar nº 142/13.

Em breve síntese, sem abordar os inúmeros problemas existentes quando do requerimento da aposentadoria da PcD, vez que este tema não é o objeto do presente artigo, são essas as normativas que asseguram ao segurado com deficiência o direito ao benefício previdenciário.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Em 12 de novembro de 2019, o Congresso Nacional promulgou a Reforma da Previdência, trazendo importantes modificações ao sistema previdenciário brasileiro.

A nova Previdência entrou em vigor em 13 de novembro de 2019, alterando o tempo mínimo de contribuição e as regras de transição para quem já estava no sistema, dentre inúmeras outras mudanças. De acordo com o *site* da Previdência Social, como regra geral para o deferimento à aposentadoria, o INSS passa a exigir:

Das mulheres, pelo menos 62 anos de idade e 15 anos de contribuição, para os homens, 65 anos de idade e 20 anos de contribuição.

O tempo de contribuição mínimo permanecerá em 15 anos somente para os homens que estiverem filiados ao RGPS antes de a emenda constitucional entrar em vigor.

A Nova Previdência prevê regras diferentes para algumas categorias profissionais. Para os professores, por exemplo, são 25 anos de contribuição e idade mínima de 57 anos, para as mulheres, e de 60 anos para os homens. Essa regra somente se aplicará aos professores que comprovarem, exclusivamente, tempo de efetivo exercício nas funções de magistério na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio. Policiais, tanto homens quanto mulheres, poderão se aposentar aos 55 anos de idade, desde que tenham 30 anos de contribuição e 25 anos de efetivo exercício da função. Essa regra se aplicará aos cargos de agente penitenciário, agente socioeducativo, policial legislativo, policial federal, policial rodoviário federal, policial ferroviário federal e policial civil do Distrito Federal.

Para a aposentadoria de trabalhadores e trabalhadoras rurais, estão mantidos o tempo de contribuição de 15 anos e as idades mínimas de aposentadoria de 55 anos para as mulheres e de 60 anos para os homens.

Cálculo do benefício

Ao atingir a idade e o tempo de contribuição mínimos, os trabalhadores do RGPS poderão se aposentar com 60% da média de todas as contribuições previdenciárias efetuadas desde julho de 1994. A cada ano a mais de contribuição, além do mínimo exigido, serão acrescidos dois pontos percentuais aos 60%. Assim, para ter direito à aposentadoria no valor de 100% da média de contribuições, as mulheres deverão contribuir por 35 anos e os homens, por 40 anos.

O valor das aposentadorias não será inferior a um salário mínimo nem poderá ultrapassar o teto do RGPS (atualmente R\$ 5.839,45 por mês). O percentual do benefício recebido poderá ultrapassar 100% para mulheres que contribuírem por mais de 35 anos e para homens que contribuírem por mais de 40 anos – sempre limitado ao teto do RGPS.

A Nova Previdência muda a forma de calcular a aposentadoria. O valor será definido levando em consideração todas as contribuições feitas pelo segurado desde julho de 1994. Antes da reforma, o cálculo era feito com base nas 80% maiores contribuições efetuadas nesse mesmo período.

Neste resumo extraído do site do INSS é possível constatar que as regras para a aposentadoria da PcD não foram atingidas pela nova reforma; no entanto, as regras para o cálculo do salário de benefício sofreram modificações que, a priori, tem por consequência prejuízos à aposentadoria do segurado deficiente.

5. A REFORMA DA PREVIDÊNCIA ALCANÇOU A APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA?

Voltamos a pergunta inicial apresentada no presente estudo: a reforma da previdência alcançou a aposentadoria da PcD?

A resposta para tal questionamento é que sim, a reforma em vigor alcançou a aposentadoria da pessoa com deficiência – não quanto à contagem do tempo de contribuição ou idade para fruição do benefício, mas quanto ao cálculo do salário de benefício. As novas regras agora tomam como base a média de todos os salários percebidos pela PcD, a contar de 1994 ou de quando iniciou as contribuições ao sistema.

Esta é a grande modificação apresentada pela nova previdência, que inegavelmente traz prejuízos na renda do segurado com deficiência. Antes da EC 103/19, o cálculo da aposentadoria tinha como base os 80% maiores salários de contribuição; após a entrada em vigor da EC 103/19, o cálculo do benefício será realizado considerando todo o período contributivo, sem descarte dos menores salários. Consequentemente, a renda sofrerá uma redução que poderá ser significativa para o contribuinte.

Partindo dessa média, o segurado irá receber 70% mais 1% para cada ano trabalhado, no caso da aposentadoria por idade; ou receber 100% dessa média, no caso de aposentadoria por Tempo de Contribuição.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em análise superficial das novas regras da Previdência Social, tem-se a percepção, diga-se errônea, de que as mudanças previdenciárias não atingiram a aposentaria especial das pessoas com deficiência, vez que os critérios para sua concessão estatuída na Lei Complementar nº 142/13 foram mantidas, seguindo as mesmas condições anteriormente previstas, inclusive quanto ao seu valor, porém houve modificação significativa quanto à formação do Período Base de Cálculo (PBC).

Repita-se, segundo o INSS não há mais possibilidade de exclusão dos 20% menores salários de contribuições do PBC. A autarquia sustenta este entendimento no art. 26 da EC 103/19, o qual estabelece:

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

Acontece que o art. 22 da EC supramencionada reza que, até que lei discipline o § 4º-A do art. 40 e o inciso I do § 1º do art. 201 da CF/88, a aposentadoria da PcD segurada do RGPS ou do servidor público federal com deficiência vinculado à RPPS, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, será concedida na

forma da Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, inclusive quanto aos critérios de cálculo dos benefícios.

Ora, entende a Autarquia Previdenciária que a EC revogou tacitamente o art. 29 da Lei 8.213/91. No entanto, na mesma Emenda, há dispositivo informando que deve ser mantido o critério de cálculo dos benefícios da Lei Complementar nº 142/13, pois seu art. 8º preceitua que a renda mensal da aposentadoria devida ao segurado com deficiência será calculada aplicando-se sobre o salário de benefício, apurado em conformidade com o disposto no art. 29 da Lei nº 8.213/91 – justamente aquela que o INSS entende derogada.

Certamente, esses conflitos de normas serão levados aos nossos Tribunais para que o Poder Judiciário possa indicar o caminho correto para aplicação das novas regras que já nascem conflituosas, ocasionando mais insegurança jurídica para um tema ainda tão sensível à realidade da aposentadoria da pessoa com deficiência.

REFERÊNCIAS

GUIMARÃES, Viviane. Desafios do empresariado na contratação de pessoa com deficiência, em face das barreiras atitudinais e arquitetônica. In: VIVIANE GUIMARÃES . **Trabalho e Previdência em Debate**. Recife: EDITORA IPANEC, 2019.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**: Características da população e dos domicílios. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção Jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2016.

SOARES, João Marcelino. **Aposentadoria da pessoa com deficiência**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LEITE, Flávia Piva Almeida, RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes, FILHO, Waldir Macieira da Costa (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**, São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

DANTAS, Lucas Emanuel Ricci, **Políticas públicas e direito: a inclusão da pessoa com deficiência**, Curitiba, Juruá, 2016.

GUIMARÃES, Viviane, Cartilha – **LBI para doentes neuromusculares – você sabe como ajudar?** Recife, Donem, 2019.

GABRILLI, Mara, **Cartilha sobre LBI**, São Paulo, 2018.

MAUSS, Adriano, COSTA, José Ricardo Caetano – **Aposentadoria especial dos deficientes- aspectos legais, processuais e administrativos** – 2. ed. São Paulo: Ltr, 2018.

APOSENTADORIA ESPECIAL: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA IDADE MÍNIMA NA APOSENTADORIA ESPECIAL

Matheus Júlio Rêgo¹

1. INTRODUÇÃO

1.1. Do conceito de aposentadoria especial

A aposentadoria especial é uma modalidade de aposentadoria prevista constitucionalmente, regulada por legislação e regulamentação dispersa. Dentre as espécies de aposentadoria, certamente é a categoria com maior complexidade para sua concessão, dados os regramentos multidisciplinares que a circundam.

A benesse da aposentadoria especial é amplamente conceituada na doutrina do Direito Previdenciário. Vejamos o conceito atribuído por Ladenthin (2020, p. 38):

O conceito-base da aposentadoria especial é, portanto, a sujeição do segurado aos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou a integridade física pelo tempo mínimo estabelecido em lei (15, 20 ou 25 anos), cujo objetivo principal é a proteção do trabalhador, proporcionando-lhe uma prestação de natureza eminentemente protetiva.

No mesmo sentido, o benefício é definido por Castro e Lazzari (2015, p. 728):

A Emenda n. 20/98, ao dar nova redação ao §1º do art. 201 da Constituição Federal, estabeleceu que os critérios para concessão da aposentadoria decorrente de atividades exer-

¹ Advogado Previdenciário. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduando em Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes.

cidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física serão definidos em lei complementar. Comentando esse dispositivo, José Afonso da Silva esclarece: “Por regra, essas atividades são aquelas que o art. 7º, XXIII, confere direito a um adicional de remuneração: atividades penosas, insalubres e perigosas, cujo sentido já mencionamos antes.

Há uma corrente doutrinária que entende como uma espécie de mercantilização da saúde do trabalhador, na qual este vendia sua saúde e bem estar em troca dos benefícios que seriam conferidos àqueles que laborassem nas condições do art. 7º, inciso XXIII, da CF/88.

Defensor da corrente supracitada, Kertzman (2020, p. 473) conceitua a aposentadoria especial:

Antes da Reforma da Previdência de 2019, aposentadoria especial era devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção, que tivesse trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Com a devida vênia, discordamos de tal entendimento. Nas atividades em que o trabalhador fica exposto a agentes nocivos, observa-se que tal exposição ocorre devido a uma dupla omissão.

Nesse sentido, em um primeiro espectro, há a omissão do empregador em prover um ambiente de trabalho livre de exposição a tais agentes devido a impossibilidade de dirimir a exposição no ambiente; ainda, há o não fornecimento dos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) eficazes.

No tocante a eficácia dos EPIs, houve recentemente o julgamento do tema 213, da Turma Nacional de Uniformização (TNU), proporcionando ao segurado a possibilidade de questionar a real eficácia dos EPIs quando informada no Perfil Profissiográfico Previdenciário.

Em um segundo espectro, há a omissão do Estado em fiscalizar os ambientes de trabalho, o fornecimento de EPIs, bem como o recolhimento.

Devido à natureza preventiva da aposentadoria especial, entendemos que a benesse previdenciária deve ser concedida ao segurado antes que sua saúde esteja prejudicada, sendo isso viável com a possibilidade do tempo reduzido para aposentadoria, a depender do caso, com 15, 20 ou 25 anos. A própria autarquia previdenciária reconhece a natureza da aposentadoria especial em seu Manual: “tem características preventiva e compensatória, vez que busca diminuir o tempo de trabalho do segurado que, sujeito a condições especiais, exerce ou exerceu atividade que, pela sua natureza, pode causar danos à saúde ou à integridade física” (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2011, p. 10).

Conforme o exposto, há também o caráter compensatório da aposentadoria especial, uma vez que não seria justo com o trabalhador que labora em condições prejudiciais à saúde ter seu bem estar maculado e não receber nada a mais em troca, uma vez que é preceito constitucional a igualdade material.

1.2. Das alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019

Como conceituado no tópico anterior, a aposentadoria especial tem natureza preventiva, sendo um benefício a ser fornecido antes que a saúde do segurado seja prejudicada. O benefício a ser fornecido após a saúde do trabalhador estar debilitada é a aposentadoria por invalidez.

Destarte, fora aprovada a Reforma da Previdência através da Emenda Constitucional (EC) 103/2019, a qual trouxe mudanças no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), atingindo em cheio a aposentadoria especial. A referida EC viola a intenção do legislador constituinte ao prever a aposentadoria especial no texto

original, promovendo mudanças de modo que, mesmo havendo uma interpretação teleológica do texto, seja inviabilizada a concessão da aposentadoria especial para os segurados.

O texto constitucional instituiu, em regra provisória a ser alterada por Lei Complementar, a idade mínima para concessão da aposentadoria especial, sendo necessários 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição, 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição

Nesse sentido, instituir idade mínima é completamente contra a lógica da aposentadoria especial. Podemos utilizar como exemplo um mineiro subterrâneo que se aposentaria com 15 (quinze) anos de contribuição e iniciou o labor aos 20 (vinte) anos de idade, logo, teria a aposentadoria devido a atividade aos 35 anos de idade. No entanto, ele terá de trabalhar mais 20 (vinte) anos, ou seja, mais que o dobro do tempo previsto sob condições extremamente danosas à sua saúde.

Além disso, há inconstitucionalidade material, uma vez que a aposentadoria especial é clausula pétrea, só podendo ser alterada em situações que não restrinjam o acesso ao direito.

Como vemos, é bastante controversa a nova regra da idade mínima para concessão de aposentadoria especial. Trataremos de analisar a constitucionalidade da nova regra no próximo capítulo.

2. IDADE MÍNIMA: COMPATIBILIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

2.1. A incompatibilidade da idade mínima com a aposentadoria especial

Conceituou-se nos tópicos precedentes a natureza da aposentadoria especial, a qual é preventiva e compensatória. Sendo estas

a natureza da benesse, não se resguarda de lógica a inserção de um critério etário para que seja concedido o benefício, mantendo até a aquisição do critério etário o segurado exposto à ambiente insalubre, presentes de agentes nocivos.

O critério etário abarcaa natureza preventiva da aposentadoria especial, transformando-a, com sorte do segurado, numa aposentadoria por idade – ou, mais gravosamente, obrigando o trabalhador a pleitear um benefício por incapacidade ou aposentadoria por invalidez.

O exposto se dá a partir do momento em que a recomendação científica de que o trabalhador pode passar “X” anos exposto a determinado agente cancerígeno. Logo, a probabilidade do desenvolvimento de moléstias que acometam a saúde do segurado quando esse limite recomendado for ultrapassado é imensa.

Assim, o trabalhador que passou a vida inteira em uma atividade prejudicial à sua saúde vê em seu horizonte a possibilidade de, antes de se aposentar, tornar-se inválido ou ter boa parte de sua saúde comprometida. Desse modo, a manutenção do trabalhador no ambiente que dispõe de fatores danosos à sua saúde termina por ofender o art. 7º, inciso XXII da Constituição Federal.

Esse é um dos argumentos introduzidos pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6309, ao questionar a constitucionalidade da idade mínima. Outro fundamento bastante relevante é quanto a isonomia da inserção da idade mínima na aposentadoria especial apenas para os não portadores de deficiência.

Desse modo, vejamos trecho dos argumentos da CNTI na ADI 6309 que elucida a contrariedade deste novo requisito:

O mesmo ocorre com segurado deficiente que, também com esteio no art. 201, §1º, da CF, não precisa comprovar idade mínima para jubilar diante da sua desigualdade em relação ao segurado não deficiente.

Apesar de ambos os direitos: o da aposentadoria especial por exposição a agente nocivo e a devida ao portador de deficiência -estarem previstas no mesmo §1º do art. 201 da CF, o legislador constituinte derivado optou por estabelecer o requisito etário somente aos destinatários da primeira aposentadoria. Esse *discrímen* já caracteriza violação ao preceito fundamental da isonomia previsto no art. 5º, caput, da CF. A filosofia do §1º do art. 201 é a de proteção da saúde e/ou integridade física do segurado com a possibilidade de ir para a inatividade para preservar-lhe a sua dignidade com a segurança de receber uma aposentadoria para substituir seu salário para que não deteriore sua saúde trabalhando por período superior ao que se entende legislativamente como limite para tanto –15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, a depender da atividade desempenhada, tempos mínimos esses que decorrem de minucioso estudo do prejuízo à integridade física que a atividade laboral ensejadora, que essa peculiar forma de aposentação acarreta. A criação do requisito etário irá obrigar o segurado a permanecer na área de risco por tempo superior ao tempo mínimo quando a implementação do requisito tempo de contribuição de 15, 20 e 25 anos ocorrer antes da idade mínima exigida, pois não é razoável crer que o segurado, ao completar o tempo mínimo, irá pedir o seu desligamento da sua atividade para buscar novo emprego em outra atividade para a qual não tem conhecimento.

No que tange a possibilidade de o funcionário mudar de função, esclarecemos que soa um tanto utópico: muitos segurados que fazem jus a aposentadoria especial não possuem estudo ou conhecimento técnico de outras funções. Sua profissão é aquela e nada mais; logo, se aposentar no exercício da atividade que ele desenvolveu por toda a vida é uma liberdade do trabalhador que não pode ser maculada.

Dados os argumentos trazidos, a idade mínima consiste em requisito não compatível com a aposentadoria especial, a qual visa proteger o trabalhador e sua saúde e compensá-lo por permanecer exposto a agentes nocivos durante toda sua vida laboral.

Na aposentadoria especial deve ser avaliada o contexto laboral do trabalhador, visando os elementos a que ele ficou exposto, se tal exposição era habitual e permanente e se os EPIs o protegiam. Faltando um desses requisitos, já não se concede a aposentadoria especial, que é um benefício difícil de adquirir e muito específico. No entanto, não se pode punir o trabalhador e violar os preceitos constitucionais com uma regra que visa reduzir o número de benefícios dessa espécie.

Destarte, o aspecto econômico não pode se sobrepor sobre o direito social do trabalhador de ter direito à uma aposentadoria constitucionalmente prevista e fundamentada em vários preceitos quando interpretada a regra de forma sistêmica.

2.2. Da inconstitucionalidade material da idade mínima na aposentadoria especial

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é classificada como rígida – ou seja, para que seja modificada, deve ocorrer um processo legislativo mais complexo, visando assim proteger o ordenamento jurídico no plano constitucional de mudanças em excessos que tragam instabilidade e insegurança jurídica ao sistema.

O poder constituinte originário fornece ao legislador a possibilidade de alteração do texto constitucional por via do poder constituinte reformador. Mendes e Branco (2012, p. 178) classificam como poder constituinte reformador:

O poder de reforma — expressão que inclui tanto o poder de emenda como o poder de revisão do texto (art. 3º do ADCT)— é, portanto, criado pelo poder constituinte originário, que lhe estabelece o procedimento a ser seguido e limitações a serem observadas. O poder constituinte de reforma, assim, não é inicial, nem incondicionado nem ilimitado. É um poder que não se confunde com o poder originário, estando subordinado a ele. Justamente a distinção entre os poderes constituinte originário e derivado justifica, conforme

o magistério de Gilmar FerreiraMendes, o estabelecimento de restrições a este.

Observa-se que os ilustres autores têm a cautela de mencionar que o poder constituinte de reforma possui suas limitações. Na concepção clássica existem limitações formais, as quais se voltam em sua maioria aos procedimentos e limitações materiais, estas que serão objeto desse tópico e que vergastam acerca das matérias ou de conteúdo que o poder constituinte de reforma pode ou não alterar.

São os limites materiais de modificação da constituição, pelo poder constituído em sede de reformas, as cláusulas pétreas, conceituadas por Mendes e Branco (2012, p. 185):

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela. [...] O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.

Portanto, as cláusulas pétreas têm como escopo a preservação do texto constitucional originário e a manutenção da essência buscada pelo legislador constituinte, impedindo assim a alteração completa do sentido proposto pelos artigos da Constituição.

É essa proteção que foi violada pela EC 103/2019. A Emenda fere os direitos sociais dos segurados do INSS, criando regra que manterá o trabalhador prestando serviços em ambiente danoso à sua saúde, sem que tenha direito a benesse previdenciária criada, ou melhor, recepcionada pela Constituição de 1988.

A aposentadoria especial não é uma vantagem para o trabalhador que fazia jus a ela. Para ter direito a tal modalidade, o trabalhador ficou exposto à fatores danosos sem controle adequado no ambiente de trabalho, seja pelo empregador ou pelo Estado.

O art. 7º, inciso XXII da Constituição é cristalino acerca do direito fundamental do trabalhador de ter “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Desse modo, submeter o segurado à contínua exposição a agentes nocivos após o período máximo recomendado caracteriza-se como ato inconstitucional, uma vez que acaba por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos sociais do trabalhador.

Por se tratar de uma regra provisória, seu próprio texto faculta ao legislador a alteração das idades introduzidas pela EC 103/2019 por meio de Lei Complementar, de processo legislativo mais simples que o de emenda à Constituição, estabelecendo assim uma forma paliativa de sanar a inconstitucionalidade da instituição de idade mínima para esse benefício em específico.

De toda forma, o mais adequado para tal regra é a declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF na análise da ADI 6309, ainda pendente de julgamento.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato de o poder constituinte originário conceder ao poder constituído de reformar o texto original da Constituição não significa que há poder ilimitado de reforma. Existem balizas instituídas pelo poder constituinte originário que devem ser respeitadas, dentre elas a necessidade de harmonia com os demais princípios e normas do texto constitucional, bem como o respeito às cláusulas pétreas.

A introdução da idade mínima como requisito para concessão da aposentadoria especial fere a dignidade da pessoa humana, uma vez que submete o segurado em ambiente reconhecidamente danoso

à sua saúde, bem como viola a isonomia prevista na constituição e os direitos sociais do segurado.

O benefício da aposentadoria especial tem como seu cerne o aspecto protetivo do trabalhador – em específico, da saúde deste. Submetê-lo a ambientes prejudiciais à saúde por períodos acima do recomendado premia apenas o empregador que não busca adequar o ambiente de trabalho.

No tocante ao aspecto econômico, a instituição da idade mínima para concessão da aposentadoria especial é um tanto ilusória. Manter o segurado exposto aos ambientes supracitados apenas transfere o gasto estatal para o Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que essa manutenção deteriorará a saúde do trabalhador.

Em segundo plano desse mesmo aspecto, existe a contribuição específica dos trabalhadores que são submetidos a atividades especiais para custear esse tipo de benefício. Ocorre que há grande deficiência na fiscalização de seu recolhimento, o que é uma obrigação do Estado.

Devido a isso, o Estado pune o trabalhador e premia o empregador, uma vez que retira o direito à digna e devida aposentadoria e gratifica outrem com a falta de recolhimento da contribuição previdenciária que o empregador deve recolher para custear a aposentadoria especial.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Manual de aposentadoria especial**. Vol. 1. Brasília: Diretoria de Saúde do Trabalhador, 2018.

KERTZAMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS PARA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Luanda Freitas Tavares Costa¹

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o Dicionário Aurélio, assim pode ser definido o conceito de “solidariedade”:

1. Qualidade de solidário. 2. Laço ou vínculo recíproco de pessoas ou coisas independentes. 3. Adesão ou apoio a causa, empresa, princípio, etc., de outrem. 4. Sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, duma nação, ou da própria humanidade. 5. Relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s). 6. Sentimento de quem é solidário. 7. Dependência recíproca. 8. Jur. Vínculo jurídico entre os credores (ou entre os devedores) duma mesma obrigação, cada um deles com direito (ou compromisso) ao total da dívida, de sorte que cada credor pode exigir (ou cada devedor é obrigado a pagar) integralmente a prestação objeto daquela obrigação. (FERREIRA, 1999, p. 1879)

Com relação ao conceito etimológico de solidariedade, o Dicionário Online de Português esclarece tratar-se de termo de origem

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional (Universidade de Pisa, Itália). Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Ex-pesquisadora/bolsista do Programa de Iniciação Científica- PIBIC-CNPQ. Aluna da Pós- Graduação em Direito Previdenciário do Instituto Infoc. Advogada.

jurídica, o qual significa: “acordo através do qual pessoas se sentem obrigadas umas em relação as outras e/ou cada uma (individualmente) em relação as demais” (DICIO, 2020, *online*).

Pelo sentido etimológico do termo solidariedade, podemos inferir que o significado a ele atrelado gira em torno da ideia de compromisso comum, interesse mútuo, interdependência, reciprocidade, comunhão de atitudes – enfim, denota laço afetivo entre seres vivos.

Ser solidário socialmente importa. Mais que isso, ter compaixão pelo outro em situação relacionada à sua vida material, ou seja, a solidariedade social diz mais que a simples solidariedade; eis que esta se pode dar em termos estritamente particulares e individuais (por exemplo, ser solidário com alguém que perdeu um ente querido), enquanto a solidariedade social ocorre no nível de relações de caráter quase sempre público, nem sempre explícito. Conforme exposto por Vicente, Alcântara e Novais (2018, p. 31):

Assim, pode-se dizer que a solidariedade significa de todos os homens pelas necessidades vitais básicas dos outros homens que se encontram em situação de carência, de forma que todos possam ter uma vida digna, e sua finalidade última é realizar o bem comum e a justiça social.

Na *Carta Encíclica Populorum Progressio* de Sua Santidade o Papa João Paulo VI (1967, item 48), o dever de solidariedade é considerado o mesmo, tanto para as pessoas como para os povos: “é dever muito grave dos povos e nações desenvolvidas ajudar os que estão em vias de desenvolvimento”.

Ainda, Horvath Junior (2018, p. 32) classifica a solidariedade social sob quatro vertentes diferentes:

a) De acordo com a natureza do vínculo entre as partes, a solidariedade pode ser direta (quando as partes sabem, concretamente quem participa do grupo) ou indireta (quando o vínculo se estabelece sem a manifestação da vontade das

partes de forma expressa e atinge um número indeterminado de pessoas);

b) De acordo com os sujeitos envolvidos, a solidariedade deve ser interpessoal (quando se dá entre duas ou mais pessoas individualmente consideradas) ou intergruppal (quando se dá entre dois ou mais grupos).

c) De acordo com o seu fundamento ou fonte, a solidariedade pode ser ética ou moral (imposta pelos preceitos ético-morais) ou jurídica (estabelecida pela norma jurídica com aplicação compulsória);

d) De acordo com a extensão, a solidariedade pode ser total (quando engloba todos os valores das partes vinculadas) ou parcial (quando abarca apenas alguns valores concretos e determinados).

2. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

No Brasil, a ideia de solidariedade encontra-se expressa na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Após sua promulgação, atentou-se em acolher tal valor como um grande princípio, possuindo assim, desde então, uma base de valores e princípios de caráter democrático e social.

Sendo assim, encontra-se em seu art. 3º, inciso I, o fundamento constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária, que tem por propósito fazer com que as individualidades se harmonizem com os interesses sociais da coletividade (CARDOSO, 2010, p. 3). Nesse contexto, o dever de solidariedade, que se tornou exigível. De acordo com Vicente, Alcântara e Novais (2018, p. 32):

A solidariedade social prevista no inciso I do Artigo 3º da Constituição da República é um dos mecanismos impostos pelo legislador constituinte visando minimizar essa desigualdade social decorrente de fatores sociais produtivos, fazendo com que aqueles que “podem mais” contribuam, mesmo que indiretamente, para a melhoria de vida daqueles que “podem menos”.

Neste seguimento, o princípio constitucional da solidariedade, consagrado no art. 3º, inciso I da Constituição, surge como instrumento para proteger, concretizar e garantir a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais – no caso, especialmente da pessoa com deficiência –, pois a solidariedade é, em simples palavras, colocar-se no lugar do outro e agir para que seus direitos sejam efetivados e que não sofram nenhuma espécie de discriminação. Segundo Cardoso (2010, p. 3),

Encontra-se no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal do Brasil de 1988, o fundamento constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária, que tem por propósito fazer com que as individualidades se harmonizem com os interesses sociais da coletividade.

Desse modo, percebe-se que o dever de solidariedade se tornou exigível. No mesmo sentido:

Na ocasião em que a Carta Magna estipula como propósito da República brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não o faz com o objetivo de elaborar uma regra meramente formal, mas sim, e especialmente, de consolidar metas para se atingir um ponto em que todas as pessoas, sem exceção, tenham garantidos e realizados os seus direitos individuais e sociais. (CARDOSO, 2010, p. 2)

Assim, a solidariedade social brasileira se aproxima do conceito de justiça distributiva, visando promover a redistribuição igualitária dos direitos e deveres, das vantagens e da riqueza aos membros que compõem a sociedade.

Verifica-se a consagração expressa da dignidade da pessoa humana na Constituição em vigor, em seu art. 1º, inciso III; ainda, atualmente, a dignidade humana integra o núcleo essencial dos princípios constitucionais, sendo considerada um supra-princípio, irradiando seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, especial-

mente através do fenômeno da constitucionalização do direito. A dignidade da pessoa humana é o fim visado pela solidariedade.

Imprescindível esclarecer que a solidariedade aqui analisada não significa “caridade”, “filantropia” ou “empatia”. A solidariedade, diferentemente dos outros termos citados, está ligada ao contexto de um princípio constitucional que serve como um veículo condutor da efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. A solidariedade requer uma ação do indivíduo para que tais direitos sejam concretizados, colocando-se no lugar do outro.

A solidariedade, nesse sentido, dá razão à existência do ser humano na sociedade para que uma pessoa perceba na outra um valor. De acordo com Cardoso (2010, p. 91): “Absoluto ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria, e, ainda, como resultado de uma consciência moral e de boa-fé como comportamento pragmático para evitar lesão à outrem, à si mesmo e à sociedade”.

Desse modo, o Princípio da Solidariedade responsabiliza tanto o Estado quanto os particulares nas relações interpessoais, determinando o dever de se colocar no lugar do outro, garantindo que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana sejam efetivados e não sofram nenhuma violação e discriminação. A solidariedade não se confunde com a “empatia”, pois, diferente desta, necessita de uma ação para que haja a garantia de todos os direitos.

O princípio constitucional da solidariedade caracteriza-se pela ação de abrimos mão de um direito para concretizar outro, sendo um vetor da concretização da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, temos o entendimento de Cardoso (2010, p. 102-103): “O princípio da solidariedade fazendo-se exigível tem como objetivo estabelecer que a sociedade se torne um ambiente favorável ao desenvolvimento da dignidade de cada pessoa de maneira integrada, em todas as suas dimensões”.

No tocante à necessidade de superar a indiferença do homem em relação ao homem, seguimos a ideia de Cardoso (2010, p. 111) que “todas as pessoas são em dignidade iguais, e por isso precisam

encontrar na sociedade chances iguais para se desenvolverem. Para tanto, a abstração do interesse pessoal e a aplicação das justiça distributiva e social se faz necessário”.

Fachin (2001, p. 50) menciona que há uma preocupação acima do valor jurídico da solidariedade, que seria a necessidade de a sociedade realizar ações solidárias para colaborar com a construção de uma organização não individualista, dado que:

A preocupação do jurista não se dirige apenas ao indivíduo, mas à pessoa tomada em relação, inserida no contexto social. A pessoa humana, como bem supremo do Direito, não é um elemento abstrato, isolado, dotado de plenos poderes, com direitos absolutos e ilimitados. A coexistencialidade implica que se assegure não só o pleno desenvolvimento da pessoa individual, mas, simultaneamente, que as demais pessoas com as quais o indivíduo está em relação também possam ter esse desenvolvimento, de forma solidária. A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade.

Destarte, Meleu e Bandeira (2017, p. 271) apontam:

A desigualdade, a fome e a discriminação concebidas pela globalização fazem ressurgir o sentimento de solidariedade na nação, razão pela qual o princípio constitucional da solidariedade deve impor-se, dado que nenhuma ordem jurídica consegue sobreviver sem ele.

No entendimento de Reis e Fontana (2010, p. 3324), “A solidariedade, ao mesmo tempo em que é caracterizada como instrumento, cabe como objetivo último para uma decisão influenciada de valores solidários, em contraponto aos conflitantes acontecimentos da sociedade contemporânea”.

Portanto, estando arrolada na Constituição Federal, a solidariedade torna-se um princípio constitucional que estrutura o Estado.

Logo, é também o atual modelo das relações jurídicas, especialmente entre particulares, e reflete uma nova visão para o direito frente à concretização da dignidade da pessoa humana.

3. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONVENÇÃO DA ONU DE 2016 RELATIVA AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em 13 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou por consenso a Convenção Relativa aos Direitos das Pessoas Com Deficiência, cujo objetivo consiste em “promover, proteger e assegurar o pleno e igual gozo de todos os direitos do homem e de todas as liberdades fundamentais pelas pessoas deficientes” (Res. n. 61/106). O art. 2º da Convenção inclui todas as formas de discriminação, dispondo:

Entende-se por discriminação fundada na deficiência, que tenha por objetivo ou por efeito comprometer ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em base de igualdade com os demais, de todos os direitos do homem e de todas as liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural, civil, entre outros.

A Convenção Relativa aos Direitos das Pessoas Com Deficiência foi muito importante devido ao histórico de discriminação e desumanização as pessoas com deficiência, sendo um instrumento para mudar a visão da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter oportunidades de alcançar de forma plena seu potencial (UNITED NATIONS, 2017). Sobre isso, discorre Flávia Piovesan (2008, p. 216):

O texto apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental, intelectual ou sensorial, causada ou agravada por diversas barreiras, que limite a plena e efetiva participação na socie-

dade. A inovação estar no reconhecimento explícito de que o meio ambiente econômico e social pode ser a causa ou fator de agravamento da deficiência. A própria Convenção reconhece ser a deficiência um conceito em construção, que resulta da interação de pessoas com restrições e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais. Vale dizer, a deficiência deve ser vista como o resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo.

Sobrevieram, após a Convenção Relativa aos Direitos das Pessoas Com Deficiência da ONU, várias leis no Brasil, como a Lei nº7853/1989, que disciplinou a proteção das pessoas portadoras de deficiência e sua integração social; as medidas judiciais protetivas; a atuação do Ministério Público; e a definição dos crimes pertinentes. Além disso, cuidou até mesmo de sua defesa sob o aspecto transindividual.

4. AÇÕES AFIRMATIVAS EM DEFESA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Relevante mencionar os avanços ocorridos quanto à proteção e garantia dos direitos à igualdade e da não discriminação, à saúde, à educação, ao trabalho e à acessibilidade perante a legislatura brasileira.

Nesse sentido, a Lei nº 7853/1989 conferiu ao Ministério Público e a outros legitimados ativos a incumbência da defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas portadoras de deficiência, defesa através de Ação Civil Pública. O Ministério Público é parte nas ações que tenha uma pessoa portadora de deficiência, seja ela de limitação física ou mental.

Já o Estatuto dos Servidores Públicos da União, o art.5º, §2º da Lei nº 8112/1990 regulamentou o art. 37, VIII, da Constituição (cotase critérios de admissão nos cargos e empregos públicos).

A Lei nº8213/1991 assegurou, em favor dos beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, desde que habilitadas, de 2 a 5% das vagas para trabalho nas empresas com mais de cem empregados.

Ainda, a Lei nº 10.098/2000 acrescentou mais regras e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida em relação aos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, as edificações, aos transportes, aos sistemas e meios de comunicação.

Por fim, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, de nº13.146/2015, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, determinou diversos avanços no cenário brasileiro; entre eles, podemos citar, especialmente, a ampliação das conquistas no tocante à inclusão social destas pessoas, pois, como já visto, as pessoas com deficiência eram excluídas nas sociedades antigas, época em que se resistia veemente à sua aceitação (DIAS e COSTA, 2016, p. 218).

A lei possui como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 186 em 2008. O objetivo da lei confere maior proteção jurídica àqueles que sofrem qualquer tipo de humilhação, seja física, psíquica ou de qualquer outra natureza. Para Mazzili (2008, p. 634-635):

É preciso, pois, compreender que o verdadeiro sentido da isonomia, constitucionalmente assegurada, consistem tratar diferentemente os desiguais, buscando compensar juridicamente a desigualdade de fato e iguala-los em oportunidades. No que diz respeito as pessoas portadoras de deficiência, a aplicação do princípio consiste em assegurar-lhes pleno exercício dos direitos individuais e sociais.

Desta forma, podemos afirmar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência possui como objetivo buscar uma maior importância

da dignidade das pessoas com deficiência, de forma efetiva, de modo a lhes assegurar a não discriminação e a igualdade através da vivência da solidariedade para a concretização da sua dignidade como pessoa humana.

O Estatuto, em seu art. 1º, aponta que é “destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”. A lei traz ainda a definição da pessoa com deficiência, conforme o art. 2º:

Art. 2º: Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Traz a lei também que, quando necessária, a avaliação da deficiência dar-se-á de modo biopsicossocial, sendo considerados os impedimentos de movimentação, fatores psicológicos e socio-ambientais e a limitação no desempenho de atividades e restrições de participação. Tais instrumentos deverão ser criados pelo Poder Executivo. Porto e Dupont (2013, p. 153) expõem:

A educação pode ser definida originando-se do pressuposto de que ela é um direito de personalidade, ou seja, que decorre da simples existência do ser humano. Por ser um direito amplo, também se caracteriza como direito social, podendo ser reivindicado que o Estado crie os serviços públicos para atendê-lo.

Cabe ressaltar que o direito à educação consta em nossa Constituição em seu art. 205. Ainda, no art.208, encontra-se o dever do Estado com a educação e, em seu inciso III, é assegurado o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Além disso, o art. 227 da Constituição menciona que é dever da família, da sociedade e do Estado, com prioridade absoluta, assegurar os mais diversos direitos às crianças e adolescentes, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sendo assim, de forma específica, traz em seu parágrafo primeiro, inciso segundo:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: II - **criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.** (Grifo nosso)

O Estatuto da Pessoa com Deficiência caminha lado a lado com a Constituição Federal de 1988, trazendo o direito a educação como direito fundamental e, em seu art. 27, acrescenta que são assegurados o sistema educacional inclusivo em todos os níveis de aprendizado ao longo da vida, seguindo os interesses e necessidades de aprendizagem, sendo dever do Estado, família, comunidade escolar e da sociedade como um todo assegurar a educação de qualidade para a pessoa portadora de deficiência, protegendo-a da violência, negligência e discriminação.

No presente artigo, cabe discussão acerca das garantias e proteções que são elencadas para estes estudantes portadores de deficiência, de modo que há a compreensão de que diversas crianças e jovens encontram-se desatendidos. No art. 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência são elencados diversos deveres do poder público para garantir o ingresso dos alunos portadores de deficiência, tanto na rede privada quanto na pública, dentre eles cabe destacar:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a intenção de proteger a pessoa humana, houve a positividade dos direitos fundamentais na Constituição a fim de permitir a efetivação de direitos sociais e econômicos. O princípio da solidariedade passou por esse reconhecimento, tornando-se um vetor para todo o ordenamento jurídico. A CF/88 determina, na qualidade dos fundamentos da República, a concepção de uma sociedade solidária (REIS e FONTANA, 2010, p. 15).

Ainda, o princípio da solidariedade não se coaduna com o individualismo, tendo em vista que, referente às pessoas com deficiência, deve-se pensar no coletivo e incluí-las na sociedade, favorecendo o seu desenvolvimento e não tolerando qualquer tipo de discriminação. Observa-se ainda que o conceito de solidariedade se encontra intimamente ligado ao abdicar de uma vontade individual em nome do bem da coletividade – ou seja, é necessário superar o egoísmo, a individualidade e a indiferença no tocante às pessoas com deficiência.

Nesta perspectiva, o paradigma da solidariedade, de acordo com Alenilton Cardoso (2010, p. 4), “leva a maioria da sociedade a acreditar que existe uma ordem de verdade, na qual cada ser humano assume a sua responsabilidade social, considerando, a par disso, a existência e a dignidade do outro”.

Conclui-se afirmando que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em conjunto com o princípio constitucional da solidariedade e a sua vivência nas relações interpessoais, é um instrumento de efetivação da dignidade das pessoas com deficiência

O Ministério Público deve zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos e princípios constitucionais de proteção às pessoas portadoras de deficiência, como o acesso a edifícios públicos e a edifício privados destinados a uso público, ou o preenchimento de empregos públicos.

Por meio da ação civil pública, podem ser ajuizadas medidas judiciais relacionadas com educação, saúde, transportes, edificações, bem como para com área ocupacional ou de recursos humanos. Para tanto, o Ministério Público dispõe de ferramentas como: expedição de recomendação; ação civil pública; compromissos de ajustamento; audiências públicas; e outros vários instrumentos como inquérito civil.

Tendo em vista que a deficiência é reconhecida atualmente como uma condição social, faz-se necessária a produção de novas estruturas físicas e de serviços, tanto por parte do Poder Público como da iniciativa privada, que permitam ao deficiente usufruir de uma vida compatível e adequada às demandas sociais.

O acesso igualitário às condições básicas de vida digna em sociedade não poderá ser viabilizado sem que as necessidades das pessoas com deficiência sejam delimitadas e supridas. Desta forma, a acessibilidade é o primeiro passo para que os demais direitos (igualdade, liberdade, educação, saúde, inserção no mercado de trabalho, entre outros) sejam efetivados.

“Lutar pelos direitos dos deficientes é uma forma de superar as nossas próprias deficiências”.(John F. Kennedy)

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

DIAS, Felipe Veiga; COSTA, Lauren Raquel Barbosa da. Dignidade humana de crianças e adolescentes deficientes e o impacto da inclusão escolar como elemento multicultural. In: COSTA, Marli M. Moraes da; CUSTÓDIO, André Viana (Orgs.). **Direito & Políticas Públicas XI**. Curitiba: Multideia, 2016.

DICIO. Solidariedade. **Dicionário Online de Português**. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3eEspG>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

HORVATH JUNIOR, Miguel. Os direitos fundamentais e a seguridade social. Revista EPD-Escola Paulista de Direito, ano 02, mar/abr. 2006. In: VICENTE, Theodoro Agostinho; ALCÂNTARA, Marcelino Alves de; NOVAIS, Marco Dulgheroff. **Advocacia Empresarial Previdenciária análise teórica e pratica sobre a (não) incidência de contribuição previdenciária**. São Paulo: Ltr, 2018.

MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELEU, Marcelino. da Silva; BANDEIRA, Laís Cristina. A solidariedade como base para efetivação dos direitos humanos no âmbito internacional. In: **Revista do Direito UFMS**, Mato Grosso do Sul, v.3. n. 1. p. 259-274, 2017.

PAULO IV. **Carta Enciclica Populorum Progressio**. Vaticano, 1967.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; DUPONT, Fabiano Rodrigo. Royalties para educação: desafios e superação para a concretude das políticas públicas de educação e subsidiariedade. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva (Orgs.). **Direito, Cidadania e Políticas Públicas VIII**. Curitiba: Multideia, 2013.

REIS, Jorge Renato; FONTANA, Eliane. O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). **60 Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

UNITED NATIONS. **From Exclusion to Equality: Realizing the Rights of Persons with Disabilities Handbook for Parliamentarians**. Genova: Organização das Nações Unidas, 2017.

VICENTE, Theodoro Agostinho; ALCÂNTARA, Marcelino Alves de; NOVAIS, Marco Dulgheroff. **Advocacia Empresarial Previdenciária análise teórica e prática sobre a (não) incidência de contribuição previdenciária**. São Paulo: Ltr, 2018.

O AFASTAMENTO DA COISA JULGADA NO RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE ESPECIAL

Vanessa Tavares de Almeida Carvalho¹

1. INTRODUÇÃO

O que é mais importante: um direito social ou um direito processual? Embora ambos sejam albergados pela Constituição Brasileira, há prevalência de um sobre o outro? Quão relevante deve ser um direito, ou situação de flagrante injustiça que legitime a rediscussão e a relativização do que já foi decidido e se tornou lei entre as partes de uma relação jurídica processual?

O presente artigo versa sobre a colisão entre a garantia constitucional à segurança jurídica – especificamente a coisa julgada – e o direito fundamental à seguridade social, notadamente no reconhecimento da atividade especial, que tem, como uma das causas, o direito à saúde.

Após esta curta introdução, o segundo capítulo abordará o fenômeno da constitucionalização do processo, que viabilizou a recepção de normas processuais com natureza de direito fundamental na Lei Suprema, a exemplo da garantia da coisa julgada, e como a legislação infraconstitucional regula a aplicação desse instituto. Ainda sobre matéria constitucional, o terceiro capítulo tratará da natureza das normas constitucionais atinentes aos direitos sociais.

Discorrendo sobre uma das tarefas desempenhadas pelo Estado na concretização dos direitos sociais, o quarto capítulo examina a atividade especial quanto sua origem, fundamento e legislação

¹ Advogada. Pós-Graduada em Direito Processual Civil. Pós-Graduada em Direito Previdenciário. Sócia do escritório Coutinho, Costa & Carvalho. Secretária da Comissão de Orientação e Fiscalização do Exercício Profissional da OAB/PE

aplicável, bem como as formas de utilização, comprovação e reconhecimento do labor prejudicial à saúde ou à integridade física.

Em face do que será exposto, após tratar das peculiaridades de cada direito mencionado neste artigo, o capítulo quinto enfrentará a problemática trazida no tema deste trabalho, que é a possibilidade – ou não – de afastamento do instituto da coisa julgada no reconhecimento da atividade especial, à luz da Constituição, das normas infraconstitucionais e da jurisprudência pátria.

2. O INSTITUTO DA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe em seu texto normas garantidoras de direitos fundamentais, sendo diversos deles relacionados ao processo legal, consagrando princípios e garantias a serem observados como legítimos vetores de orientação no ordenamento jurídico pátrio.

A exemplo de tais princípios, destacam-se os do devido processo legal, da garantia do contraditório e ampla defesa, da duração razoável do processo, bem como a garantia da coisa julgada, esta última solidificada no artigo 5º, inciso XXXVI, que preceitua que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Convém ter em mente que esse fenômeno de constitucionalização do direito processual, consistente na incorporação de normas processuais como direitos fundamentais, sagra uma relação de harmonia entre o Texto Fundamental e a lei processual. Nesse sentido, FredieDidier Júnior (2014, p. 34) ensina:

De outro lado, a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas. Intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualistas

e constitucionalistas, com avanços recíprocos. O aprimoramento da jurisdição constitucional, em cujo processo se permite a intervenção do *amicus curiae*(...) e a realização de audiências públicas, talvez seja o exemplo mais conhecido.

Regulamentando o disposto na Constituição sobre a garantia da coisa julgada, a Lei 13.105, que instituiu o Código de Processo Civil, define em seu artigo 502 a coisa julgada material como “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

O mesmo diploma legal estabelece ainda, no artigo 37, §4º, que “há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”, sendo que considera ação repetida aquela com as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.

Dessa forma, enquanto a coisa julgada formal tem eficácia limitada ao processo em que se constituiu, sendo possível o ajuizamento de nova ação, a coisa julgada material afeta o mérito da questão decidida, tornando impossível sua rediscussão em futuras ações, o que confere estabilidade e segurança às partes do processo. Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 224), citando Liebman, ensina:

O mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais é representado pela **coisa julgada**, que a doutrina mais conceituada define como **imutabilidade da sentença e de seus efeitos**, com a vigorosa negação de que ela seja mais um dos efeitos da sentença. Não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança jurídica das relações jurídicas; a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes. (Grifo nosso)

Nessa toada, se por um lado a coisa julgada é um instituto processual que proporciona segurança jurídica mediante a imutabilidade e a indiscutibilidade de matéria substancial decidida no processo, por

outro lado, enquanto princípio recepcionado na Carta Magna, deve ser instrumentalizada de forma a concretizar os valores e ditames constitucionais.

Dito isto, importa saber quais os limites da coisa julgada – ou seja, o que exatamente se torna imutável e indiscutível quando ocorre o trânsito em julgado da ação. Na doutrina processualista, os limites da coisa julgada são divididos em objetivos e subjetivos.

O artigo 503 do Código de Processo Civil prevê que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. Esses são os limites objetivos da coisa julgada, compreendidos como o mérito da ação. Assim, o que não for objeto do pedido não pode ser acobertado pelo manto da coisa julgada, lembrando que “o pedido, para ser adequadamente interpretado, depende fundamentalmente da causa de pedir, que o define e limita” (CÂMARA, 2008, p. 468).

Aqui cabe ilustrar a relação do pedido com a causa de pedir conforme exposto por Câmara (2008), que utiliza o exemplo do herdeiro legítimo que, também contemplado em testamento, reivindica a herança apenas invocando a disposição testamentária (uma questão) e perde a ação; nesse caso, o sujeito não estaria impedido pela coisa julgada de propor nova ação baseada na vocação hereditária legítima (outra questão, não resolvida).

No que toca aos limites subjetivos da coisa julgada, tem-se que estes são delimitados pelo disposto no artigo 506 do Código de Processo Civil, segundo o qual “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”.

Vale dizer, embora, naturalmente, a eficácia da sentença seja dotada de efeito *erga omnes*, a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não têm o condão de prejudicar pessoas alheias à relação jurídica processual.

A lei processual, ao tempo em que define e delimita a autoridade da coisa julgada, também estabelece as hipóteses de sua não-incidência. Não se trata de relativização, mas de inexistência, o que

legitimaria o afastamento do instituto quando equivocadamente aplicado. É o que se vê do artigo 504, que estabelece que não fazem coisa julgada: “I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”.

Importa ter em mente que a noção de coisa julgada não pode ser levada longe demais, e que sua eficácia deve observar os parâmetros da Constituição, mormente quando a outros direitos e garantias fundamentais. Isso porque a mera aplicação autômata da coisa julgada tão somente pela imposição da segurança jurídica, ao arrepio de direitos e garantias fundamentais, implicaria no próprio desgaste do instituto e no esvaziamento da prestação jurisdicional.

3. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL E SUA EFICÁCIA NORMATIVA

Pela primeira vez, a Constituição Federal de 1988 incluiu os direitos sociais dentre os direitos fundamentais, inclusive com imperativos de observância por parte de todas as funções do Poder, sobretudo o Executivo. Sobre isso, Kelbert (2011, p. 75) disserta: “Mais do que uma tarefa a ser cumprida pelo Estado, a promoção de todos os direitos fundamentais encontra eco em um dos mais nobres fundamentos eleitos pelo legislador: a dignidade da pessoa humana”.

Em confronto com as Constituições brasileiras anteriores, cujos conteúdos correspondiam ao reflexo direto dos ideais defendidos pela sociedade de cada época, a Constituição Federal de 1988 trouxe inovações em muitos aspectos. Corroborando o entendimento de que, em tempos passados, a Constituição estava longe de ser o amparo legal dos direitos inerentes a toda pessoa humana, mas o instrumento utilizado pela minoria privilegiada para subverter os interesses dos menos favorecidos, Sampaio Júnior (2008, p. 43) anuncia:

Nem sempre a Constituição foi compreendida como um

conjunto de normas que impusessem obrigações à sociedade civil. Em sua origem e até mesmo por muito tempo se pregou a ideia de que a Carta Magna representava tão-somente a vontade da classe dominante politicamente e em que pese o ordenamento jurídico tê-la como referencial, suas prescrições não tinham caráter normativo, o que conduziu a um enfraquecimento do próprio Direito.

Assim, a Constituição de 1988 rompeu com paradigmas sociais antigos e revestiu-se de novos aspectos e caracteres, fundamentando-se em princípios como cidadania, dignidade, liberdade, justiça e solidariedade. Inaugurou-se um novo conceito de Constituição, sendo esta adjetivada de dirigente, social, efetiva.

Contudo, para compreender o alcance e sentido de determinada norma jurídica, especificamente no tocante às normas constitucionais de garantia dos direitos sociais, é necessário compreender a coexistência de dois planos: o normativo sendo este o plano “do ser”; e o real fático, o plano do “dever ser”. A prevalência de um sobre o outro certamente afetaria a dinâmica social, pois é necessário que ambos estejam em equilíbrio. Sobre o tema, anuncia Hesse (1991, p. 15):

Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

No que toca à efetividade dos direitos sociais, observe-se que estes se apresentam sob uma diferente ótica por serem elencados em normas constitucionais consideradas programáticas. Diferentemente dos direitos individuais, dotados de eficácia imediata e, por conseguinte, facilmente judicializáveis, os direitos sociais estão condicionados a uma série de premissas.

Primeiramente, a *conditio sine qua non* de efetividade das normas ditas programáticas, como já visto, é a integração de seus preceitos pelo legislador infraconstitucional, o que já extirpa as chances de aplicabilidade imediata. Ademais, por serem direitos alcançáveis por intermédio da implementação de políticas públicas, sua efetividade fica *sub judice*, posto que dependem diretamente da atividade estatal.

Desta forma, enquanto os direitos individuais são dotados de eficácia plena por não exigirem integração infraconstitucional ou atos executórios por parte do Poder Público, mas tão somente o reconhecimento estatal, os direitos sociais reclamam uma gama sucessiva de atos a cargo das três funções do Poder. São direitos que afetam não somente o orçamento estatal, mas interferem em toda a sua mobilidade.

Nesse sentido, a seguridade social, que compreende a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde, enquanto conjunto de ações e políticas institucionais voltadas à proteção social, depende diretamente da atividade prestacional do Estado através dos serviços públicos.

É o que se depreende da própria definição de seguridade social da Constituição em seu artigo 194, segundo o qual “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Destarte, Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 63) ensinam:

Os direitos sociais são um subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

Nesse caminho, tendo em vista que a saúde, a previdência e a assistência social são direitos fundamentais englobados pelo sistema de seguridade social, e que a materialização de tais direitos depende da iniciativa do Estado, pela criação de normas e políticas concretizadoras dos mesmos, resta saber como o Estado os efetiva na prática.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATIVIDADE ESPECIAL

A aposentadoria especial, conforme a leitura do artigo 57 da Lei 8.213/91, é o benefício devido ao segurado da Previdência Social que tiver trabalhado sujeito a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física durante 15, 20 ou 25 anos, a depender do caso.

Tida como uma indenização social, a aposentadoria especial constitui um benefício em forma de compensação “para aqueles que se dispuseram ou não tiveram outra alternativa ocupacional, a realizar atividades em que expunham sua saúde ou integridade física aos riscos oriundos do trabalho, em prol do desenvolvimento nacional” (FREITAS *apud* RIBEIRO, 2016, p. 25)

Inobstante a previsão deste critério diferenciado para concessão de aposentadoria trazido pela lei instituidora dos benefícios previdenciários, é de se destacar que a Constituição da República é a fonte justificadora de tal direito fundamental e social que norteia a complexa legislação infraconstitucional pertinente ao tema.

Para que a atividade seja considerada especial é necessário que a exposição ao risco à saúde ou integridade física ocorra de modo permanente, não ocasional nem intermitente, a fatores físicos, químicos ou biológicos ou associação de agentes, conforme parágrafos 3º e 4º do artigo supracitado.

Há, ainda, o enquadramento por categoria profissional, cuja presunção de exposição aos agentes nocivos é absoluta, conforme jurisprudência, até 28 de abril de 1995, data em que se passou a exigir a efetiva exposição a agentes nocivos através da Lei 9.032/95.

Para o segurado que tiver trabalhado sob as condições supra, mas que não tem o tempo mínimo para a concessão do benefício de aposentadoria especial, é permitida a conversão do tempo de labor especial em comum para efeito de concessão de qualquer benefício. Desta forma, o tempo especial pode ser usado tanto para a concessão de aposentadoria especial, quanto para a concessão de outro benefício.

Importa destacar que, com o advento da Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, passou-se a exigir idade mínima para a concessão da aposentadoria especial, de 55, 58 ou 60 anos, conforme o caso. Além disso, não se admite mais a conversão de tempo especial em comum após a sua promulgação.

4.1. Breve histórico

As disposições normativas aplicáveis à aposentadoria especial são complexas e têm passado por diversas mudanças desde o surgimento do benefício, e não caberiam integralmente neste trabalho, motivo pelo qual somente as alterações mais relevantes para o propósito deste artigo serão mencionadas.

A aposentadoria especial passou a figurar no ordenamento jurídico pátrio pela primeira vez com o advento da Lei 3.807/60, que dispunha sobre a Lei Orgânica da Previdência Social, trazendo como requisitos a idade mínima de 50 anos e a exposição a agentes nocivos. A exigência da idade mínima foi afastada pela Lei 5.440/68, o que perdurou até a promulgação da Emenda Constitucional 103/2019, mencionada supra.

Regulamentando a aposentadoria especial trazida pela Lei 3.807/60, o Decreto 53.831/64 trouxe um quadro anexo estabelecendo não somente as atividades profissionais insalubres, perigosas e penosas a serem enquadradas, como também os agentes químicos, físicos e biológicos. Os agentes deste Decreto permitiram o enquadramento como especial até a edição do Decreto 2.171/97, que trouxe um novo rol de agentes nocivos.

A Lei 8.213/91, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social e é vigente até hoje, não trouxe mudanças significativas no assunto, sendo que somente com o advento da Lei 9.032/95 se viu a normatização do benefício mediante critérios técnicos. Assim, Fábio Ibrahim (2011, p. 610) ensina:

A regra antecedente deste benefício possibilitava a aposentação para segurados pertencentes a determinadas categorias e aos que laboravam com agentes nocivos. A modificação da Lei 9.032/95 restringiu este benefício aos últimos. A modificação foi correta, pois excluiu a possibilidade de alguns se aposentarem sem comprovação da nocividade de sua atividade, em prejuízo do sistema previdenciário, somente por pertencerem a determinadas categorias profissionais.

A Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998, manteve a aposentadoria especial e, após sua promulgação, foi editado o Decreto 3.048/99, o qual trouxe um novo Quadro Anexo com a relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para a concessão do benefício.

A já mencionada Emenda Constitucional 103/2019, embora tenha mantido o direito ao reconhecimento da atividade especial, bem como o tempo mínimo necessário, estabeleceu o requisito de idade mínima para a concessão da aposentadoria especial, até que a elaboração de uma lei complementar venha a dispor sobre tais critérios.

4.2. Comprovação

A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais devem obedecer ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço, sendo que as regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo

de atividade comum aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.

Para o segurado que houver exercido duas ou mais atividades sujeitas a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo exigido para a aposentadoria especial, os respectivos períodos de exercício devem ser somados após conversão, devendo ser considerada a atividade preponderante para efeito de enquadramento (GARCIA, 2017, p. 467).

Até a edição da Lei 9.032/95, existia a presunção *jure et jure* de exposição a agentes nocivos referente às categorias profissionais elencadas nos anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, excetuados os casos de profissões regidas por legislação especial. Após a edição desta Lei, que passou a exigir a efetiva comprovação da exposição aos agentes nocivos, a comprovação da atividade especial passou a ser feita através dos formulários regulamentados pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), como SB-40, DISES BE 5235, DSS 8030 e DIRBEN 8030, com base em laudo técnico das condições ambientais de trabalho, na forma do artigo 58, §1º, do Regulamento da Previdência Social.

A partir de 1º de janeiro de 2004 até os dias atuais, a comprovação da atividade especial se dá através do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), documento histórico laboral feito com base em laudo técnico e que pode abranger períodos anteriores à sua instituição. A empresa é obrigada a elaborar e manter atualizado o PPP e fornecer ao trabalhador quando da rescisão do contrato de trabalho, “ainda que não estejam presentes os requisitos para a concessão do benefício” (KERTZMAN, 2012, p. 407).

Inobstante, Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro (2016, p. 193) sustenta que há outras formas de se comprovar a atividade especial:

Por outro lado, não são apenas esses os documentos que podem comprovar a exposição aos agentes nocivos, sendo importante demonstrar a realidade da prestação de serviço,

pois, quando comprovada essa circunstância, deve a mesma prevalecer.

Poderão ser considerados para comprovar o exercício de atividade especial: laudos técnicos periciais realizados por determinação judicial, em ações trabalhistas de insalubridade e periculosidade, homologados por Juiz Trabalhista, laudos abrangendo todas as dependências ou unidades da empresa onde foram desenvolvidas as atividades, efetuados por Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho, inscritos no Conselho Regional de Medicina – CRM e Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA, e laudos individuais, resultantes da análise das condições ambientais de trabalho do segurado emitido pelos mesmos profissionais.

Assim, além dos documentos comprobatórios previstos na legislação previdenciária, também podem ser admitidos outros meios, conforme o caso, a fim de que a realidade prevaleça.

5. A APLICAÇÃO DA COISA JULGADA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Sabe-se que o sistema processual civil é subordinado a princípios gerais, tais como o contraditório e ampla defesa, duração razoável do processo, igualdade, juiz natural, instrumentalidade, entre outros.

No entanto, é preciso ter em consideração que o processo judicial previdenciário tem características próprias, dada a relevância do bem jurídico perseguido. José Antônio Savaris (2018, p. 83), relacionando a natureza alimentar dos direitos previdenciários ao direito à vida, delinea quatro características formadoras da singularidade previdenciária em uma de suas notáveis obras:

A fundamentalidade de um bem jurídico previdenciário, isto é, sua natureza alimentar correspondendo a um direito de relevância social fundamental; a presumível hipossuficiência

econômica e informacional da pessoa que reivindica uma prestação da previdência social; uma suposta contingência que ameaça a sobrevivência digna da pessoa que pretende a prestação previdenciária; o caráter público do instituto de previdência que assume o polo passivo da demanda.

Além do que já se demonstrou acerca da proteção dos direitos sociais, é de se atentar ao fato de que as ações previdenciárias são propostas contra um ente da administração pública indireta, qual seja, o INSS, cujo dever é gerir a previdência social, deferindo ou negando benefícios sempre em consonância com a lei.

O segurado da previdência social é a parte vulnerável da relação processual e presumidamente hipossuficiente, tendo em vista que a autarquia previdenciária, na condição de administradora da previdência social, não somente institui as regras para a concessão de benefícios através de suas instruções normativas e demais atos, como também detém todas as informações sociais do segurado, às quais nem sempre este tem acesso.

Desta forma, sobejam razões para o afastamento da coisa julgada no processo previdenciário, mormente no que toca ao reconhecimento do tempo especial, não somente pela complexidade da disciplina da atividade nociva e pela relevância do bem jurídico, mas pela vulnerabilidade do segurado face todo o aparelhamento do Estado através de seu instituto de previdência.

Frederico Amado (2012, p. 766-767) aduz a possibilidade de o INSS “descumprir” a coisa julgada em favor do segurado ou do dependente, reconhecendo algum direito, mesmo após o poder judiciário o haver negado:

Entende-se que é plenamente possível, caso o INSS reconheça administrativo posteriormente cancelado por ordem judicial transitada em julgado, pois o Poder Público deve anular seus atos ilegais de ofício, com arrimo no interesse público primário. (...) Deveras, a eficácia da coisa julgada determina que o direito reconhecido judicialmente seja

satisfeito pelo devedor, mas não impede que o direito não declarado pelo judiciário seja ulteriormente efetivado, caso o réu (INSS) altere o seu posicionamento de acordo com o interesse público.

Tal situação não ocorreria entre dois particulares, pois compete à administração pública a responsabilidade de perseguir e fazer valer o interesse público, bem como os princípios dispostos no artigo 37 da Constituição. A relação segurado-instituto é diferente da relação entre particulares, de tal maneira que a própria autarquia tem o condão de afastar a coisa julgada – ainda que para favorecer o segurado – sem que haja qualquer intervenção por parte do judiciário.

Ora, se o próprio réu da ação previdenciária, unilateralmente, pode afastar a coisa julgada para favorecer o segurado com vistas à efetivação do interesse público, por que o poder judiciário não poderia fazê-lo também? De igual modo, não busca o Estado-Juiz a concretização do interesse público?

Marinoni (2008, p. 53) aduz que “o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)”. Desta forma, nem mesmo a garantia da coisa julgada autoriza o desprezo aos valores de outras garantias constitucionais.

Assim como as particularidades do processo penal autorizam a revisão criminal para beneficiar o réu quando preenchidas certas condições, o processo previdenciário possui características que permitem o afastamento da coisa julgada, tendo em vista se tratar, em última instância, do direito à sobrevivência. Ademais, trata-se de um litígio contra um ente público.

Também o caráter público do instituto de previdência que assume o polo passivo da demanda é relevante, pois não haverá o sentimento de eterna ameaça de renovação de um litígio ou de revisão de uma sentença. Não há insegurança

em se discutir novamente uma questão previdenciária à luz de novas provas, como inexistente insegurança na possibilidade de se rever uma sentença criminal em benefício do réu. (SAVARIS, 2018, p. 92-93)

A conhecida coisa julgada *secundum eventum probationis* encontra amparo na jurisprudência pátria, notadamente no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, segundo o qual “o direito previdenciário não admite preclusão do direito ao benefício por falta de provas: sempre será possível, renovadas estas, sua concessão” (TRF4. AC n.2001.04.01.075054-3. Quinta Turma, Rel. Des. Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira. Data do julgamento: 18/09/2002).

Há um julgado do Superior Tribunal de Justiça que expressa justamente o entendimento de que as demandas previdenciárias são dotadas de peculiaridades que devem ser levadas em consideração:

(...) 1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários. 2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado. 3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as

regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas. (STJ. RESP 201202342171. Corte Especial. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do Julgamento: 16/12/2015)

No caso do reconhecimento da atividade especial, a depender do período de labor, é possível que haja mais de uma forma de enquadramento – como, por exemplo, por categoria profissional ou por agentes nocivos. Desta monta, pode acontecer de uma ação judicial enfrentar apenas uma das hipóteses, sem que o segurado reste impedido de discutir outra hipótese em outra ação.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 452/PE, decidiu não equiparar a categoria “profissional de agropecuária” à atividade exercida por empregado rural na lavoura de cana-de-açúcar, o que afetou inúmeros feitos em andamento no País.

A exemplo desta situação, malgrado o afastamento do enquadramento por categoria profissional, à luz do conteúdo trazido neste trabalho, é possível afirmar com tranquilidade que o segurado pode pleitear o enquadramento, como especial, do mesmo período em uma nova ação, baseado no enquadramento por agentes nocivos, apresentando, para tanto, provas materiais.

Isso porque o enquadramento por agentes nocivos não foi objeto de discussão na ação anterior, não estando acobertado pela coisa julgada; operou-se coisa julgada tão somente quanto ao enquadramento por categoria profissional. Em suma, o que não foi analisado não pode estar coberto pela coisa julgada, ainda que relativo ao mesmo período de trabalho – lembrando que o artigo 503 do Código de Processo Civil limita o alcance da coisa julgada somente às questões decididas no processo anterior.

De igual modo, se um período não foi considerado especial com base na exposição a determinado agente nocivo, é possível discutir o

enquadramento do mesmo período baseado em outro agente nocivo. Nesse sentido é o seguinte julgado:

Entendimento que vem reforçado no novo Código de Processo Civil, ao estabelecer como princípios a fundamentação qualificada e o contraditório efetivo. Incidência do art. 503 do Código de Processo Civil que limita o alcance da coisa julgada às questões decididas no processo anterior. Se, na demanda anterior, houve pronunciamento quanto à exposição do autor aruído, a alegação, em nova ação, de que foi exposto no mesmo período a agentes químicos, ainda que com vistas ao mesmo pedido – reconhecimento da especialidade do tempo de serviço – não implica em violação da coisa julgada ou na sua eficácia preclusiva. Ao decidir sobre o fato ora sob apreciação, não haverá incursão sobre as questões de fato objeto da ação anterior e sobre as conclusões delas decorrentes. (TRF4. AC5017094-37.2014.4.04.7112. Sexta Turma, Rel. Taís Schilling Ferraz, Data do Julgamento: 05.07.2018).

No caso deste último julgado, a causa de pedir da ação anterior era a exposição do segurado ao ruído, enquanto na nova ação era a exposição a agentes químicos. Assim, tendo em vista que a causa de pedir é um dos pressupostos materiais para a caracterização da coisa julgada, havendo diferentes causas de pedir, não há falar em coisa julgada. Inexiste eficácia preclusiva da coisa julgada ao se considerar a possibilidade de apresentação de novas provas, tendo sempre em vista as particularidades do processo previdenciário e a primazia da proteção social.

À luz do processo civil moderno, é de se destacar, também, que o juiz deve servir-se de seus poderes instrutórios na busca da verdade, afinal, “a solução da causa poderá não atender toda expectativa social em ver assegurada a efetividade integral do direito se a instrução do feito for abandonada às partes” (SAVARIS, 2018, p. 99).

Nesse caminho, após verificar a ausência de provas suficientes para instruir a petição inicial, pode o magistrado, com fundamento

no artigo 267 do Código de Processo Civil, reconhecer a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, o que pode ser feito até mesmo em grau recursal:

A ausência de pressuposto processual de constituição válida do processo pode ser reconhecida mesmo depois da instrução do processo e até em grau recursal. (...). A *ratio decidendi* e os motivos determinantes do precedente vinculante são aplicáveis a todas as hipóteses em que se rejeita a pretensão a benefício previdenciário em decorrência da ausência ou insuficiência de lastro probatório documental, não contendo qualquer limitação em razão da natureza do benefício. (TRF4. AC5009337-22.2018.4.04.9999. Turma Regional Suplementar. Relator Paulo Afonso Brum Vaz. Data: 10/05/2019)

São muitos os aspectos caracterizadores da atividade nociva, bem como as formas de comprovação e instrumentos processuais para o seu reconhecimento, não sendo razoável limitar tamanha complexidade à aplicação indistinta da coisa julgada, instituto que, como já restou explicitado, serve para a concretização de valores intensamente mais relevantes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto processual da coisa julgada existe para conferir às partes de uma relação processual o direito à segurança jurídica. Vale dizer, é legítimo o direito à convicção de que um litígio não durará para sempre, afinal, deve existir o momento em que a composição dos conflitos se torne definitiva.

Todavia, tendo em vista que o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para a materialização de direitos, e que o processo deve ser organizado de modo a cumprir os ditames constitucionais, há limite para a coisa julgada. Dito isto, é preciso haver proporcionalidade na ponderação entre direitos opostos.

Além disso, não se pode olvidar que o processo judicial previdenciário tem suas especialidades, tendo em vista a relevância social fundamental e a natureza alimentar do bem jurídico pretendido numa ação previdenciária. De nada adiantaria a proteção constitucional aos direitos sociais se tal não se refletisse na prestação jurisdicional.

O reconhecimento da atividade especial por parte do poder judiciário é muito dinâmico: para além das normas aplicáveis que naturalmente são modificadas com o tempo, sempre há questões levadas a julgamento nos tribunais superiores, cujo resultado irradia diretamente nas ações previdenciárias que visam o reconhecimento da atividade nociva. Além disso, a análise do tempo especial é uma tarefa complexa, pois leva em consideração critérios técnicos e diferentes provas.

Desta monta, é perfeitamente possível e aceitável que, em uma única ação judicial, restem elementos materiais que não tenham sido devidamente enfrentados, ou ao menos não completamente, principalmente na estrutura simples, limitada e econômica dos juizados especiais federais, onde são julgadas parte considerável das demandas previdenciárias.

Assim, a coisa julgada, embora imprescindível para conferir segurança jurídica às partes de uma relação processual, não reina absoluta sobre os direitos fundamentais que cercam a proteção social, podendo ser afastada para fazer valer a vontade da Constituição e o interesse público.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16. ed. Vol. III. Salvador: Juspodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial: regime geral da previdência social**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 7. ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

A TRANSEXUALIDADE E A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA NO ÂMBITO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Djeyne Roxanna Alves Pereira¹

1. INTRODUÇÃO

A transexualidade é um assunto bastante polêmico e com posicionamentos divergentes no âmbito prático e jurídico; tal fato ocorre devido à rejeição do assunto perante a sociedade, expondo assim a necessidade de debater e conscientizar a sociedade e aos servidores de órgãos públicos no sentido de dirimir os danos que a falta de análise específica pode trazer ao indivíduo transexual na concessão de um benefício previdenciário de aposentadoria.

Nesse sentido, o presente trabalho busca direcionar as possibilidades de concessão de aposentadoria ao transexual que contribuiu por toda sua vida laborativa ao sistema previdenciário e, após uma idade avançada, busca fazer jus ao benefício que lhe é direito, sem ferir a identidade de gênero do indivíduo, nem tampouco lhe impor um gênero a qual não se sente pertencente.

Para a elaboração do estudo utilizou-se a doutrina como fonte de pesquisa, bem como periódicos de revistas, livros, artigos científicos e monografias, a fim de apresentar definições e esclarecer as controvérsias acerca do tema material, imprescindível para o desenvolvimento das ideias.

Quanto à abordagem do problema, explorou-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo – ou seja, o método de conjecturas e refutações –, uma vez que o tema se originou primeiramente do fato.

¹ Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida ASCES - UNITA, Advogada, Professora.

Em seguida, discutiu-se a teoria, implicando na hipótese do trabalho em questão. O método supramencionado inicia-se com a formulação da hipótese ou suposição acerca do assunto, deduzindo, em seguida, suas consequências, as quais foram testadas ou falseadas. Caso sejam positivas, a teoria será aceita, pois não foi possível negar a hipótese; sendo suas consequências negativas, a teoria será recusada.

2. A DIVERSIDADE DE GÊNERO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA PRINCIPOLÓGICA, DOUTRINÁRIA E HISTÓRICA

2.1 Princípios constitucionais fundamentais

Antes de iniciar a abordagem do tema, é necessário um exercício de afastamento das nossas convicções pessoais sobre moralidade e religião, devendo nossa análise ser pautada em uma direção estritamente jurídica, sob as luzes, principalmente, da Constituição Federal e dos princípios norteadores do ordenamento jurídico.

É notório que os princípios são necessários para a interpretação e elaboração das diretrizes de um sistema jurídico; portanto, torna-se indispensável uma breve explanação a respeito destes que são norteadores quanto a diversidade de gênero, para que paralelamente possamos compreender a transexualidade e suas reais necessidades perante a sociedade contemporânea.

Desse modo, buscamos examinar o tratamento recebido pelas pessoas transexuais no âmbito da Previdência Social. É imperioso dispor sobre a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e sua extrema importância no desenvolvimento da personalidade.

Os direitos relativos à personalidade estão intimamente ligados à noção de liberdade, pessoalidade e dignidade, devendo todo ser humano construir sua vida e seu desenvolvimento pessoal e profissional em igualdade de oportunidades.

Sob a ótica constitucional, a personalidade não se esgota com a possibilidade de titularizar direitos, mas também de poder reclamar direitos essenciais a uma vida minimamente digna. Assim, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, *in verbis*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

O desafio do operador de Direito está na possibilidade de harmonizar a ordem jurídica com a complexidade da ordem natural. Ao nosso ver, o livre desenvolvimento da personalidade, preservando a dignidade da proteção da pessoa humana, está intimamente ligado a proteção à saúde e à integridade física e psicológica do ser humano, independentemente de seu gênero.

Destarte, notamos que o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos, podendo ser considerado um macro princípio e do qual se irradiam os demais: liberdade, cidadania, igualdade, solidariedade, dentre outros (DIAS, 2010, p. 26).

Estamos, inegavelmente, vivenciando uma revolução – não de armas, mas de conceitos. Proposições antigas cedem espaço a novas perspectivas, agora alicerçadas no direito fundamental à igualdade e respeito às diferenças. O princípio da igualdade e respeito às diferenças possui aplicabilidade expressa na Constituição Federal de 1988 em seu preâmbulo, ao reafirmar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo como valor supremo a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; e ao reafirmar o direito a igualdade, destacada em seu art. 5º, inciso I: “Todos são iguais perante a lei”. Indo além, retrata a igualdade entre homem e mulher em seus direitos e obrigações.

Diretamente ligado ao princípio da igualdade está o da liberdade, configurando uma relação de dependência entre eles para surtir efeitos na esfera jurídica. Para Chaves (2015, p. 81), “Liberdade se

traduz, cada vez mais, na ideia de poder realizar, sem intervenção de qualquer natureza, as próprias escolhas individuais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier”. Desse modo, o livre exercício da sexualidade deve ser entendido como um direito personalíssimo de cada cidadão, inviolável e exercido da forma que convier ao indivíduo, sem nenhuma intervenção.

Resta-se evidente a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para socorrer àqueles que se encontram em situação desfavorável quanto ao exercício de suas liberdades e direitos. Neste sentido, dispõe Chaves (2015, p. 87): “O aspecto material da igualdade se traduz na ideia de se conceder o mesmo tratamento jurídico àqueles que se encontram em situação jurídica diversa deve ser dado um tratamento diverso, em virtude da situação de desigualdade em que se encontram”.

É bem verdade que a igualdade não apaga as diferenças de gênero; no entanto, não deve ser ignorada pelo Direito Pátrio. Eis que o maior desafio ao promover a garantido princípio da igualdade e respeito às diferenças consiste no exercício da tolerância e principalmente da compreensão da diversidade, muitas vezes tão difíceis ao cidadão comum, porém necessários quando se pretende construir uma sociedade livre, justa e igualitária.

2.2 A evolução histórica, conceitos e terminologias aplicáveis à diversidade de gênero

Ao longo da história da humanidade a sociedade passou por uma complexa construção de identidade, inclusive no âmbito da sexualidade humana. No século XX, os valores ligados ao sexo e ao comportamento sexual dos indivíduos estiveram intimamente ligados às transformações econômicas, sociais e políticas.

É fato que a questão da diversidade de gênero existe desde as sociedades ancestrais, sendo aceita e respeitada, como na Grécia antiga, ou sendo apenas consentida, como na Roma antiga. No

entanto, com o passar do tempo e com as modificações dos anseios e costumes da sociedade, passou a ser considerada uma anomalia pela grande massa social.

Desse modo, seu conceito e terminologia ocupam, atualmente, um lugar de destaque em debates, novelas e diversos tipos de mídias sociais. Todavia, no âmbito acadêmico, essa discussão teve início em meados do século XX através da pressão de grupos feministas.

No cenário brasileiro, tal debate esteve restrito ao âmbito da sociologia e Psicologia durante muitos anos. Tal estudo só emergiu para outras áreas, inclusive a jurídica, na década de 1990. Chaves (2015, p. 38) dispõe sobre a importância da inclusão no campo jurídico do que é diferente e sobre a crescente ascensão da diversidade sexual nesta seara: “as distintas formas de expressar e vivenciar afeto, diferentes maneiras de compartilhamento de vida emergem e demandam reconhecimento jurídico e da coletividade”.

Apesar de podermos observar avanços, encontramos diversas lacunas no âmbito jurídico como a escassez de doutrinas e jurisprudências que versem sobre os direitos das pessoas transexuais, seja no ramo do direito previdenciário ou nos demais. Há uma necessidade de inserção deste tema a fim de solucionar questões referentes ao tema, fortalecendo a proteção à comunidade transexual.

A expressão “transexual” surgiu inicialmente em 1953, e foi utilizada pelo endocrinologista americano Harry Benjamin para designar indivíduos biologicamente comuns, apresentando aparelhos genitais perfeitos, mas que estavam inconformados com suas genitálias e se sentiam afortunados com a possibilidade da readequação de gênero.

A transexualidade é uma questão que independe da orientação sexual do indivíduo. O indivíduo não aceita seu gênero biológico, se identificando com o gênero contrário. A Associação Paulista de Medicina (*apud* CHAVES, 2015, p. 47) classifica o transexual como:

Aquele com identificação sexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de transformá-los. Em resumo, transexualidade se caracteriza pela sensação de pertencer ao sexo oposto àquele que fisicamente e juridicamente pertence, comportando o desejo de modificar a identidade sexual e igualmente adaptar a autonomia ao sexo psicológico ao qual se acredita pertencer.

Neste mesmo toar, entende-se por pessoa transexual aquela que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento de acordo com Manual de Comunicação LGBTI+ (2018, p. 32):

Pessoa que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. As pessoas transexuais podem ser homens ou mulheres, que procuram se adequar à identidade de gênero. Algumas pessoas trans recorrem a tratamentos médicos, que vão da terapia hormonal à cirurgia de redesignação sexual. São usadas as expressões homens trans e mulheres trans.

No caso das pessoas transexuais, a identidade gênero não corresponde ao sexo biológico, conforme descrito por Freitas (2019,*online*):

No caso das pessoas transexuais a identidade de gênero não corresponde ao sexo biológico. Assim, o homem, com os órgãos sexuais masculinos, sente-se uma mulher. Uma mulher no corpo de um homem. A mulher, com os órgãos sexuais femininos, sente-se um homem. Um homem no corpo de uma mulher. Esta inconformidade pode causar um sofrimento em viver com a genitália que não se adequa ao seu sentimento de pertencer. Sendo assim, a pessoal transexual pode ansiar por uma mudança de sexo e procuram pela cirurgia sexual (redesignação sexual).

Desse modo, há no indivíduo transexual um repúdio ao seu sexo

morfológico; ele estranha o corpo que a própria natureza lhe deu, ensejando em uma perigosa frustração. O transexual, na verdade, tem um desejo por ser aceito como pessoa do sexo oposto e nenhum outro argumento é capaz de demovê-lo, logo, tal readequação torna-se tão importante que lhe absorve todo seu interesse.

Porém, além da alteração física buscada pelos transexuais através dos tratamentos hormonais e cirúrgicos, outro fator importante consiste na identidade social, caracterizada pela alteração do nome registral, possibilitando o fim dos embaraços pessoais e sociais devido a identidade de gênero oposta à que consta na identidade civil.

O Juiz de Direito André Cõrtes Lopes (2010, p. 10) dispõe sobre a necessidade e a importância da identidade social das pessoas transexuais para uma vida digna:

Negar o direito de alguém ter o nome que mais condiz com sua condição sexual, é sonegar o direito de ser feliz. Buscar meios de adequação dos transexuais na sociedade, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), é um objetivo a ser traçado por toda a população brasileira, seja com a alteração do prenome e sexo, seja com o combate aos preconceitos enraizados na comunidade. A partir do momento em que o Direito admite a adequação de sexo e nome ao transexual, coerente será reconhecer também a este todos os direitos inerentes ao novo sexo.

Atualmente, ser homem ou mulher transexual no Brasil é pertencer a um grupo invisível e sem voz. Os transexuais são, na maioria das vezes, erroneamente vistos como homossexuais ou com uma categorização que não se mostra apta a enquadrá-los, sendo imprescindível que o Poder Judiciário esteja atento à evolução social e cumpra seu papel diante de um grupo esquecido e marginalizado pela sociedade.

3. A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA AOS TRANSEXUAIS SOB A PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Diante do exposto, observamos que por um longo período de nossa história os transexuais estiveram à mercê da marginalização e da exclusão social, sem nenhuma perspectiva de políticas públicas e sociais que os defendessem.

Porém, cabe destacar que, com o passar dos anos, alguns avanços buscaram a implementação de políticas de inclusão social das pessoas transexuais no Brasil. Neste viés, elucidamos alguns destes avanços nas palavras de Monteiro, Brigeiro e Barbosa(2019, online):

Em março de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) julgou que, pela Lei Eleitoral, mulheres transexuais e travestis podem concorrer a cargos eletivos na cota destinada ao sexo feminino e os homens trans nas vagas para o sexo masculino. No mesmo mês, os membros do Supremo Tribunal Federal (STF) autorizaram que transexuais e transgêneros alterem o nome no registro civil sem a realização de cirurgia de mudança de sexo. Novos reconhecimentos têm sido evidenciados nas políticas de inclusão da diversidade sexual e de gênero em instituições de ensino e organizações públicas e privadas, bem como na indústria cultural. Esse elenco de notícias ilustra algumas das recentes conquistas da luta política de travestis, transexuais e transgêneros no Brasil que, no entanto, ainda convivem com uma realidade caracterizada pela extrema marginalização e exclusão social. Situações como conflitos familiares, expulsão de casa, interrupção precoce da trajetória escolar e dificuldade de inserção no mercado de trabalho qualificado constituem aspectos dessa realidade.

Quando o tema versa sobre a transexualidade é possível perceber alguns sinais de mudanças, até mesmo em sólidas estruturas institucionais – seja do âmbito normativo, clínico e jurídico. Aos

poucos, ainda que de maneira lenta, a sociedade lança novos olhares sobre a diversidade sexual existente no Brasil.

Todavia, devemos atentar para as proteções atuais a que estão sujeitos os transexuais no âmbito da Previdência Social em virtude dos obstáculos diante da concessão dos benefícios previdenciários. Elucidaremos a concessão da aposentadoria aos transexuais, já que a proteção social está diretamente ligada ao bem estar social e à dignidade da pessoa humana, oferecendo uma maior guarida aos mais variados imprevistos que possam vir a afligir os seres humanos.

Neste diapasão, elucidamos o sistema previdenciário brasileiro nas palavras de Serau Junior (2018, p. 20), o qual afirma que o “Direito Previdenciário foi pensado para o modelo econômico fordista, e, igualmente, para uma estrutura social e familiar eminentemente patriarcal”. Ou seja, o Direito Previdenciário não foi preparado para abarcar de forma igualitária a metamorfose sofrida pelas entidades familiares atuais, nem tampouco as diversas formas de exercício da afetividade e sexualidade.

É justamente esse limbo, não abarcado pelo Direito Previdenciário, o objeto principal deste trabalho. Nesse sentido, objetiva-se apontar as alternativas para que as pessoas transexuais sejam amplamente aceitas e reconhecidas perante o ordenamento jurídico previdenciário a ponto de garantir um tratamento justo e igualitário na concessão da aposentadoria.

3.1 Previdência social *versus* proteção social aos transexuais

A proteção social nasceu através do conceito de “família”, nos tempos remotos em que as pessoas viviam em vastos aglomerados familiares e o cuidado aos idosos e incapacitados eram exercidos pelos mais jovens e aptos ao trabalho. A respeito do assunto, ensina Ibrahim (2005, p. 02):

A preocupação com os infortúnios da vida tem sido uma constante da humanidade. Desde os tempos remotos, o homem tem se adaptado, no sentido de reduzir os efeitos das adversidades da vida, da fome, doença, velhice etc. Não seria exagero rotular este comportamento de algo instintivo, já que até os animais têm o hábito de guardar alimentos para dias mais difíceis. O que nos separa das demais espécies é o grau de complexidade de nosso sistema protetivo.

Sobre a evolução da proteção social, é imprescindível dispor sobre a explanação de Martins (2005, p. 770):

Passados os tempos, essa cotização foi aumentando, formando-se grupos por profissionais, por empresas, etc., que, por intermédio de esforços em comum, ou da criação de determinado fundo, vinham se preparando para quando não mais pudessem trabalhar. Daí o surgimento de pequenos descontos no salário para cobrir futuras aposentadorias, principalmente quando a pessoa não mais tinha condições de trabalhar para seu sustento.

Verifica-se, pois, que a proteção social teve seu início com a solidariedade familiar, desenvolvendo-a até alcançar a forma contributiva atual no Sistema Previdenciário Brasileiro.

Porém, cabe dispor que, para haver uma proteção social dos beneficiários da Previdência Social, devido ao princípio da contributividade, deve ocorrer o pagamento de tributos classificados como contribuições previdenciárias. Assim, preceitua os ensinamentos de Amado (2018, p. 148):

Pelo princípio da Contributividade, a previdência social apenas concederá os seus benefícios e serviços aos segurados (e seus dependentes) que se filiarem previamente ao regime previdenciário, sendo exigido o pagamento de tributos classificados como contribuições previdenciárias, haja vista se trata do único subsistema da seguridade social com natureza contributiva direta. De efeito, determina a

cabeça do artigo 201, da Constituição Federal de 1988, que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo, o que comprova a natureza constitucional deste princípio.

Vimos, portanto, que para a concessão de qualquer benefício previdenciário faz-se indispensável verter contribuições previdenciárias pelo segurado decorrentes da atividade remunerada – para os segurados obrigatórios – ou pelo não exercício desta – para os segurados facultativos.

Nesse contexto, surgem questionamentos para as pessoas transexuais que já estavam inscritas no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) antes da sua redesignação sexual. Desse modo, é preciso identificar se é possível proceder retificações de readequação de gênero para os segurados já inscritos no CNIS.

3.2 A retificação do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) das pessoas transexuais

Para a concessão dos benefícios previdenciários, o segurado deve, antes de iniciar suas contribuições, efetuar a inscrição no sistema previdenciário; assim, todos os seus dados estarão dispostos no CNIS. Neste ínterim, dispõe Amado (2018, p. 202):

Considera-se inscrição do segurado para os efeitos da previdência social o ato pelo qual o segurado é cadastrado no Regime Geral da Previdência Social, mediante comprovação dos dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis a sua caracterização, na forma do artigo 18 do RPS. Atualmente a inscrição é feita no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, um sistema responsável pelo controle das informações de todos os segurados e contribuintes da Previdência Social, criado em 1989.

No entanto, independentemente de ter realizado a redesignação sexual, o indivíduo poderá efetuar retificações em seus documentos pessoais, desde que tais alterações sejam precedidas de registro em cartório ou de forma judicial para que produzam os efeitos necessários.

A definição de gênero não pode ser limitada ao sexo aparente. Logo, as informações contidas no registro civil, bem como nos demais cadastros governamentais, devem ser readequadas à nova realidade do indivíduo. Seguindo a mesma corrente, no sentido de resguardar a dignidade do indivíduo assegurando a questão íntima, Dias (2010, p. 48) aponta:

não deve fazer qualquer menção nos documentos, ainda que sigilosa, mesmo porque a legislação só admite a existência de dois sexos: o feminino e o masculino e, além disso, veda qualquer discriminação. Com a entrada em vigor da Lei n. 9708/98, alterando o art. 58 da Lei n. 6015/73, o transexual operado teria base legal para alterar o seu prenome, substituindo-o pelo apelido público notório, com que é conhecido no meio em que vive.

Entretanto, habitualmente ocorre de o segurado efetuar a readequação de gênero mediante atos cartoriais ou judiciais, mas já possuir inscrição junto ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Nesse sentido, o que fazer com as contribuições já vertidas à Previdência? Tais contribuições deixarão de existir devido às modificações no registro civil?

Destaca-se que, assim como para todos os brasileiros, as contribuições previdenciárias vertidas pelo segurado pessoa transexual são de extrema importância para sua vida contributiva e futura aposentadoria, sendo necessário que as autarquias previdenciárias assegurem tal direito aos seus segurados. Neste toar, esclarece Francisconi (2019, *online*):

Em muitos casos o segurado (a) que efetuou a mudança de gênero ao adotar seu nome social em sua documentação, já possuía uma inscrição junto ao Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, que se refere ao Regime Geral da Previdência Social, contando assim com diversos recolhimentos. E como estas contribuições ocorreram com o registro constando o gênero e/ou, o nome anterior do segurado (a), a mudança, então, neste caso, faz-se extremamente necessária, pois nesse caso deverá existir no CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais perante à Autarquia Previdenciária Federal (INSS), onde assim ficará assegurado o direito ao tempo anterior em sua integralidade, não se fazendo necessário iniciar sua filiação do zero contando assim tempo e carência.

Tais retificações de dados possuem previsão na Instrução normativa n° 77 do INSS, a qual prevê que se processem, através do devido processo administrativo, as alterações necessárias quanto ao novo nome do segurado, bem como da readequação de gênero.

Depois de estabelecida a adequação ao novo gênero do segurado transexual no CNIS, alguns temas – como os requisitos necessários para a concessão de aposentadoria – devem ser discutidos e revistos no mundo jurídico.

4. O SISTEMA BINÁRIO E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADORIA AAS PESSOAS TRANSEXUAIS NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

O atual cenário brasileiro demonstra as grandes mudanças proporcionadas pela promulgação da Emenda Constitucional 103/2019. Contudo, mesmo diante de tantas transformações na legislação previdenciária brasileira, a regularização da aposentadoria aos transexuais ainda é um grande desafio para a Previdência Social.

É notório que inexistente no Brasil uma legislação específica tratando sobre a concessão de aposentadoria aos transexuais, cabendo

à doutrina, ao INSS e às demais autarquias/fundos previdenciários proporem soluções para os casos concretos.

O principal benefício previdenciário é a aposentadoria. Ademais, todos nós, ao final de um longo período exercendo atividades laborais e efetuando contribuições previdenciárias, desejamos desfrutar de uma fonte de renda em nossa idade avançada para uma vida minimamente digna e confortável.

Neste sentido, a aposentadoria concedida pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) possui alguns requisitos mínimos, previstos no art. 201, § 7º da Constituição:

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

Portanto, a preocupação dos transexuais ultrapassa a barreira simples da contribuição. É bem verdade que o cálculo de aposentadorias no Brasil adota o sistema binário – ou seja, os indivíduos são tratados de forma diferenciada tendo como base o gênero do segurado(a). Para a concessão destes benefícios, de acordo com o supracitado, é necessário verificar o tempo contributivo e idade mínima necessária para a sua concessão.

Assim, nos deparamos com a seguinte indagação: em qual regra se enquadra a pessoa transexual, cuja identidade de gênero não

corresponde ao sexo biológico? Quais regras serão aplicáveis aos transexuais na concessão de aposentadorias?

Para subsidiar as respostas das indagações acima, trazemos os ensinamentos de Camarano (2017), o qual disserta que, inicialmente, não existiam no Brasil grandes distinções para a concessão de aposentadoria em razão do gênero do segurado. Tais distinções surgiram na década de 1960 através da Lei Orgânica da Previdência Social, e foram evoluindo com os passar dos anos.

Atualmente, a diferenciação entre homens e mulheres para a concessão de benefícios previdenciários tem o intuito de compensar a jornada tripla exercida pela maioria das mulheres – que, além de estarem inseridas no mercado de trabalho, também cuidam de suas famílias.

Independentemente de a Previdência Social brasileira reconhecer um sistema meramente binário, o homem transexual ou a mulher transexual está laborando ativamente e efetuando suas contribuições previdenciárias, a fim de assegurar os benefícios previdenciários provenientes dos riscos sociais a que todos estamos expostos diariamente. Nesse sentido, de acordo com os ensinamentos de Serau Junior (2018, p. 29), o ideal seria que o sistema previdenciário não se prendesse ao caráter binário:

a proteção previdenciária embora exija contribuições previdenciárias dos segurados e seguradas, não se prenda exclusivamente a esse paradigma, devendo ter como norte exatamente a perspectiva de direitos fundamentais e estruturar-se a partir de outros paradigmas, cujo cerne seja a proteção do ser humano que passe por determinadas contingências sociais.

Em outras palavras, compreende-se que, atualmente, não existe nenhuma regra que abarque de forma satisfatória as pessoas transexuais, uma classe caracterizada por ser uma minoria, sendo imprescindível a reformulação da legislação previdenciária no sentido de proporcionar ao segurado transexual que procedeu com

as devidas mudanças quanto a redesignação de gênero e laboraram ativamente antes e após tal readequação as devidas facilidades, garantindo assim o benefício previdenciário. Segundo o professor Wagner Balera (2015, *online*), “a legislação previdenciária brasileira deveria garantir aos transexuais o direito de acesso a benefícios com a identidade assumida após a mudança de gênero, mas é omissa e não cumpre seu dever”.

Baseado neste entendimento, é notória a negligência do Estado ante a necessidade de garantir o acesso ao benefício previdenciário em sua plenitude aos transexuais, levando estes a optarem por apenas dois caminhos tortuosos, conforme expõe Carneiro (2017, *online*):

Baseado nesse entendimento é possível afirmar que negligência do Estado frente a necessidade de garantia do acesso ao benefício previdenciário em sua plenitude leva as pessoas transexuais a optarem por dois caminhos torturantes, o primeiro, visando garantir a sua subsistência é negar a sua identidade gênero e requerer o benefício utilizando-se do seu sexo biológico, com o enquadramento em conformidade aos requisitos legais; o segundo é requerer o benefício junto a previdência respeitando a sua identidade de gênero, onde possivelmente terá o seu pedido negado, levando-as à busca da tutela jurisdicional para a obtenção do seu direito.

Cabe ressaltar que, quando a redesignação de gênero registral ocorre antes da inscrição no indivíduo no RGPS, prevalece o entendimento que o enquadramento será com sua identificação atual. Assim, posicionam-se Batista e Rocha (2019, *online*):

Em uma primeira hipótese, quando a redesignação de gênero registral precede a inscrição do indivíduo ao RGPS, prevalece o entendimento de que o enquadramento se dará de acordo com a atual identificação disposta no supracitado documento público, tendo em vista que, nesta hipótese, desde o seu cadastro à Previdência Social, o indivíduo já era reconhecido conforme sua identidade de gênero.

No entanto, a possibilidade mais usual, cotidiana e comum, é quando a redesignação de gênero acontece após a inscrição na Previdência Social. Neste ínterim, trazemos como uma possível solução o posicionamento de Alves (2018, online), vejamos:

Outra possibilidade, a mais comum, é a de que a adequação no registro civil se dê em momento posterior ao da inscrição do sujeito ao RGPS. Hoje, a teoria mais aceita entende que a única solução capaz de salvaguardar os interesses e direitos fundamentais da pessoa e, ao mesmo tempo, de manter o equilíbrio financeiro do Sistema Previdenciário, é no sentido de adotar um critério misto. Este consiste na contabilização do tempo e da idade de forma proporcional ao qual, juridicamente, o segurado foi considerado homem ou mulher, traduzindo-se, portanto, a simples regra de três da fórmula matemática.

Diante do exposto, verificamos que há a possibilidade de um sistema proporcional, considerando o tempo de contribuição transcorrido em cada gênero, similar a uma regra de três, definindo o tempo de contribuição ante o período para cada gênero ocupado pelo transexual. Tal sistema proporcional garantiria, além de isonomia a pessoa transexual, o equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Previdenciário, e seria uma possível solução para a concessão da aposentadoria aos transexuais.

Por fim, cabe dispor que foi amplamente demonstrado que a realização de cirurgia de readequação de gênero não é requisito obrigatório para fins de solicitação da mudança no registro em Cartório. De acordo com Pafaro (2018, *online*):

[...] os casos de transexuais sem a adoção de cirurgias e sem a consequente ingestão de hormônios do sexo oposto não indicam, a priori, a possibilidade de alteração das regras para a aposentadoria.

Assim, não há como aplicar a legislação previdenciária segundo o sexo eventualmente escolhido.

[...] Por outro lado, havendo a adoção oficial da identidade feminina, ainda que sem a cirurgia de transgenitalização (mormente se acompanhada da maternidade), é evidente que ao Direito Previdenciário não caberá contrapor a solução jurídica já consolidada pelo Direito de Família.

Resta-se inequívoco que a Constituição Federal de 1988 permite que, caso haja qualquer resistência oferecida pelo INSS ou por qualquer autarquia previdenciária quanto a concessão de benefício previdenciário, o homem ou mulher transexual poderá socorrer-se ao Poder Judiciário, vez que o direito à aposentadoria é um direito constitucional devidamente assegurado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 foi o marco inicial na busca pela proteção aos direitos indispensáveis à diversidade de gênero no ordenamento jurídico. Nesse sentido, temos como destaques alguns princípios, como o da dignidade da pessoa humana.

Em face de todo o exposto, inicialmente, cabe destacar que a pessoa transexual não se reconhece psicologicamente conforme seu sexo biológico, causando grandes transtornos emocionais, pessoais, profissionais e familiares, terminando por desencadear um profundo sofrimento que dá ensejo a características de depressão, automutilação e até uma total repulsa ao próprio corpo.

A peculiaridade principal do estudo em análise se dá no limbo no ordenamento jurídico e no âmbito Previdenciário no que diz respeito ao enquadramento da aposentadoria a pessoa transexual – já que este dependerá de um caso concreto, pois, de acordo com a mínima doutrina sobre o assunto, alguns elementos precisam ser de análise obrigatória, tal como o uso de hormônios femininos/masculinos por parte do segurado.

Além disso, sustenta-se que o exame pormenorizado do pedido de jubilação, nestas hipóteses, tornou-se cada vez mais indispensá-

vel, conforme a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual determinou que a adequação do gênero no registro civil independe da comprovação de realização da cirurgia de transgenitalização. Nesse sentido, compreende-se que há possibilidade de possíveis fraudadores serem beneficiados.

De modo infeliz, o Sistema Previdenciário, na figura do INSS, pode vir a se deparar, eventualmente, com sujeitos capazes de invocar o uso de um direito tão significativo conquistado pela comunidade LGBTI+ – qual seja a adequação do sexo registral – para a prática de fraudes. Por outro lado, não se pode produzir efeitos negativos quanto ao segurado probo, impossibilitando ou dificultando seu acesso ao benefício previdenciário em razão de possíveis fraudadores. Dessa forma, caberá à jurisprudência e à adequação legislativa dirimir os imprevistos.

Destarte, as decisões devem corroborar com o previsto na lei; contudo, atendendo ao caráter específico e às circunstâncias particulares existentes nos diversos casos. Também não deve ocorrer a utilização de um método padrão e imutável, pois o Direito é objeto da transformação social.

Por fim, o sexo biológico e sua possível redesignação social não deve ser obstáculo para aqueles segurados que, durante toda sua vida laborativa, efetuaram contribuições previdenciárias, e, com a idade avançada, momento em que mais precisam da proteção do Estado, sejam impedidos de receberem tal prestação previdenciária.

Portanto, considerando que o Judiciário – o qual caracteriza-se comumente como conservador –, perante a celeridade das mudanças sociais, nem sempre consegue assimilar e dar respostas adequadas às novas realidades, resta a expectativa de que este possa tornar-se não só um interprete da norma, mas também da realidade social, posicionando-se com cautela diante da readequação de gênero e da transexualidade. Diante das mudanças e reclamos sociais, não há como negar a necessidade de reposicionamentos jurídicos, sociais e até humanísticos que contribuam para a distribuição da verdadeira justiça.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo. A transexualidade e seus reflexos no direito previdenciário. **Revista de Previdência Social**, mar. 2018.

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BALERA, Wagner. Especialista: Previdência é omissa com transexuais. **Portal Band**. *Online*. Publicado em: 18 jun. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2E1WpiR>>. Acesso em: 22 jan. 2019.

BATISTA, Alves Francesca; ROCHA, Lucas Evangelista Neves da. Reflexos da alteração do gênero no enquadramento da aposentadoria. **Jus.com.br**. *Online*. Disponível em: <<https://bit.ly/3eJIMCr>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

CAMARANO, Ana Amélia. Diferenças na legislação à aposentadoria entre homens e mulheres: breve histórico. **Mercado de trabalho: conjuntura e análise**, Brasília, n. 62, ano 23, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Ministério do Trabalho, abr. 2017.

CARNEIRO, Camila Dias dos Santos. Análise da possibilidade de aposentadoria dos transexuais pelo regime geral da previdência. **Âmbito Jurídico**. *Online*. Publicado em: 01 mai. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/32wC4fC>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: Proteção constitucional, uniões, casamento e parentabilidade**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCISCONI, Ana Luiza Tangerino. O transexual e seus Direitos Previdenciários. **Jusbrasil**. *Online*. Publicado em: 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/398S4FZ>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

FREITAS, Carolina. A diferença entre Transexual, Travesti e Transgênero. **Sexo sem Dúvida**. *Online*. Publicado em: 27 mar. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3eJsXuu>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

LOPES, André Cõrtes Vieira. **Transexualidade: Reflexos Da Re-designação Sexual**. Rio de Janeiro: IBDFAM, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTEIRO, Simone; BRIGEIRO, Mauro; BARBOSA, Regina Maria. Saúde e direitos da população trans. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 4, abr. 2019.

PAFARO, Roberta Cova. A aposentadoria após a mudança de prenome e gênero do transexual. **Jornal Contábil**. *Online*. Publicado em: 16 dez. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2OEa6X9/>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

REIS, T.,org. **Manual de Comunicação LGBTI+**, 2ª edição, Curitiba: Aliança Nacional LGBTI/Gaylatino, 2018.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio.. In: MAUSS, Adriano; MOTTA, Mariana Martini (Coord.). **Direito previdenciário e a população LGBTI**. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

EFETIVIDADE DO PROCESSO DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

Tarcila Fernanda Pacheco Martins de Andrade¹

1. INTRODUÇÃO

As normas legais definem a Reabilitação Profissional como um serviço da previdência social que tem a finalidade de proporcionar os subsídios de reeducação e/ou readaptação profissional com o consequente reingresso ou ingresso no mercado de trabalho aos segurados e seus dependentes que, por motivo de doença ou por acidente de qualquer natureza, perdem a capacidade para a sua atividade laborativa.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) ordena no *caput* do seu art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Antes disso, o seu art. 3º inciso III, dispõe que: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Nesse sentido, estudiosos do Direito interpretam o princípio da igualdade como uma garantia de direitos àqueles que, na realidade, estão em situação de desvantagem perante o cidadão mediano. Não se pode falar em igualdade real de oportunidades entre ricos e pobres, saudáveis e doentes ou capazes e incapazes, pois a verdadeira igualdade entre os cidadãos depende de um tratamento diferente daquele oferecido aos que se encontram em real desigualdade.

Previstos no art. 6º da CF/88, o direito à saúde, o direito ao trabalho e o direito a previdência social são direitos sociais, sendo esses de segunda geração, constituindo-se como prestações posi-

¹ Advogada, LLM em Direito Previdenciário pelo Instituto Latino Americano de Direito Social.

vas a serem implementadas pelo Estado e tendem a concretizar a perspectiva de isonomia substancial e social na busca de melhores condições de vida (LENZA, 2013, p. 1152).

Fundamentadas na necessidade de busca real de igualdade e aliadas ao conceito e dever da Assistência Social trazidos no art. 203² da Constituição, leis, decretos e portarias aprimoraram e ampliaram o Serviço de Reabilitação Profissional, buscando proporcionar aos indivíduos em situação de desigualdade oportunidades similares as do cidadão comum.

Em tempos de revisão de benefícios por incapacidade – os conhecidos pentes-finos –, inúmeros são os casos de segurados que recebem alta previdenciária após longos períodos de afastamento do trabalho, muitas vezes após terem sido submetidos a dita reabilitação profissional.

Dito isto, o objetivo do presente estudo consiste em discutir sobre a efetividade do programa de reabilitação profissional conforme vem sendo realizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ao longo dos últimos anos e suas repercussões sociais.

Destarte, pretende-se despertar nos operadores do direito a busca por um programa de reabilitação e habilitação profissional que cumpra o determinado na Constituição, na lei de benefícios, nas instruções normativas e manuais de procedimento da própria autarquia previdenciária, bem como nos casos que reste comprovado que o programa não foi realizado satisfatoriamente, pleiteando sua nulidade e a concessão de aposentadoria por invalidez.

² Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Ressalte-se que a proteção almejada em razão de infortúnio que gera a redução da capacidade laboral se trata de um direito do trabalhador construtor do Estado Democrático de Direito e de sua participação num sistema solidário centrado em princípios e normas que reconhecem e garantem sua dignidade.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REABILITAÇÃO PROFISSIONAL NO BRASIL

Como os demais benefícios e serviços da seguridade social, o processo de reabilitação profissional, em razão de mudanças políticas e econômicas, sofreu alterações em sua finalidade e efetividade ao longo da história. As proteções em relação ao risco da falta de capacidade laborativa iniciaram com a proteção aos trabalhadores dos correios em 1888 e com a Lei Elói Chaves (Decreto nº 4.682/1923), voltada para os ferroviários.

O primeiro sinal legislativo relacionado ao interesse de readaptação de trabalhadores acidentados ou enfermos nasceu com a Portaria do Conselho Nacional do Trabalho, de 18 de novembro de 1943, que instituiu junto aos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) os serviços de reeducação e readaptação aos aposentados por invalidez. Nesse modelo inicial, a reabilitação profissional tinha como paradigma a Medicina do Trabalho.

Em 1954 fora criada a Associação Brasileira Beneficente de Reabilitação (ABBR, 2020) com a finalidade de possibilitar às vítimas de poliomielite e pessoas portadoras de sequelas motoras o acesso a um tratamento especializado e a reintegração à sociedade – trabalho este até então inexistente no Brasil. Contudo, apenas em setembro de 1957 foi efetivamente inaugurado pelo então Presidente Juscelino Kubitschek o primeiro Centro de Reabilitação do Brasil, dentro da concepção moderna da reabilitação como um processo integrado.

Posteriormente, foi criada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) em 1960, unificando a legislação referente aos institutos

de aposentadorias e pensões, e o Decreto nº 48.959, de 19 de setembro de 1960, que aprovou o Regulamento Geral da Previdência Social (RGPS). Ambas dispuseram que a assistência reeducativa e de readaptação profissional seria uma prestação assegurada pela previdência social.

Além disso, ainda em 1960, as referidas normas estabeleceram em seus arts. 55 e 172, respectivamente, cotas destinadas a trabalhadores readaptados ou reeducados profissionalmente, respeitando o princípio da igualdade, previsto constitucionalmente desde 1946 no art. 141, § 1º: “Todos são iguais perante a lei”.

Em 1963, o presidente João Goulart, através do Decreto nº 53.264, considerando que as concentrações locais de beneficiários dos Institutos não justificavam a implantação separada de serviços de reabilitação profissional em grande número dos Estados da Federação, cria o Departamento Nacional de Previdência Social (DNPS) e a Comissão Permanente de Reabilitação Profissional da Previdência Social (COPERPS):

Art. 1º A reabilitação profissional dos beneficiários da previdência social, prevista no art. 53 da Lei número 3.807 de 26 de agosto de 1960, será prestada em regime de comunidade visando a proporcionar, aos beneficiários em geral o conjunto de medidas de reeducação e readaptação profissional indispensáveis à remoção das causas determinantes da incapacidade para o trabalho.

Art. 2º Fica criada, no DNPS e diretamente subordinada a seu Conselho Diretor a Comissão Permanente de Reabilitação Profissional da Previdência Social (COPERPS), com a finalidade de planejar, orientar, coordenar e fiscalizar em todo o território nacional a prestação da reabilitação profissional. Propondo ao Conselho Diretor as Normas Gerais para a sua execução e opinando sobre as dúvidas suscitadas na aplicação de leis e regulamentos.

Desse modo, o DNPS, subordinado ao conselho da COPERPS, permanece com a finalidade de planejar, orientar, coordenar e

fiscalizar em todo o território nacional a prestação da reabilitação profissional.

Em 1967, o Decreto nº 60.501, promulgado em meio à ditadura militar, regulamentou o sistema geral da previdência social, a cargo da União, através do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), mantendo a reabilitação profissional no rol dos serviços obrigatórios assegurados pela previdência social, com uma seção própria e com um detalhamento específico deste direito:

Art. 126. A reabilitação profissional visa a proporcionar aos beneficiários da previdência social, quando doentes, inválidos ou de algum modo física ou mentalmente deficitários, com a amplitude que as possibilidades administrativas, técnicas e financeiras e as condições locais permitem os meios de reeducação ou readaptação profissional indicados para que possam exercer atividade remunerada.

Além disso, o referido Decreto estabeleceu regras específicas de funcionamento do programa, tais como discriminação das fases, exames iniciais, entrevistas, avaliações físicas, psicológicas, sociais e profissionais, a fim de estabelecer tratamentos adequados a cada caso, compondo tratamento médico e reajustamento social ao indivíduo necessitado.

O Decreto estabelecia ainda que, após o tratamento médico indicado, o segurado receberia orientação profissional, treinamento e colocação ou recolocação em um trabalho que lhe garantisse renda, tudo isso acompanhado do início ao fim pelo INPS. Ainda, tratava da necessidade de convênio com entidades especializadas em reabilitação, tais como Universidades, além de prever o custeio de próteses, órteses e transporte desde que para o tratamento indicado.

Reiterando o contido na LOPS e no Regulamento da Previdência Social de 1960, a forma encontrada pelo legislador para estimular a manutenção dos reabilitados no mercado de trabalho foi estabelecer cotas de contratação de indivíduos reabilitados, sendo as empresas

obrigadas a contratar de 2% a 5% (dois a cinco por cento) dos cargos para atender aos casos de beneficiários reabilitados.

Em 1976, após o desmembramento do Ministério do Trabalho e Previdência Social com a conseqüente criação do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), o serviço do programa de reabilitação foi mais uma vez previsto pelo Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976, em seu art. 72: “Assistência reeducativa e de readaptação profissional cuidará da reeducação e readaptação dos segurados que percebem auxílio-doença, bem como dos aposentados e pensionistas inválidos, na forma estabelecida em regulamento”.

A Resolução do INSS nº 424 de 1977 organizou e estruturou funcionalmente as Unidades Executivas de Reabilitação Profissional (RP) mediante a criação de equipes técnicas com as atribuições de realizar a avaliação da capacidade laborativa, orientação e acompanhamento da programação profissional e disponibilização de recursos técnicos.

Apesar da Convenção nº 159 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, ter sido concluída em Genebra em 01 de junho de 1983, somente foi ratificada no Brasil e promulgada através do Decreto nº 129, em 22 de novembro de 1991.

No ordenamento jurídico brasileiro, a CF/88, em seu art. 203, não só garantiu o direito a reabilitação profissional como estendeu o serviço inclusive àqueles que não segurados:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

Sem distinção entre os segurados e não segurados, o processo de reabilitação e habilitação profissional foi disciplinado no art. 89,

caput, da Lei nº 8.213 de 1991, inclusive com o fornecimento, quando indispensável para seu desenvolvimento, de recursos materiais necessários ao programa, incluindo próteses, órteses, instrumentos de trabalho, implementos profissionais, auxílio-transporte e auxílio-alimentação.

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

Parágrafo único. A reabilitação profissional compreende:

- a) o fornecimento de aparelho de prótese, órtese e instrumentos de auxílio para locomoção quando a perda ou redução da capacidade funcional puder ser atenuada por seu uso e dos equipamentos necessários à habilitação e reabilitação social e profissional;
- b) a reparação ou a substituição dos aparelhos mencionados no inciso anterior, desgastados pelo uso normal ou por ocorrência estranha à vontade do beneficiário;
- c) o transporte do acidentado do trabalho, quando necessário.

Seguindo a mesma ordem, o direito à reabilitação e habilitação profissional independente de contribuição previdenciária foi consagrado no *caput* do art. 136 presente no Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048 de 1999), nos seguintes termos:

Art. 136. A assistência (re)educativa e de (re)adaptação profissional, instituída sob a denominação genérica de habilitação e reabilitação profissional, visa proporcionar aos beneficiários, incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independentemente de carência, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios indicados para proporcionar o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem.

Ainda, o Regulamento de Previdência Social estabeleceu as diretrizes básicas do procedimento, na medida em que o art. 137 detalha quatro funções do processo de reabilitação e habilitação profissional:

Art. 137. O processo de habilitação e de reabilitação profissional do beneficiário será desenvolvido por meio das funções básicas de:

I - avaliação do potencial laborativo;

II - orientação e acompanhamento da programação profissional;

III - articulação com a comunidade, inclusive mediante a celebração de convênio para reabilitação física restrita a segurados que cumpriram os pressupostos de elegibilidade ao programa de reabilitação profissional, com vistas ao reingresso no mercado de trabalho; e

IV - acompanhamento e pesquisa da fixação no mercado de trabalho.

§ 1º A execução das funções de que trata o caput dar-se-á, preferencialmente, mediante o trabalho de equipe multiprofissional especializada em medicina, serviço social, psicologia, sociologia, fisioterapia, terapia ocupacional e outras afins ao processo, sempre que possível na localidade do domicílio do beneficiário, ressalvadas as situações excepcionais em que este terá direito à reabilitação profissional fora dela.

Por fim, no ano de 2011 foi publicada pela Diretoria de Saúde do Trabalhador (DIRSAT/INSS) o primeiro Manual Técnico de Procedimento da Reabilitação Profissional (Despacho Decisório nº2/DIRSAT/INSS, de 24 de novembro de 2011), que apresenta diretrizes e detalha o processo de reabilitação, com o intuito de uniformizar as rotinas e procedimentos para os servidores, atribuições e organização. Subsidiariamente, a Instrução Normativa da Previdência nº 77 de 2015 também trata do serviço e determina regras e parâmetros nos arts. 401 a 406.

3. CONCEITO DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

Na obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (1974, p. 203) nos ensina que “a igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis”.

De igual modo, Cappelletti *apud* Silva (1993) já dizia que “está bem claro hoje que tratar ‘como igual’ a sujeitos que economicamente e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça”.

Não é novidade que inúmeros são os desafios do mercado de trabalho. Com o intuito de concretizar uma real igualdade, o art. 93 da Lei nº 8.213/1991, bem como o art. 141 do Decreto nº 3.048/1999, tentam proporcionar aos desiguais uma chance ao menos próxima de um “igual” através de uma política afirmativa, estabelecendo a obrigatoria contratação por parte das empresas com cem ou mais funcionários de uma porcentagem que varia entre 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de suas vagas de trabalho com pessoas oriundas do programa de reabilitação profissional ou portadoras de deficiência.

Esta determinação legal visa a concretização do direito à igualdade material de condições reais de competição no mercado de trabalho, pois não bastam o tratamento médico, o custeio de próteses, órteses, transporte e treinamentos, sem que exista uma obrigação legal para que empresas contratem ou recontratem pessoas com sequelas funcionais, uma vez que a economia capitalista, o arcabouço jurídico de proteção ao trabalhador e o preconceito existente na sociedade não permitem tratamento igualitário entre uma pessoa saudável e outra com limitações funcionais.

Além disso, os referidos diplomas proíbem a dispensa discriminatória quando determinam que um profissional contratado oriundo do programa de reabilitação profissional ou portador de deficiência, após o prazo de experiência, só possa ser dispensado se seu cargo

for ocupado por outra pessoa reabilitada ou habilitada. Nesse sentido, o programa de reabilitação profissional deve ser visto como um instrumento de inclusão social através do direito ao trabalho.

A reabilitação profissional é um serviço da previdência social prestado pelo INSS com a finalidade de proporcionar aos segurados e aos seus dependentes a possibilidade de reeducação e/ou readaptação profissional, com o conseqüente (re)ingresso no mercado de trabalho daqueles que por motivo de doença ou por acidente, perdem a capacidade para a sua atividade laborativa habitual.

Já para as pessoas com deficiência (PCD) e seus dependentes, a CF/88 assegura o direito a habilitação profissional com o intuito de inseri-los no mercado de trabalho pela primeira vez, sendo essa a única diferença conceitual entre os programas.

A legislação prioriza o atendimento aos segurados em condição de incapacidade temporária, bem como garante atenção especial a aposentados e pensionistas, conforme previsto no art. 88, § 1º da Lei nº 8.213 de 1991 e nos arts. 389 e 400 da Instrução Normativa nº 77/15, da seguinte forma:

- a) O segurado em gozo de benefício por incapacidade temporária;
- b) O segurado incapaz para o trabalho e sem carência para a concessão de benefício por incapacidade;
- c) O segurado em gozo de benefício de aposentadoria por invalidez;
- d) O segurado em gozo de benefício de aposentadoria especial, por idade ou por tempo de contribuição, que na condição de segurado, tenha sofrido redução de sua capacidade laboral;
- e) O dependente do segurado; e
- f) As pessoas portadoras de deficiência não seguradas.

O segurado em gozo de auxílio-doença terá prioridade de atendimento no programa de reabilitação profissional e durante o processo é assegurada a percepção do benefício, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.213/91:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Desta forma, ao final do processo de reabilitação profissional, o reabilitando passará novamente por uma equipe multidisciplinar que determinará a cessação do benefício por incapacidade desde que seja constatada a aptidão e possibilidade para exercer a nova atividade e garantir seu sustento, ou, se ainda assim não for considerado apto, terá o benefício convertido em aposentadoria por invalidez.

A participação por parte dos segurados e seus dependentes no programa de reabilitação e habilitação, quando sugerida pelo INSS, não é opcional, sob pena de suspensão do pagamento do benefício diferente do caso das pessoas portadoras de deficiência, que além de não ser obrigatória sua inclusão no programa depende das possibilidades do serviço:

Art. 101. O segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão obrigados, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Portanto, assegurada a disponibilidade e respeitadas as prioridades, os serviços de reabilitação e habilitação profissional são destinados inclusive àqueles que não são segurados no inciso IV do art. 203 da CF/88, inclusive com o fornecimento, quando indispensável para seu desenvolvimento, de recursos materiais necessários para o programa – incluindo próteses, órteses, instru-

mentos de trabalho, implementos profissionais, auxílio-transporte e auxílio-alimentação.

De forma brilhante, Maeno, Takahashi e Lima (2009) definem a reabilitação profissional como uma intervenção estruturada que tem por objetivo reduzir e superar as limitações funcionais, emocionais e sociais, intervindo no estabelecimento da capacidade para o trabalho e possibilitando aos profissionais reabilitados os meios necessários para o retorno à um trabalho compatível e saudável.

4. PROCEDIMENTO DA REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

O procedimento da reabilitação profissional está disciplinado no art.137 do Decreto nº 3.048 de 1999 e no art. 401 da Instrução Normativa da Previdência Social nº 77 de 2015.

O Manual Técnico de Procedimentos da área de reabilitação profissional do INSS de 2018 detalha as atribuições dos profissionais envolvidos no Programa de Reabilitação Profissional (PRP), bem como traz diretrizes quanto a sua realização. Nesse sentido, atribui ao programa quatro funções básicas:

1 - Avaliação do potencial laboral: objetiva definir a real capacidade de retorno de segurados ao trabalho. Consiste na análise global dos seguintes aspectos: perdas funcionais, funções que se mantiveram conservadas, potencialidades e prognósticos para o retorno ao trabalho, habilidades e aptidões, potencial para aprendizagem, experiências profissionais e situação empregatícia, nível de escolaridade, faixa etária, e mercado de trabalho;

2 - Orientação e acompanhamento do programa profissional: consiste na condução do reabilitando para a requalificação profissional em uma nova função/atividade a ser exercida no mercado de trabalho e deve considerar os seguintes elementos básicos: conhecimento de seu potencial laboral, requisitos necessários ao exercício das profissões e oportunidades oferecidas pelo mercado de trabalho. O planejamento e a preparação profissional devem ser realizados mediante

a utilização de recursos disponíveis na comunidade, preferencialmente, como: cursos, treinamentos e outros;

3 - Articulação com a comunidade para parcerias, convênios e outros: visa o reingresso do segurado no mercado de trabalho e ao levantamento de tendências e oportunidades oferecidas, preferencialmente, na localidade de domicílio do reabilitando.

4 - Pesquisa da fixação no mercado de trabalho: consiste no conjunto de informações para constatar a efetividade do processo reabilitatório e fornecimento de dados que realemtem o sistema gerencial visando à melhoria do serviço.

O programa é realizado de forma descentralizada nas Agências da Previdência Social (APS) e a equipe de reabilitação profissional é constituída pelo Perito Médico e pelo Profissional de Referência, que tem por atribuições a promoção e acompanhamento do reabilitando durante as quatro funções do serviço.

O Profissional de Referência é o servidor do INSS com formação em áreas afins ao processo de reabilitação profissional, como: serviço social, psicologia, sociologia, fisioterapia, terapia ocupacional ou pedagogia. O profissional atua em conjunto com o Perito Médico nas diversas fases do processo de reabilitação profissional, orientando e acompanhando os segurados encaminhados ao Serviço.

Os critérios de elegibilidade são elementos de apoio à decisão médico-pericial e, dessa forma, não devem ser considerados isoladamente sem análise de outros fatores que favoreçam ou desfavoreçam tal encaminhamento. Todos os fatores que influenciem o encaminhamento e/ou elegibilidade devem ser correlacionados.

O procedimento deve ser feito sempre com o intuito de proporcionar àqueles que involuntariamente, em razão de doença ou de acidente, estão impedidos de realizar as atividades laborativa que exerciam, oferecendo condições para que o reabilitado seja (re)inserido no mercado de trabalho através do aprendizado de uma nova atividade que lhe garanta sustento.

Ocorre que, na realidade, o percurso de retorno ao trabalho é cercado de burocracias e dificuldades ao trabalhador, tensionados pela dicotomia empregador *versus* INSS em seus jogos de poder quanto a responsabilidade de propiciar uma nova atividade ao trabalhador, com o intuito de desonerar o Estado do pagamento de benefício previdenciário.

Umas das questões mais importantes quando da avaliação do potencial laboral diz respeito a existência ou não de vínculo empregatício do segurado, bem como características de sua empregadora.

A lei, segundo o art. 140, § 1º, presente no Decreto nº 3.048/99, não obriga o INSS a garantir a (re)inserção do reabilitado no mercado de trabalho; todavia, determina em seu § 3º a obrigatoriedade do acompanhamento e a pesquisa de que trata o inciso IV do art. 137, com a finalidade de comprovar efetividade do processo de reabilitação profissional.

Portanto, se a legislação não prevê a obrigatoriedade de reinserção do reabilitado no mercado de trabalho e lhe possibilita apenas a chance, o seu resultado é parcial e incompleto. Maeno e Vilela (2010) sintetizam o modo como o processo de reabilitação vem sendo realizado praticamente a cargo dos empregadores, já que o INSS transfere sua obrigação, pouco contribuindo no processo de reabilitação:

Seus procedimentos restringem-se à homologação de um processo precário de readaptação que não fica sob a coordenação geral do INSS, mas sim a cargo da empresa do vínculo, com pouca interferência do Estado. Não há sequer um programa de reabilitação profissional traçado por esses orientadores profissionais para cada caso. Com frequência, seus procedimentos restringem-se a entrevistar o reabilitando e a encaminhá-lo à perícia do órgão, solicitando à empresa do vínculo informações sobre o cargo a ser oferecido. (MAENO e VILELA, 2010, p. 91)

Conforme o exposto, entendemos que o processo de reabilitação deve ao menos proporcionar condições reais de efetivo retorno ao mercado de trabalho, independentemente da existência ou não de vínculo empregatício e da natureza do benefício que deu origem ao afastamento, sob pena de criar uma categoria de improdutivos.

Isso significa que o INSS deverá avaliar minuciosamente a possibilidade do indivíduo que perdeu a capacidade laborativa para sua função se terá, ao final do processo, de reais condições de emprego na futura atividade profissional como forma do efetivo cumprimento do princípio da igualdade.

O objetivo da pesquisa de fixação no mercado de trabalho, realizada cerca de 18 meses após a emissão de certificado e desligamento do segurado/beneficiário do programa, é constatar a efetividade do processo e possibilitar a adoção de medidas em razão de distorções. Nesse mesmo sentido, devem ser apresentados relatórios anuais sobre a manutenção ou não do segurado/beneficiário, para acompanhamento de dados regionais, tais como outras ferramentas gerenciais descritas no Manual Técnico do INSS.

Contudo, apesar das diversas intervenções junto ao INSS, jamais tivemos acesso às pesquisas de fixação no mercado de trabalho ou qualquer outra ferramenta gerencial, demonstrando que os processos vêm sendo realizados exclusivamente com o intuito de desligar o segurado do benefício por incapacidade. Ou seja, o programa de reabilitação profissional como vem sendo realizado não atende sequer as suas quatro funções básicas, à medida que as pesquisas de fixação não são apresentadas.

4.1 Requisitos formais para o ingresso ao programa de reabilitação profissional e estatísticas

O alvo da proteção legal do programa de reabilitação profissional é o indivíduo que perdeu a capacidade laborativa para a atividade que realizava. Já a finalidade da reabilitação profissional promovida

pelo INSS é alcançar a reinserção no mercado de trabalho daquele indivíduo que em razão de acidente ou doença, é portador de seqüela parcialmente incapacitante.

Nem todos os cidadãos brasileiros são elegíveis para reabilitação. Fatores como idade, escolaridade, existência ou não de vínculo empregatício, adaptação ao benefício por incapacidade, proximidade de centros de reabilitação e possibilidade de convênio com empresas e serviços técnicos devem ser considerados além das restrições médicas.

Para alcançar tal objetivo, a Autarquia conta com uma equipe multiprofissional que tem o dever de analisar prudentemente cada candidato ao ingresso no programa de reabilitação. Esta avaliação deveria levar em consideração a limitação física do indivíduo, capacidade residual, habilidades, condições psicológicas, sociais e intelectuais, bem como o meio onde vive.

Para que esta avaliação seja completa, a equipe multidisciplinar – formada por médicos, assistentes sociais, psicólogos, sociólogos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais e outros profissionais – deve analisar conjuntamente a capacidade laborativa residual, assim como supervisionar o acompanhamento e reavaliação dentro do programa profissional.

Esta equipe multidisciplinar avaliará as reais possibilidades de readaptação daquela pessoa em uma função diversa da exercida antes de ser acometido pela doença ou acidente que causou a perda da capacidade laborativa para a função anterior. Ainda, deve avaliar se a escolaridade, a idade e o meio onde o indivíduo vive permitem que ele se qualifique profissionalmente para outra função e, ainda, se ele se tornará apto a garantir sua subsistência por meio do trabalho.

Para a concretização do programa são concedidos os auxílios materiais quando necessário, que incluem aparelhos de prótese e órtese para atenuar a perda ou a redução da capacidade funcional. Após o encaminhamento pela APS às Equipes Técnicas de Reabili-

tação Profissional, os segurados e/ou beneficiários são registrados e submetidos a avaliação inicial do potencial laborativo residual, que deve ser multidisciplinar e apurar: capacidade física e psíquica, eventuais efeitos colaterais de medicação usado pelo candidato; contraindicações, limitações físicas e sociais ao trabalho; situação empregatícia e condições para a readaptação na empresa de vínculo (troca de função ou atividade); escolaridade, experiências prévias profissionais e potencialidades que possam ser desenvolvidas (habilidades e aptidões que o indivíduo possui); faixa etária; e valor do benefício ou último salário.

Tais informações são imprescindíveis para a definição da elegibilidade ou não ao programa, bem como a possibilidade de retorno imediato ao trabalho. Conforme exposto por Savaris (2011), concluída a avaliação, os segurados/beneficiários são segmentados em três grandes grupos: de retorno imediato ao trabalho, inelegíveis ou elegíveis.

O grupo de Retorno Imediato ao Trabalho é caracterizado pelos segurados que, após a avaliação, verifica-se não necessitarem de reabilitação profissional por reunirem condições físicas compatíveis com o desempenho de suas atividades habituais, sendo encaminhados ao retorno ao trabalho (SAVARIS, 2011).

Já o grupo dos Inelegíveis conta com indivíduos que não reúnem condições biopsicossociais de se submeter ao programa, temporária ou definitivamente, e há manutenção do benefício por incapacidade (SAVARIS, 2011).

Por fim, o grupo dos Elegíveis reúne as pessoas que, após a avaliação, embora com limitação da capacidade laborativa, apresentam condições de se submeter ao PRP, com o objetivo de retorno ao trabalho, seja na mesma função ou em outra, sendo estes os encaminhados ao PRP (SAVARIS, 2011).

Segundo informações contidas no site do INSS, em 2017, a quantidade de indivíduos registrados nos serviços de reabilitação profissional atingiu 57.360 pessoas, o que correspondeu a um

acréscimo de 23,9% em relação ao ano anterior. Do grupo que teve a avaliação do potencial residual de trabalho concluída, 10% retornou ao trabalho imediatamente, 18,9% foi considerado inelegível e 70,2% elegível para participar da reabilitação. Cerca de 17.092 pessoas foram reabilitadas, o que correspondeu a um decréscimo de 4,6%, quando comparado ao ano anterior. A média mensal de reabilitandos no programa aumentou 5,4% no ano e o valor dos recursos materiais aumentou 16,1% no período.

5. DAEFETIVIDADE DO PROCESSO DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

Em 2014, considerando a ineficácia dos processos de reabilitação profissional, a Diretoria de Saúde do Trabalhador do INSS (DIRSAT-INSS) – criada pelo Decreto nº6.934/09 – reuniu, por meio de uma consulta pública, contribuições de pesquisadores e da sociedade para a construção coletiva de um modelo de reabilitação profissional integrado e intersetorial.

Com o referido movimento, houve um rompimento das concepções e princípios que regem o serviço de reabilitação profissional e tais avanços foram inseridos no Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional (BRASIL, 2018b), atualizado em 2016 pelos despachos decisórios nº 2/DIRSAT/INSS de 24 de novembro de 2011, nº1/DIRSAT/INSS de 19 de abril de 2016 e nº 2/DIRSAT/INSS de 12 de maio de 2016 (MIRANDA, 2018).

Um modelo inovador de reabilitação foi traçado, considerando que a capacidade para o trabalho ultrapassa a limitação funcional ou a deficiência física ou mental, evoluindo questões como: escolaridade; idade; sexo; orientação sexual e identidade sexual; raça; qualificação profissional; tipo de atividade a ser desenvolvida; apoio familiar e social; recursos psicológicos individuais e recursos materiais, e que são decisivos para o êxito de uma (re)inserção no mercado de trabalho.

Entretanto, no intuito de fortalecer o debate e desenvolvimento de um serviço integral e intersetorial para o Programa de Reabilitação Profissional do INSS, tais medidas progressistas foram revogadas com a publicação da atualização do “Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional”, em fevereiro de 2018, em razão do cenário político e econômico do país.

Portanto, os esforços realizados para a introdução dessas mudanças conceituais não foram capazes de romper com a macroestrutura hierárquica de ordem cultural, histórica e conceitual do INSS, em que se verifica um distanciamento cada vez maior do papel da Previdência Social dos pressupostos da Seguridade Social (MIRANDA, 2018).

Compartilhamos com Poersch e Merlo (2017) que a experiência do afastamento evidencia um rompimento, e o retorno às atividades é o retorno do poder de agir, de transformar por meio do trabalho, como forma do cidadão garantir seu sustento e de sua família. O retorno ao trabalho compatível é sim um direito de todo cidadão, que além de toda previsão nas normas previdenciárias citadas ao longo deste trabalho, encontra fundamento aos direitos sociais previstos no art. 6º da CF/88.

Os estudos de pesquisa de Poersch e Merlo (2017), bem como de Soares e Wagner (2017), analisaram os resultados de vivências de reabilitados dentro de dois hospitais e relataram dificuldades e limitações do programa tal qual vem sendo realizado pelo INSS.

Conforme análise crítica feita por Simonelli et al. (2010), percebe-se que, de forma abstrata e solitária, o médico perito é quem define a concessão do benefício ao segurado e seu futuro profissional, de modo que as limitações do trabalhador são analisadas a partir de uma avaliação parcial da incapacidade, deixando de considerar a relação homem-trabalho, os atributos da pessoa, o contexto ambiental e de trabalho onde ela está inserida ao se pensar no retorno ao trabalho.

Um dos maiores desafios do processo de reabilitação diz respeito à construção de um consenso sobre as concepções de saúde, inca-

pacidade, reabilitação psicossocial e profissional, dada a relevância das questões sociopolíticas que deveriam ser avaliadas (MAENO e VILELA,2010).

Somado a ausência de critérios técnicos para a avaliação do potencial laborativo através de uma análise integrativa do indivíduo, os médicos peritos utilizam como ferramenta operacional a busca insana por segurados simuladores, aqueles que não estariam socialmente legitimados a não trabalhar, em última análise, fraudadores do sistema. Deveriam ser avaliadas questões sociopolíticas da incapacidade, quando somente os agravantes físicos são considerados.

Savaris (2011) ressalta a importância de que todas as condições sociais do segurado sejam avaliadas, argumentando que de nada adiantaria a um trabalhador a existência de capacidade residual para o exercício de atividades que não dependam de esforço físico, quando ele ao longo de sua vida laboral sempre trabalhou em atividades braçais, além de possuir idade avançada e reduzido nível de escolaridade.

Além de tais parâmetros, Koehler (2016) lembra que deve ser avaliada a real possibilidade de reinserção do trabalhador no mercado de trabalho efetivamente disponível para o segurado, levando-se em conta, além da doença que lhe acometeu, a idade, o grau de instrução, bem como a época e local em que vive. Esse entendimento inclusive já foi sumulado³ pela Turma Nacional de Uniformização (TNU):

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. PERDA AUDITIVA BILATERAL. INCAPACIDADE PARCIAL. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES SOCIAIS E PESSOAIS. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SÚMULA 47 TNU. INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO PARA RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA. QUESTÃO DE ORDEM 38/TNU. (...)6. A

³ Súmula 47:Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez.

jurisprudência deste Colegiado é pacífica no sentido de que, havendo incapacidade parcial, devem ser analisadas em conjunto com as condições sociais e pessoais do requerente, para fins de eventual concessão do benefício – Súmula 47/TNU. (...) Considerando o que consta do laudo, entendo que o(a) autor(a), agricultora, que desenvolve suas atividades sozinhas, conforme consta da entrevista rural, não tem condições de continuar se dedicando às atividades campesinas. Por outro lado, não parece viável a reabilitação da promovente, uma vez que se trata de agricultora, sendo presumível a baixa escolaridade, 47 anos e residente em zona rural. Desse modo, a parte autora faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez a partir da DER. (...) 8. A meu ver, com razão a recorrente, pois o laudo pericial apontou a existência de incapacidade para o trabalho habitual, sem prognóstico de recuperação, tendo a sentença concedido o benefício após análise do contexto social e pessoal, conforme entendimento deste Colegiado. 9. Incidente conhecido e provido para restabelecimento da sentença monocrática, pois em consonância com a Súmula 47/TNU. Questão de Ordem 38/TNU. (PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL 05000633320144058202, JUÍZA FEDERAL ANGELA CRISTINA MONTEIRO, DOU 09/10/2015 PÁGINAS 117/255.)

Atento a necessidade de serem consideradas as condições pessoais do segurado, no mesmo sentido, é o entendimento jurisprudencial:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS. INVIABILIDADE DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. 1. Quatro são os requisitos para a concessão do benefício em tela: (a) qualidade de segurado do requerente; (b) cumprimento da carência de 12 contribuições mensais; (c) superveniência de moléstia incapacitante para o desenvolvimento de qualquer atividade que garanta a subsistência; e (d) caráter definitivo da incapacidade. 2. Hipótese em que, embora parcial a incapacidade, foi reconhecida a remota chance de reabilitação da autora para outra atividade, pois já conta 56 anos de idade, possui baixo grau

de instrução e desenvolveu, por muitos anos, atividades braçais (empregada doméstica).

(TRF-4 - AC: 50234065920184049999 5023406-59.2018.4.04.9999, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 12/12/2018, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC)

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA - BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE DE DESEMPENHAR FUNÇÃO QUE EXIJA ESFORÇO FÍSICO OU DESCOLOCAMENTO - TRABALHADOR SEM CONDIÇÕES DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL DADAS AS SUAS PECULIARIDADES TUTELA ANTECIPADA ARTIGO 273, DO CPC RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Para a concessão do benefício da aposentadoria por invalidez, faz-se mister que o segurado preencha os requisitos elencados na Lei n.º 8.213/91, quais sejam, a condição de segurado, o recolhimento de doze contribuições mensais e a incapacidade definitiva e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Se as provas constantes dos autos evidenciam que o acidentado restou incapacitado para o exercício da atividade que desempenhava, fato que o impede de continuar no mercado de trabalho no desempenho de atividades que exijam esforço físico, o benefício da aposentadoria por invalidez deve ser concedido, tendo em vista que ele não reúne condições para desenvolver outra atividade. Deve ser concedida a tutela antecipada sempre que presentes os requisitos elencados no artigo 273, do CPC. Recurso conhecido e não provido.

(TJ-MS - APL: 00021986820088120018 MS 0002198-68.2008.8.12.0018, Relator: Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Data de Julgamento: 27/05/2014, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/07/2014)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERDA DA MOBILIDADE NA MÃO DIREITA. TRABALHADOR BRAÇAL. INCAPACIDADE LABORAL. IMPOSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. REQUISITOS OBJETIVOS ECIR-

CUNSTÂNCIAS PESSOAIS.AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O magistrado, na verificação dos requisitos para a concessão de aposentadoria por invalidez, não está adstrito aos requisitos previstos no art. 42 da Lei 8.213/91, devendo analisar, também os aspectos sócio-econômicos, profissionais e culturais do segurado, para fins de aferição de sua incapacidade laboral. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no AgRg no Ag: 691979 MS 2005/0114697-1, Relator: Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), Data de Julgamento: 06/11/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2012)

Na contramão do que vêm decidindo os tribunais, o caminho para iniciar o desenvolvimento de um serviço de reabilitação profissional torna-se uma trajetória árdua, baseado na lógica economicista do sistema previdenciário brasileiro, em que privilegia a restrição de benefícios em detrimento da garantia de direitos constitucionalmente adquiridos.

A reabilitação profissional deveria ser tratada como um recurso público de auxílio e qualificação aos trabalhadores incapacitados para o exercício de suas atividades, sendo transformada em “cuidado”, acolhimento e atenção, cumprindo seu papel de inclusão social, deixando de ser vista como condição necessária para a manutenção de benefícios por incapacidade, em uma lógica punitiva aos interesses dos segurados (SANTOS e LOPES, 2015).

Constata-se que, conforme vem sendo realizados os processos de reabilitação, delega-se, quando não à sua empregadora, ao próprio trabalhador a tarefa de traçar um novo caminho profissional – isso após consolidada a redução de sua capacidade laboral e largos períodos de afastamento do mercado de trabalho.

É necessário pensar a reabilitação para além do que é feito no programa da Previdência Social e considerá-la um processo dinâmico de atendimento global ao trabalhador, como meio de inclusão social

que faz parte das conquistas de um estado de bem-estar social (SOARES e WAGNER, 2012). Nesse sentido, há que se traçar diretrizes claras por parte do Estado, através da Previdência Social, assumindo seu papel de protagonista e responsável pelo êxito deste processo.

Entretanto, contrariando tais necessidades, desde o final de 2018 o INSS tem revogado as medidas que representaram avanços na reabilitação profissional, que resulta em verdadeiro retrocesso neste serviço previdenciário (MIRANDA, 2018).

Com o fenômeno da privatização dos direitos sociais é cada vez maior o distanciamento das políticas do INSS com a concepção de Seguridade Social e uma aproximação íntima com a concepção de previdência social como seguro, obtendo as mesmas características das seguradoras privadas (TEIXEIRA, 2006).

Vive-se um tempo em que os direitos sociais vêm sendo mitigados em nome da política fiscal do país, a qual vem sendo utilizada como justificativa para o encolhimento do Estado e consequente privatização do papel do Estado Social.

6. CONCLUSÃO

O serviço da reabilitação e habilitação profissional nada mais é do que uma política afirmativa do Estado com o objetivo de garantir ao cidadão o direito ao trabalho digno e compatível com suas restrições. Todavia, desde 2018, o programa vem sendo reduzido em razão do contexto político e econômico que vivemos.

Entendemos que, se o programa de reabilitação profissional fosse realizado nos ditames da legislação e inclusive respeitasse o prescrito na instrução normativa do INSS e seu próprio manual de procedimento, atualizado pelos despachos decisórios nº 2/DIRSAT/INSS de 24 de novembro de 2011, nº1/DIRSAT/INSS de 19 de abril de 2016 e nº 2/DIRSAT/INSS de 12 de maio de 2016, inúmeros seriam os benefícios para os participantes do programa e para a própria previdência social.

Ocorre que a referido manual foi revogado com a publicação da atualização do “Manual Técnico de Procedimentos da Área de Reabilitação Profissional” em fevereiro de 2018 e, desde então, o processo de reabilitação se resume a avaliação médico pericial. Assim, os limites e as possibilidades do Serviço de Reabilitação Profissional por vezes impedem àqueles que dele necessitam de alcançarem a idealizada igualdade.

O insucesso do processo de reabilitação profissional cria uma categoria de ex-segurados que apesar de terem concluído os processos de reabilitação jamais reingressam ao mercado de trabalho, deixam de contribuir para o sistema e fatalmente se tornarão beneficiários da assistência social.

Diante disso, temos que o procedimento, como vem sendo realizado, tornou-se um instrumento contábil e administrativo para a previdência social, completamente distante de seu conceito de inclusão social através do retorno ao mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

ABBR. “Histórico”. **Associação Brasileira Beneficente de Reabilitação**. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2FITvxQ>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino (Org.). Comentários às Sumulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAENO, Maria; TAKAHASHI, Maria Alice; LIMA, Mônica. Reabilitação profissional como política de inclusão social. **Acta Fisiátrica**, v. 16, n. 2, p. 53-58, jun. 2009.

MAENO, Maria; VILELA, Rodolfo Andrade de Gouveia. Reabilitação profissional no Brasil: elementos para a construção de uma política pública. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 35, n. 121, p. 87-99, 2010.

MIRANDA, Cristiano Barreto de. Aspectos do cenário atual da reabilitação profissional no Brasil: avanços e retrocessos. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 34, n. 8, 2018.

POERSCH, Ana Luisa; MERLO, Álvaro Roberto Crespo. (2017). Reabilitação profissional e retorno ao trabalho: uma aposta de intervenção. **Psicologia & Sociedade**, v. 29, 2017.

SANTOS, Geovana de Souza Henrique dos Santos; LOPES, Roseli Esquerdo. A (in)elegibilidade de trabalhadores encaminhados ao Programa de Reabilitação Profissional do INSS. **Revista Katálysis**, 18, jul./dez. 2015.

SAVARIS, José Antônio (coord.). **Curso de perícia judicial previdenciária: noções elementares para a comunidade médico-jurídica**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1993.

SIMONELLI, Ângela Paula; et. al. Proposta de articulação entre abordagens metodológicas para melhoria do processo de reabilitação profissional. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 35, n. 121, p. 64-73, jun. 2010.

SOARES, Lúcia Vieira; WAGNER, Luciane Carniel. Reabilitação profissional: vivências de funcionários com limitações físicas e psicossociais em um hospital universitário. **Psicologia & Sociedade**, v. 29, 2017.

TEIXEIRA, Andrea Maria de Paula. **Previdência Social no Brasil**: da revolução passiva à contra reforma. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

O DIREITO À INATIVAÇÃO PRECOCE SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Almir Reis¹

1. INTRODUÇÃO

Até o final do século XX, o modelo previdenciário do Brasil significava uma vida segura e tranquila no futuro. No entanto, em razão de múltiplos fatores, tornou-se um grande problema para os orçamentos públicos.

Com intuito de minimizar déficits bilionários, o legislador – sobretudo ao longo dos últimos 20 (vinte) anos - vem alterando de forma substancial as regras que permitem o acesso à inatividade remunerada, tornando mais rigorosos os requisitos.

E o Brasil não está sozinho. Durante as duas últimas décadas vários países, desenvolvidos e em desenvolvimento, reformaram seu sistema previdenciário. Os possíveis motivos para estas reformas foram a evolução demográfica (expectativa de vida crescente e taxa decrescente de fertilidade), resultando em déficits acentuados. Em 2019, como consequência, o Brasil promoveu a mudança mais significativa no seu sistema previdenciário desde a Constituição de 1988.

Durante a tramitação da Reforma da Previdência foram apresentados números que demonstravam o desafio existente para a sustentabilidade do sistema, decorrente, supostamente, de regras generosas para uma casta de privilegiados que levaria a grandes défi-

¹ Advogado especialista em Direito Previdenciário, certificado pelo Instituto de Certificação dos Profissionais de Seguridade Social, Diretor de Atuação Judicial do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, Diretor de Relações Institucionais da AAPREV, Palestrante e Professor.

cits orçamentários²e, conseqüentemente, em crescente desigualdade na distribuição de renda³. Essas ameaças e desafios levantaram a seguinte questão: como o Brasil poderia melhorar a sustentabilidade do sistema sem descuidar da proteção social, garantindo aposentadorias precoces em situações excepcionais e, ainda, tendo como foco a dignidade da pessoa humana?

Os projetistas de sistemas de aposentadoria tem a opção de ter um sistema obrigatório ou voluntário, gerenciado de forma pública ou privada. Combinando as análises dos prós e contras das várias opções de estruturação de um sistema previdenciário discute-se o modelobrasileiro no tocante às aposentadorias precoces tendo como norte a dignidade de pessoa humana.

2. APOSENTADORIA ESPECIAL

Cuida-se de benefício direcionado aos segurados que trabalharam em atividades que expunham sua saúde ou integridade física aos riscos oriundos do trabalho. Funciona como uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à sua saúde ou integridade física.

A CF/88 expressamente veda a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de benefícios previdenciários, porém ressalva a situação dos segurados que exerçam atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física e, ainda, quanto aos segurados portadores de deficiência.

Registre-se que a partir de 13.11.2019, com o advento da EC 103/2019, a Carta Magna deixou de proteger expressamente os segurados expostos a situações potencialmente prejudiciais à

² FERNANDES, Reynaldo *et al.* **Reforma da previdência: sustentabilidade e justiça atuarial**. Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

³ SAWAIA, Bader. **As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social**. Editora Vozes Limitada, 2017.

integridade física, reduzindo substancialmente o público-alvo da aposentadoria especial.

Registre-se que antes da alteração introduzida pela EC 103/2019 tal espécie de aposentadoria independia do preenchimento de uma idade mínima como requisito para acesso ao benefício, o que será alvo de denso estudo no presente trabalho tendo como foco as inativações precoces decorrentes de atividades prejudiciais à saúde e/ou integridade física.

2.1. Evolução Histórica e Requisitos

A aposentadoria especial foi criada pelo art. 31 da Lei nº 3.807/60⁴ – Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), beneficiando os segurados que, tendo, ao menos, 50 anos de idade e 15 anos de contribuição, houvessem trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, conforme a atividade profissional, em atividades nocivas à saúde.

Posteriormente, por meio do art. 1º da Lei nº 5.440-A⁵, de 23 de maio de 1968, foi suprimida a exigência de idade mínima para obtenção da Aposentadoria Especial, situação essa que perdurou até o advento da EC 103/2019, que novamente institui a figura da idade mínima na regra definitiva.

A supressão da idade mínima ainda na década de 1960 constituiu um marco importante no estudo desse instituto. Isso porque a fixação de idade mínima funcionava como um limitador, pois ninguém podia se aposentar antes de completar cinquenta anos mesmo com a comprovação do tempo mínimo em atividades nocivas à saúde e/ou integridade física.

⁴ Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

⁵ Art. 1º. No artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social) suprima-se a expressão 50 (cinquenta) anos de idade.

Elencando as atividades tidas como especiais vieram os Decreto nº 53.831, de 25.03.1964 e o Decreto nº 83.080, de 24.01.1979 e, a partir da edição da Lei 6.887/80, passou-se a admitir a conversão do tempo da atividade especial para fins de aposentadoria de qualquer espécie.

Com o advento da CF/88, a Ordem Social ganhou um título próprio e a Previdência Social específica seção, na qual o legislador constituinte disciplinou, de forma minuciosa, as diretrizes que passariam a reger o direito infraconstitucional em matéria previdenciária.

Assim, já nos arts. 201 e 202, o legislador indicou a forma de organização e custeio da Previdência Social, o alcance de sua cobertura (eventos como doença, invalidez, morte, tempo, idade e infortúnios outros). Não descuidou na adoção de critérios que guardassem o princípio da isonomia, no trato com segurados em mesmas condições, ressaltando os casos de exercício de atividades especiais, capazes de prejudicar a saúde ou a integridade física dos trabalhadores.

Em 24.07.1991, a lei nº 8.213/1991 tratou da Aposentadoria Especial nos artigos 57 e 58, com notável destaque para a expressa previsão de situações nas quais o segurado exerce, alternadamente, atividades laborativas comuns e nocivas à saúde. Este ponto específico foi alvo de relevantes discussões, principalmente a partir da edição da Lei nº 9.032/1995.

Na redação original da Lei nº 8.213/1991, o § 3º do artigo 57 previa, *ipsis litteris*:

“O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício”.

A seguir, no art. 58 (redação original)⁶, o legislador estabeleceu que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde, ou à integridade física, seria objeto de lei específica. Enquanto não fosse editada a referida lei, continuariam a ser utilizados os anexos do Decreto nº 53.831/1964 e do Decreto nº 83.080/1979, consoante restou fixado nas disposições transitórias da Lei 8.213/91.

A situação perdurou até 28.04.1995, quando a Lei nº 9.032 modificou a redação do citado dispositivo, permitindo, somente, a conversão de tempo especial para comum. Portanto, para aqueles segurados que tivessem exercido atividades, ora especiais, ora comuns, só seria possível a conversão do tempo especial para o comum, obtendo a então nominada aposentadoria por tempo de serviço normal. Também por meio deste diploma legal restou proibido que o beneficiário de Aposentadoria Especial continuasse ou retornasse ao exercício de atividades nocivas à saúde.

Desse momento em diante, tiveram início as discussões entre segurados e Administração em torno da adequada disciplina jurídica que deveria reger o exercício das atividades nocivas. Principalmente porque a alteração legislativa deixou de lado o enquadramento em função da atividade profissional, passando a exigir a efetiva submissão do trabalhador aos agentes nocivos, consoante se depreende do art. 57, §4º, da Lei 8.213/91⁷, com a redação dada pela Lei 9.032/95.

Em que pese o dissenso, a verdade é que, sob a égide da Lei nº 9.032/1995, ainda era possível fazer interpretação favorável ao segurado, uma vez que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seria objeto de lei específica, mantendo-se a legislação, até então vigente, para reger a matéria.

⁶ Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

⁷ Art. 57. (...)

§4º “O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, a exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para concessão do benefício”.

Posteriormente, em 11.10.1996, veio a Medida Provisória nº 1.523, posteriormente reeditada com o número o número 1.596-14, e que culminou com a Lei nº 9.528, de 10.12.1997, por meio da qual se promoveu nova alteração na disciplina jurídica da Aposentadoria Especial, especificamente no texto do art. 58 da Lei nº 8.213/1991.

Assim, a relação dos agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador, considerados para fins de concessão de aposentadoria por tempo especial, ficou na dependência não mais de lei específica, e sim mera definição por ato do Poder Executivo, que regulamentou a matéria por meio do Decreto nº 2.172/1997, em seu no anexo IV, trazendo a nova classificação dos agentes nocivos, quais sejam: agentes químicos (exemplificando algumas atividades nas quais pode haver a exposição), agentes físicos (ruído acima de 90 decibéis, vibrações, radiações ionizantes, temperaturas anormais, pressão atmosférica anormal), agentes biológicos (microorganismos e parasitas infecciosos vivos e suas toxinas), bem como, associação de agentes físicos, químicos e biológicos.

Além disso, a prova da efetiva exposição aos referidos agentes nocivos ficou condicionada a formulários emitidos pela empresa, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho, ou engenheiro de segurança do trabalho. A empresa, por sua vez, também ficou responsável pela emissão de Perfil Profissiográfico, abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador.

Finalmente, na evolução do processo relativo à concessão da Aposentadoria Especial, veio a Medida Provisória nº 1.663, de 28.05.1998, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 9.711/1998. A referida medida provisória pretendeu revogar o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991, ao dispor, no art. 28, *in verbis*:

“O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo trabalhado exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde, ou à integridade física, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei

nº 8.213 de 1991, na redação dada pelas Leis nºs 9.032 de 28.04.1995 e 9.528 de 10.12.1997 e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento”.

Porém, o Congresso Nacional rejeitou a revogação do § 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/1991, como pretendido pela MP 1.663/98, ao promover à sua conversão na Lei nº 9.711/98. Sobreveio, então, a Medida Provisória nº 1.729/1998, convertida na Lei nº 9.732, de 11.12.1998, que também introduziu alterações n Lei de Benefícios (8.213/1991), na medida em que, além de reiterar a exigência de prova da efetiva exposição aos agentes nocivos, mediante formulário, com base em laudo técnico de condições ambientais, apontou a relevância dos EPI's (equipamentos de proteção individual), capazes de reduzir a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

Visando reduzir ainda mais o público-alvo do benefício de aposentadoria especial sobreveio a criação da alíquota suplementar do SAT - Seguro de Acidentes do Trabalho, instituída pela Lei 9.732, de 11.12.1998, que passou a exigir das empresas, com empregados que pretensamente irão perceber o benefício previdenciário de aposentadoria especial, a obrigação de custear esse benefício com pagamento de contribuição previdenciária patronal adicional para cada empregado, de 6%, 9% e 12%.

Se antes as empresas emitiam facilmente os laudos técnicos, atestando a insalubridade, periculosidade ou penosidade, sem qualquer custo financeiro extra, a reação imediata dos empregadores, com a inovação legislativa que teria repercussão contábil, foi a de não mais reconhecer o direito para a imensa maioria dos trabalhadores e, assim, se eximir de arcar com o custo adicional.

Em seguida, surgiu a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, e depois, o Regulamento da Previdência, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06.05.1999. Segundo este diploma, a Aposen-

tadoria Especial será devida ao segurado que tenha trabalhado 15, 20 ou 25 anos, sujeito a condições especiais, prejudiciais à saúde ou à integridade física. Salienta, no § 1º do art. 64, que o segurado deverá comprovar a efetiva exposição aos agentes nocivos, por todo o tempo indicado no ‘caput’.

No anexo IV, do referido Decreto, consta a relação dos agentes químicos, físicos, biológicos, ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou integridade física, considerados para fins de Aposentadoria Especial. Naturalmente, as atividades de risco relacionadas aos agentes patogênicos só podem ser exemplificativas.

Da mesma forma, o são, as doenças profissionais ou do trabalho elencadas. De qualquer forma, o Decreto nº 3.048 trouxe inovações interessantes, dando maior amplitude à atividade do intérprete, pois além da correlação entre agentes patogênicos, químicos, físicos, biológicos e associados, com os trabalhos que contenham risco, foi capaz de propor uma lista na qual relaciona os agentes etiológicos, ou fatores de risco de natureza ocupacional, com as doenças, casualmente, atribuídas a eles (denominadas e codificadas segundo a CID-10).

Apresenta, também, uma lista de doenças infecciosas e parasitárias relacionadas ao trabalho. Não bastasse, classificou os agentes nocivos, atribuindo-lhes o tempo de exposição. Por último, trouxe relação de atividades preponderantes e correspondentes graus de risco.

Com o advento da Lei nº 10.666, de 08.05.2003, alargou-se o rol de trabalhadores com direito à Aposentadoria Especial, com a inclusão do cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção como pretense beneficiário.

Em 2003, por meio do Decreto nº 4.827/03, a seguir transcrito, foi dada nova redação ao artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, permitindo a conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum em relação ao trabalho prestado em qualquer período, obedecida a legislação vigente na época da prestação de serviço.

“Art. 1º O art. 70 do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 70 A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”

Essa alteração foi motivada pela decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 531.419-RS (publicado no Diário de Justiça em 08.08.2003), por sua 5ª Turma, dando provimento ao recurso especial do INSS na Ação Civil Pública (ACP) nº 2000.71.00.030435-2, que trata da aposentadoria especial, acatando a tese da ilegitimidade do Ministério Público Federal para sua propositura.

É importante ressaltar que a referida Ação Civil Pública havia sido julgada procedente em primeira e segunda instância, impondo ao INSS – com eficácia *erga omnes* em todo território nacional – as seguintes obrigações⁸:

a) processar regularmente os pedidos de aposentadoria ou outro benefício, bem como de conversão de tempo de serviço, dispensando os segurados da comprovação da efetiva exposição ao agente nocivo à saúde ou à integridade física, se ficar inequivocamente demonstrado o exercício

⁸ Parte dispositiva da sentença prolatada pela MM. Juíza Federal Maria Vasquez Duarte, nos autos da Ação Civil Pública de número 2000.71.00.030435-2.

até 28/04/95 de atividade descrita em regulamento ou lei como presumidamente nociva à saúde, independentemente da época em que foram preenchidos os requisitos para o benefício requerido;

***b)** processar regularmente os pedidos de aposentadoria ou outro benefício, bem como de conversão de tempo de serviço, dispensando os segurados de apresentação de laudo técnico em conjunto com o formulário preenchido pela empresa (SB 40 ou DSS 8030), devendo apresentar tão-somente o SB 40 ou DSS 8030 para comprovação da efetiva exposição ao agente nocivo à saúde ou à integridade física descrito em regulamento, **salvo no caso de exposição a ruído**, para as atividades prestadas até 28 de abril de 1995, independentemente da época em que foram preenchidos os requisitos para o benefício requerido;*

***c)** processar regularmente os pedidos de aposentadoria ou outro benefício, bem como de conversão de tempo de serviço, no caso de os segurados terem desempenhado atividades com exposição a agentes nocivos não arroladas nos decretos regulamentares, exigindo-lhe, nesse caso, laudo técnico e formulário conforme previsto no § 2º do artigo 68 do Decreto n.º 3048/99 e no item 2 da Ordem de Serviço INSS/DSS n.º 600, de 02 de junho de 1998, independentemente da época em que foram preenchidos os requisitos para o benefício requerido;*

***d)** proceder à conversão do tempo de serviço especial em comum das atividades desempenhadas pelo segurado, independentemente de o período que se pretende converter seja anterior ou posterior a 28 de maio de 1998, e da época em que foram preenchidos os requisitos para o benefício previdenciário;*

***e)** deixar de dar aplicação ao Parecer/CJ/n.º 1331/98;*

***f)** promover, no caso de ser solicitado pelo segurado, a revisão de todos os procedimentos administrativos em que houve o indeferimento de benefício por não ter sido acolhida a contagem de tempo de serviço sujeito a agente nocivo, isoladamente ou cumulado com período de atividade comum.*

Com decisão do STJ, reformando a sentença de mérito por questões formais (ausência de legitimidade do *Parquet*), o INSS obteve o direito de retomar os procedimentos que aplicava anteriormente à concessão da Tutela Antecipada, inclusive com o cancelamento dos benefícios concedidos por força dessa decisão.

Entretanto, como o Poder Judiciário já havia se manifestado em instâncias inferiores – no mérito – pelo acatamento dos argumentos lançados pelo MPF, o Poder Executivo optou por ajustar o Regulamento da Previdência às decisões já proferidas, e, com isso, evitar a continuidade de milhares de demandas idênticas, pois os segurados que tivessem o seu benefício de Aposentadoria Especial cancelado pretensamente ingressariam com ações judiciais individuais contestando o ato da autarquia previdenciária.

2.2. Emenda Constitucional 103/2019 (Reforma da Previdência)

Com a recente aprovação da EC nº 103/2019 a aposentadoria especial passou por profunda modificação, conforme arts. 201, § 1º, I e II da CF/88.

Na regra anterior à reforma não existia idade mínima para tal modalidade de aposentadoria, que poderia ocorrer após 15, 20 ou 25 anos de atividade especial. Na regra atual, prevista no art. 19, §1º da EC nº 103/2019, além do tempo mínimo de exposição efetiva a agentes prejudiciais à saúde, foi instituída também uma idade mínima.

Art. 19. § 1º: Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição, será concedida aposentadoria:

I – por exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos, vedada a caracterização por categoria profissional:

a) 55 anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 anos de contribuição;

b) 58 anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 anos de contribuição; ou

c) 60 anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 anos de contribuição.

Desta forma, mesmo que o segurado trabalhe submetido à atividade especial que lhe permita a concessão da aposentadoria após 15 anos de exposição a determinado agente nocivo, o direito à inativação precoce estará condicionado ao implemento de um requisito etário, no caso 55 (cinquenta e cinco) anos de idade. Pela nova regra os requisitos passaram a ser cumulativos.

As mudanças não param por aí. Antes da modificação era possível a conversão do tempo de atividade especial em tempo de atividade comum. Atualmente, nos termos do art. 25, § 2º, da EC nº 103/2019, passou a ser vedada tal conversão, a partir da publicação da EC⁹.

No que diz respeito ao cálculo do valor do benefício, as modificações também foram profundas. Se antes o valor do salário de benefício era calculado considerando 100% da média dos 80% maiores salários de contribuição, atualmente o valor da aposentadoria especial considera a média de todos os salários de contribuição desde a competência 07/1994, e, após, apura o valor da renda final tendo como base o percentual de 60% do valor de média encontrado acrescido de 2% por cada ano adicional ao tempo mínimo exigido por lei¹⁰.

No que diz respeito à aposentadoria especial para o segurado com deficiência, a reforma não alterou o direito à aposentadoria independentemente da idade mínima, tanto para o segurado do RGPS quanto para o segurado do RPPS, nos termos do art. 22 da EC nº 103/2019.

Art. 22. Até que lei discipline o § 4º-A do art. 40 e o inciso I do § 1º do art. 201 da Constituição Federal, a aposentadoria da pessoa

⁹ O tempo especial prestado até a data de entrada em vigor da EC nº 103/2019 pode ser convertido em tempo de atividade comum.

¹⁰ Nos termos do art. 26, §§ 2º e 5º da Ec nº 103/2019.

com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social ou do servidor público federal com deficiência vinculado a regime próprio de previdência social, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e de cinco anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, **será concedida na forma da Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, inclusive quanto aos critérios de cálculo dos benefícios.**

Pela LC nº 142, continua existindo para o segurado com deficiência dois tipos de aposentadoria, a por idade (60 anos, se homem e aos 55, se mulher, desde que tenham 15 anos na condição de segurado com deficiência) e a por tempo de contribuição, que considera o grau de deficiência do segurado. Veja o que dispõem o art. 3º da LC 142/2103:

Art. 3º da LC 142:

I – aos 25 anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 anos, se mulher, segurado com deficiência grave;

II – aos 29 anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 anos, se mulher, segurado com deficiência moderada;

III – aos 33 anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 anos, se mulher, segurado com deficiência leve; ou

IV – aos 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Portanto, percebe-se facilmente que o legislador escolheu caminhos distintos para os benefícios de aposentadoria especial. Enquanto aquele decorrente do exercício de atividades sob condições prejudiciais à saúde aproximou-se substancialmente da aposentadoria comum (atualmente denominada de aposentadoria programada), a aposentadoria especial das pessoas com deficiência passou incólume pela reforma, o que fez surgir inúmeros questionamentos sobre a

quebra da isonomia e, ainda, da possível violação ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, o que será abordado no próximo capítulo.

2.3. Regras de Transição

Nos termos do art. 21, da EC nº 103/2019, foi estabelecida regra de transição para os que almejam titularizar o benefício de aposentadoria especial, por exposição a agentes nocivos à saúde, sem o implemento da idade mínima que passou a ser exigida.

Para tanto, ossegurados poderão se aposentar quando o total da soma resultante de sua idade com o seu tempo de contribuição for, respectivamente, de: 66 pontos para as atividades que exijam, no mínimo 15 anos de efetiva exposição; 76 pontos para as atividades que exijam no mínimo 20 anos de efetiva exposição e 86 pontos para as atividades que exijam, no mínimo 25 anos de efetiva exposição.

O cálculo do valor do benefício, nesse caso, será a média histórica dos salários (contabilizados a partir de 07/94) multiplicada por 60% mais 2% por cada ano adicional aos 20 anos de contribuição, no caso dos homens, e 15, no caso das mulheres. Caso a atividade exija somente 15 anos de exposição, os 2% serão contados a partir dos 15 anos.

2.4. Direito Comparado

A aposentadoria especial, nos moldes em que foi idealizada no Brasil, sem qualquer vinculação com a idade até o advento da EC 103/2019, não encontra correspondência na legislação dos países mais desenvolvidos. Nem por isso existe menos preocupação quanto à segurança e condições ambientais de trabalho nesses países.

Na maior parte dos países que foi alvo da presente pesquisa, a aposentadoria é tida como uma espécie de seguro. Quanto à sua destinação, encontra público-alvo naqueles que perderam à sua

capacidade de trabalho e está relacionada, essencialmente, a idade avançada. A fixação de limite temporal para a concessão de benefícios relacionados ao tempo de serviço é, portanto, um princípio basilar nos sistemas previdenciários em todo o mundo.

No caso específico da contagem privilegiada, ou seja, conversão de tempo especial em comum, com o aumento ficto do tempo de serviço (em regra 40% para homens e 20% para mulheres) em razão da submissão habitual e permanente a agentes nocivos, são raros os países que adotam tal procedimento.

E, ainda sim, quando estabelecem algum tipo de privilégio, restringem-se a redução do limite mínimo de idade para aposentadoria. Na Eslovênia, por exemplo, admite-se a redução de até 3 (três) anos, enquanto que, na China, a legislação dispõe que satisfeitas as demais condições para a concessão da aposentadoria comum, a idade mínima poderia ser reduzida em até 5 anos.

Prevalece o entendimento nos principais modelos utilizados como referência que há formas mais eficazes para cuidar da segurança, da saúde e da integridade física do trabalhador, como, por exemplo, nos casos em que não há tecnologia para evitar o prejuízo à saúde do trabalho, o banimento de atividades.

Cita-se, a título de exemplo, o caso do amianto, que restou banido de 45 (quarenta e cinco) nações, enquanto o Brasil persistiu na sua utilização até a vedação imposta pela Suprema Corte.

3. O TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Como já exposto, até a entrada em vigor da Lei nº 9.032/95, a atividade desenvolvida pelo segurado era considerada especial apenas observando a categoria profissional, existindo a presunção de insalubridade, penosidade ou periculosidade, em conformidade com o disposto nos anexos dos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79.

Contudo, com a nova redação do artigo 57, da Lei 8.213/91, dada pela Lei 9.032/95, adotou-se, dentre outras, as seguintes restrições ao benefício: *i*) fim da aposentadoria por categoria profissional; *ii*) proibição de conversão de tempo comum em especial (restando o direito à conversão de tempo especial em comum); *iii*) obrigatoriedade de apresentação de laudo técnico de condições ambientais para todo o período laborado; e *iv*) necessidade de comprovação da exposição habitual e permanente aos agentes nocivos;

Porém, aqueles segurados que desempenharam atividade considerada especial até o advento da última Lei 9.032/95 podem comprovar tal aspecto observando a legislação vigente ao tempo do labor desenvolvido, ou seja, pelo mero enquadramento da categoria profissional.

Com a EC 103/2019, também não há mais possibilidade de conversão do tempo de serviço especial para comum para os períodos laborados após 13.11.2019.

Assim, o segurado que não atingir 15, 20 ou 25 anos de atividades exclusivamente especiais, não terá direito a conversão dos períodos especiais em comum posteriormente a 13.11.2019, tendo que se contentar com o seu cômputo como atividade meramente comum.

Objetivando melhor demonstrar as implicações da conversão de tempo especial em comum, analise-se o seguinte: segurado da previdência complementa 24 anos de labor em atividades especiais, exposto a agentes insalubres que lhe prejudicaram a saúde de maneira considerável e que lhe permitiriam aposentadoria aos 25 anos.

Demitido, não logra êxito em conseguir emprego em função correlata, em razão da idade e das condições de saúde. Desta forma, com o novo regramento constitucional, perderá o direito a regras diferenciadas e estará “condenado” a sofrer com as sequelas causadas por todo o tempo de labor insalubre.

Quem trabalha em atividade especial e sofre, desse modo, os efeitos dos agentes nocivos (perda auditiva, no caso de exposição a

ruído, por exemplo), jamais se restabelecerá completamente. Ainda que mude de profissão e passe a desempenhar atividade comum, terá direito a uma compensação pelo desgaste – por pequeno que seja – sofrido no exercício da atividade sujeita ao agente agressor.

Note-se que mesmo os mais cultos (como engenheiros, médicos, enfermeiras) que, a rigor, têm mais facilidade de encontrar colocação no mercado de trabalho, também perdem em competitividade, pois suas aptidões se desgastam pela constante exposição a agentes nocivos.

Não raro, médicos-cirurgiões, dentistas e enfermeiras se infectam em cirurgias com vírus perigosos. Não raro, engenheiros sofrem acidentes com lesões graves e irreversíveis em refinarias e indústrias. Isto sem falar do risco de vida direto de todos os profissionais envolvidos com segurança pública.

É, ainda, por demais conhecido o problema da poluição ambiental, cujas vítimas iniciais são os trabalhadores das zonas industriais e suas famílias. Enfim, exemplos não faltam. Portanto, em qualquer caso, seja profissional erudito ou não, resta claro que a regulação das atividades especiais não pode deixar de lado a adequada aplicação dos princípios constitucionais.

Conste ou não do elenco dos inúmeros diplomas que vem sendo editados, a atividade laboral exercida, ou este ou aquele agente nocivo, o que interessa ao intérprete é o convencimento que leve à conclusão sobre as condições a que esteve exposto o segurado (mesmo que, apenas, potencialmente), capazes de reduzir, ou até eliminar suas chances de uma vida saudável.

O texto constitucional é bastante claro, não deixando espaços em aberto quando se trata de proteger o segurado contra os infortúnios ou quaisquer situações que possam prejudicar sua saúde.

Como se vê, o objeto central da proteção constitucional se mantém inalterado mesmo com a EC 103/2019, na exata medida da valorização do tempo exercido em condições que afetam a saúde do trabalhador, sobretudo pela necessidade de se manter em relevo o

princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, norteador da Constituição de 1988. Este é o ponto.

De fato, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é considerado pela norma prevista no art. 1º, III, da CF/88, como fundamento do próprio Estado Democrático que constitui a República Federativa do Brasil.

Acerca da sua importância, não só para a Carta Magna de 1988, mas sobre a sua irradiação em todo o ordenamento jurídico, digno de citação o pensamento de Daniel Sarmento¹¹, *in verbis*:

Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segundo a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, como assevera Miguel Reale, sendo a defesa e promoção da sua dignidade, em todas as suas dimensões, a tarefa primordial do Estado Democrático de Direito. Como afirma José CastanTobeña, el postulado primário del Derecho es el valor próprio del hombre como valor superior e absoluto, o lo que es igual, el imperativo de respecto a la persona humana. Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano - razão última do Direito e do Estado.

¹¹ Sarmento, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Ed. Lumens Júris, 2003 pág. 59/60.

Neste sentido, a Constituição de 1988, em diversas passagens, traz objetivos e princípios, explícitos ou implícitos, em seu espírito, que visam à proteção dos direitos humanos, como, por exemplo, ao enunciar que constituem objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º, da Carta Magna, construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

E, ao assim dispor, pretendeu a Constituição criar condições humanas mínimas ou fundamentais para que o cidadão pudesse bem se desenvolver, física e mentalmente. Ora, se é clarividente que todo o ordenamento jurídico encontra sua base de formação na Constituição, tem-se como premissa lógica que não pode uma norma de grau hierárquico inferior contra ela dispor, devendo com ela se compatibilizar, formal e materialmente, sob pena de inconstitucionalidade.

Assim é que a materialização dos princípios e normas constitucionais devem, de forma explícita ou implícita, adentrar a sua substância.

Conseqüentemente, devem as empresas propiciar um ambiente de trabalho salubre, com a implementação de medidas preventivas e, inclusive, com o aumento do nível de participação dos funcionários em assuntos que afetam sua segurança na busca incessante por um meio ambiente laboral saudável.

No entanto, quando não for impossível alcançar tal intento, o reconhecimento do direito à inativação precoce é um grande pilar na minimização dos impactos negativos em desfavor do obreiro, pois prestigia a dignidade da pessoa humana ao reconhecer que o cidadão que não teve direito ao ambiente de trabalho equilibrado merece tratamento previdenciário especial.

Contudo, com a inativação especial, não é razoável que volte a trabalhar em ambiente insalubre, sob pena de distorção da proteção constitucional que permitiu a aposentadoria precoce.

Recentemente (julgamento publicado em 19.08.2020), após anos de debate, o Supremo Tribunal Federal do Brasil trouxe uma excelente reflexão sobre o assunto. Vejamos.

Direito Previdenciário e Constitucional. Constitucionalidade do art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91. Percepção do benefício de aposentadoria especial independentemente do afastamento do beneficiário das atividades laborais nocivas a sua saúde. Impossibilidade. Recurso extraordinário parcialmente provido. 1. O art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91 é constitucional, inexistindo qualquer tipo de conflito entre ele e os arts. 5º, inciso XIII; 7º, inciso XXXIII; e 201, § 1º, da Lei Fundamental. A norma se presta, de forma razoável e proporcional, para homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos à saúde, à vida, ao ambiente de trabalho equilibrado e à redução dos riscos inerentes ao trabalho. 2. É vedada a simultaneidade entre a percepção da aposentadoria especial e o exercício de atividade especial, seja essa última aquela que deu causa à aposentação precoce ou não. A concomitância entre a aposentadoria e o labor especial acarreta a suspensão do pagamento do benefício previdenciário. 3. O tema da data de início da aposentadoria especial é regulado pelo art. 57, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que, por sua vez, remete ao art. 49 do mesmo diploma normativo. O art. 57, § 8º, da Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social cuida de assunto distinto e, inexistindo incompatibilidade absoluta entre esse dispositivo e aqueles anteriormente citados, os quais também não são inconstitucionais, não há que se falar em fixação da DIB na data de afastamento da atividade, sob pena de violência à vontade e à prerrogativa do legislador, bem como de afronta à separação de Poderes. 4. Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: “(i) [é] constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não; (ii) nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco,

inclusive, os efeitos financeiros; efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial, a implantação do benefício, uma vez verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo, cessará o benefício previdenciário em questão. 5. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento. (RE 791961, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-206 DIVULG 18-08-2020 PUBLIC 19-08-2020)

A finalidade da inativação precoce é resguardar a saúde e o bem-estar do trabalhador que desempenha atividade especial. O intuito da norma, ao possibilitar a aposentadoria antecipada é justamente retirá-lo do ambiente insalubre e prejudicial a sua integridade física, não sendo razoável permitir o retorno ao labor especial ou sua continuidade após a obtenção da aposentadoria.

Proteger a dignidade do ser humano envolve propiciar-lhe um ambiente de labor digno, que lhe permita auferir seu sustento sem comprometer sua saúde e seu bem-estar. Inclui, ainda, oferecer-lhe o auxílio do Estado quando se torne impedido ou proibido de continuar a exercer sua profissão.

Ao se dificultar o acúmulo dos proventos da aposentadoria com o salário pelo desempenho da atividade especial, está-se a prestigiar a dignidade da pessoa humana, na medida em que se torna mais vigorosa a rede de proteção incidente sobre ela. Ao mesmo tempo, não se desampara o trabalhador que opta por se retirar do labor especial, dado que o Estado cuidará de prover-lhe a renda que deixou de obter com a cessação dos serviços.

4. CONCLUSÃO

Após aprofundado estudo da temática, penso que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer como fundamento constitucional a justificar a qualificação do tempo de serviço exercido sob condi-

ções insalubres, perigosas ou penosas, inobstante a inexistência de correspondência do instituto no Direito Comparado.

Não se mostra razoável que o pretense titular da aposentadoria especial, por exposição a agentes nocivos, tenha que aguardar eventual idade mínima para inativação nessa modalidade, sob pena de ter que permanecer exposto ao risco, o que viola fundamentos basilares da Constituição Federal.

Registra-se que o segurado com deficiência, público alvo da aposentadoria especial do deficiente, com esteio no art. 201, §1º, da CF, não precisa comprovar idade mínima para aposentadoria diante do princípio da igualdade.

Apesar do direito à aposentadoria especial por exposição a agente nocivo e a devida ao portador de deficiência estarem previstos no mesmo §1º do art. 201 da CF, o legislador constituinte derivado optou por estabelecer o requisito etário somente aos destinatários da primeira aposentadoria.

O sentido do §1º do art. 201 é a de proteção da saúde e/ou integridade física do segurado com a possibilidade de ir para a inatividade para preservar-lhe a sua dignidade com a segurança de receber uma aposentadoria para substituir seu salário.

É justamente para evitar que deteriore sua saúde trabalhando por período superior ao que se entende legislativamente como limite para tanto – 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, a depender da atividade desempenhada, tempos mínimos esses que decorrem de minucioso estudo do prejuízo à integridade física que a atividade laboral ensejadora, que essa peculiar forma de aposentação acarreta.

A criação do requisito etário irá obrigar o segurado a permanecer na área de risco por tempo superior ao tempo mínimo quando a implementação do requisito tempo de contribuição de 15, 20 e 25 anos ocorrer antes da idade mínima exigida.

Não é razoável crer que o segurado, ao completar o tempo mínimo, irá pedir o seu desligamento da sua atividade para buscar novo emprego em outra atividade para a qual não tem conhecimento.

Como considerar razoável que um segurado, metalúrgico, vigilante, eletricitário, mineiro de subsolo, etc, por si só, ao preencher o requisito tempo mínimo de contribuição (15, 20 ou 25), solicite demissão, com todas as consequências desse ato, como renúncia a direitos sociais, para começar uma nova vida profissional, num novo ofício, com o abandono da profissão outrora escolhida para a sua vida?!

É dever do Estado evitar que o trabalhador continue, deliberadamente, prejudicando a sua saúde e integridade física após o cumprimento do tempo mínimo de contribuição exigido para aposentaria especial.

A exigência do requisito etário para o segurado destinatário da aposentadoria especial viola o princípio da dignidade humana que busca assegurar condições justas e adequadas para a vida do segurado e sua família.

Extrapolado o tempo previsto pela legislação como nocivo à saúde e/ou integridade física, eleva-se a níveis inaceitáveis o risco ao trabalhador. A inativação precoce atende assim o princípio da dignidade humana, principal fundamento para a contagem diferenciada do tempo trabalhado exposto a agentes nocivos.

E a razão dessa distinção com o segurado que trabalha em ambiente salubre se deu justamente para preservar-lhe a vida, sem a qual não se pode assegurar a dignidade humana, pois essa não existe sem aquela.

A fixação de idade mínima para essa espécie de aposentadoria, portanto, não pode ser exigida do segurado que, por motivo alheio à sua vontade, não tem como eliminar os riscos presentes em seu ambiente de trabalho, sendo esse ônus do Estado e das empresas.

A EC 103/2019, nesse ponto, andou mal ao estabelecer, sem nenhum critério técnico, a exigência de idade mínima para os destinatários da aposentadoria especial por exposição a agente nocivo, ao tempo em que manteve a inexistência apenas para a aposentadoria especial dos deficientes.

5. REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2000.

BALTAZAR Junior, José Paulo, ROCHA, Daniel machado Da. **Comentários à lei de Benefícios da Previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRAGA, Karina Costa; DE OLIVEIRA BRAGA, Arleide Costa. **A evolução da Dignidade da Pessoa Humana como valor vetor da Previdência Social**. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIAL, v. 1, n. 2, p. 29-44, 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2006.

CELSONO, João Neto. **Uma breve história da Aposentadoria Especial no Brasil**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11116&p=1>. Acessado em 11.07.2020.

COSTANZI, Rogério Nagamine. **Estrutura demográfica e despesa com previdência: comparação do Brasil com o cenário internacional**. Política Monetária, p. 11, 2015.

DONADON, JOÃO. **O benefício de aposentadoria especial aos segurados do regime geral de previdência social que trabalham sujeitos a agentes nocivos – origem, evolução e perspectivas**. Disponível em www.mpas.gov.br/doc/textosestudo02.pdf. Acessado em 11.07.2020.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 3ª edição, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

FERNANDES, Reynaldo *et al.* **Reforma da previdência: sustentabilidade e justiça atuarial**. Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

RODRIGUES, Fátima Marlene Jardim. **A sustentabilidade do sistema de pensões público nacional.** 2016. Tese de Doutorado.

O DIREITO À PENSÃO INTEGRAL DE EX-COMBATENTE SOB À ÉGIDE DO ART. 6º DA LEI Nº 5.698/71

Ana Cristina Coutinho¹

1. INTRODUÇÃO

Tema que suscita controvérsia é o procedimento adotado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) na concessão da pensão por morte de Ex-Combatente. O debate sobre essa temática vem motivando o crescente número de ações junto ao Poder Judiciário e, com isso, ensejando o pedido de revisão da renda mensal inicial da pensão por morte de Ex-Combatente.

A regra da autarquia previdenciária é conceder o benefício adstrito ao teto do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sendo concedido o benefício a menor do que o devido, muitas vezes aviltando seu valor acerca de um terço daquele percebido pelo instituidor. Verifica-se que tal entendimento não apresenta embaçamento legal; quando muito, é defendido sob o argumento de que o benefício não pode ultrapassar o teto percebido por Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF).

É cada vez mais recorrente que o beneficiário da pensão oriunda de ex-combatente de guerra mantida pelo RGPS, ao realizar o requerimento junto ao INSS solicitando a pensão por morte dentro do prazo legal, seja surpreendido com a concessão da pensão deferida de forma reduzida, vinculando-lhe ao teto do RGPS.

Vale salientar que nestas situações, envolvendo os beneficiários da pensão de Ex-Combatentes de Guerra, a autarquia justifica como

¹ Pós-graduada em Direito Previdenciário - ESMASTRA, Especialista em Direito Processual Civil - Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Bacharel em Direito pela UNICAP.

sendo um problema do sistema de informática do INSS que não dá o tratamento correto ao benefício em referência, aplicando ao valor da pensão o teto do Regime Geral a despeito do valor recebido pelo instituidor do benefício previdenciário.

Sendo assim, o objetivo do presente artigo é construir uma dialética sobre o direito à integralidade da pensão instituída, *post mortem*, pelos Ex-Combatentes de Guerra aos seus dependentes, sob a égide do art. 6º da Lei nº 5.698 de 1971, por meio de uma análise legislativa e jurisprudencial no transcurso do tempo.

2. HISTÓRICO LEGISLATIVO

Para melhor compreensão do direito à integralidade da pensão de Ex-Combatente de Guerra, é importante traçar o histórico-normativo das leis que vieram a ser editadas pelo legislador, com o recorte ao caráter previdenciário.

Nesse sentido, destaca-se que o Brasil foi único país sul-americano que enviou combatentes para a 2ª Guerra Mundial. Foram mais de 25.000 (vinte e cinco mil) soldados da Força Expedicionária Brasileira (FEB), além dos militares do Exército, Aeronáutica, Marinha e Marinha Mercante.

Assim como a maioria dos países que estiveram envolvidos na guerra, o legislador brasileiro achou por bem criar algumas leis conferindo benefícios das mais variadas espécies aos Ex-Combatentes e seus dependentes, dentre os quais podemos elencar: ações afirmativas para aquisições de imóveis; prioridade de matrícula dos seus filhos em instituições de ensino; isenção de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) de único imóvel; isenção de Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos² (ICD) em doações ou processos suces-

² Imposto Estadual devido por toda pessoa física ou jurídica que receber bens (móveis ou imóveis) ou direitos como herança (em virtude da morte do antigo proprietário) ou como doação no estado do Pernambuco.

sórios; acesso a cargos públicos independentemente de concurso; privilégios no que concerne ao regime próprio e da previdência social de se aposentar aos 25 anos de contribuição; recebimento de décimo-quarto salário; e pensão especial graciosa instituída para os Ex-Combatentes das Forças Armadas.

A primeira lei que tratou da matéria, sendo ela a Lei nº 288 de 08 de junho de 1948, foi sancionada pelo então Presidente Eurico Gaspar Dutra, dispondo em seu bojo sobre as vantagens concedidas aos militares e civis que participaram da Segunda Guerra Mundial. A referida lei estabeleceu, em seus arts. 1º a 6º, que além dos militares integrantes da Força Expedicionária Brasileira (FAB) e da Marinha Mercante, ficam equiparados a Ex-Combatentes os servidores públicos civis – federais, estaduais, municipais ou lotados em qualquer autarquia ou Sociedade de Economia Mista – que tenham efetivamente servido no teatro de guerra da Itália ou tenham cumprido missões de patrulhamento, vigilância e segurança do litoral brasileiro, bem como tenham atuado em operações de guerra e de observações em qualquer outro teatro de operação definidas pelo Ministério da Guerra, contemplando, inclusive, as operações nas Ilhas de Trindade, Fernando de Noronha e navios da Marinha de Guerra – posto que estes atuavam na defesa dos portos nacionais.

Dentre as prerrogativas trazidas pela lei em questão, no bojo dos arts. 1º ao 5º foi garantido o direito à aposentadoria integral com vencimentos semelhantes ao posto e/ou categoria ocupada pelos Ex-Combatentes. Assim, o art. 6º também assegurou as mesmas prerrogativas aos que, na condição de militar, cumpriram a missão médica na França durante a Primeira Grande Guerra, percebendo os seus vencimentos de acordo com o posto da promoção.

O conceito de Ex-Combatente de Guerra foi ampliado em 1952 através da Lei nº 1.756, compreendendo também aqueles militares que haviam participado ao menos de duas viagens na zona de ataques submarinos a partir de 22 de março de 1941. Ademais, a legislação trazia em seu art. 1º a prerrogativa de que o militar teria direito à

aposentadoria com base na remuneração do posto ou da categoria superior ao que ocupava no momento.

Em 17 de julho de 1963 foi promulgada a Lei nº 4.242 que, dentre outras providências, instituiu em seu art. 30 a pensão de Segundo Sargento, destinada ao Ex-Combatente da FEB, FAB e Marinha, estabelecendo como requisito para sua concessão estar incapacitado de prover o próprio sustento e não auferir renda dos cofres públicos.

Com a necessidade de regulamentações que dispusessem sobre a aposentadoria e pensão do Instituto ou Caixas de Aposentadorias e Pensões para Ex-Combatentes e seus dependentes, foi editada a Lei nº 4.297/1963 que, além de definir ex-combatente como aquele que tenha servido no teatro de operação da Itália entre o ano de 1939-1945, ampliou os benefícios àqueles que serviram à Força Aérea Brasileira, Marinha de Guerra e Marinha Mercante. No caso das duas últimas, o militar e o civil da marinha teriam que ter participado efetivamente de comboios e patrulhamento para ter o seu enquadramento como ex-combatente.

Ademais, no art. 1º, a referida lei regulamentou a aposentadoria do ex-combatente, prevendo o tempo de 25 anos de serviço, além de vencimentos com base na média dos 12 últimos salários percebidos – entretanto, se decorridos 35 meses de contribuição sobre o salário integral. Posteriormente, a Lei nº 4.297/1963 foi revogada com o advento da Lei nº 5.698/1971.

O tema foi objeto também de disposição constitucional inserta na Carta Magna de 1967 que, em seu art. 178 e suas alíneas, garantiu ao ex-combatente: o direito à estabilidade no emprego, quando funcionário público; a admissão no serviço público sem concurso; a aposentadoria com proventos integrais aos 25 anos de serviço se funcionário público da administração centralizada, autárquica ou se contribuinte da previdência social; a promoção no serviço público e benefícios como assistência médica, hospitalar e educacional, se carente de recursos. A norma constitucional foi regulamentada pela

Lei nº 5.315/67, que disciplinou a aplicação dos direitos constitucionais aos ex-combatentes.

Em 31 de agosto de 1971 foi editada a Lei nº 5.698/71, dispondo sobre as prestações devidas a ex-combatentes segurados da Previdência Social, dentre outras providências. Essa é a lei que, no entendimento da jurisprudência dominante dos Tribunais Regionais e Superior Tribunal de Justiça, assegura o direito à pensão de ex-combatente com vencimentos integrais no mesmo valor percebido pelo instituidor do benefício, se implementados os requisitos na vigência das Leis nº 1.756/52 e nº 4.297/63, o que se defere com base no parágrafo único do art. 6º do referido diploma legal.

Em 17 de novembro de 1978, foi editada a Lei 6.982 que estabeleceu pensão especial aos ex-combatentes incapacitados para o serviço militar, atestado pela junta militar de saúde e cuja situação econômica comprometa o atendimento às necessidades mínimas de sustento próprio e da família. O valor da referida pensão foi fixado no equivalente a duas vezes o valor do maior salário mínimo vigente no país. Sendo a pensão estabelecida como intrasferível e inacumulável quaisquer outros rendimentos recebidos dos cofres públicos, inclusive pensão previdenciária, estando ressalvado, contudo, o direito de opção.

Todavia, nos idos de 1985, através da Lei 7.424, editada em 17 de dezembro, a pensão especial de que trata a Lei 6.982/78, foi modificada para estabelecer no caso do falecimento do Ex-combatente, a transferência da pensão aos seus dependentes.

Com a promulgação da Constituição de 1988, no capítulo dedicado aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o art. 53 inovou e criou para o ex-combatente o direito à pensão especial correspondente à deixada por Segundo Tenente das Forças Armadas, podendo ser requerida a qualquer tempo, mas sendo inacumulável com outros rendimentos percebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios de natureza previdenciária.

O referido instituto foi um marco para a categoria dos Ex-Combatentes de Guerra, conferindo-lhes mais um direito em reconheci-

mento aos relevantes serviços prestados na defesa da pátria. Contudo, a pensão de que trata a norma constitucional não se confunde com àquela conferida pela Lei nº 5.698/71.

Com efeito, para implementação da pensão constitucional prevista no art. 53 da ADCT, o ex-combatente não está obrigado ao cumprimento de outros requisitos se não o de ter efetivamente participado das operações bélicas, devidamente atestada pela certidão de guerra, tendo caráter gracioso já que independe de prévia contribuição para sua concessão, nascendo como pensão especial; enquanto a pensão de que trata a Lei nº 5.698/71 é fruto de prévia contribuição à Previdência Social pelo seu instituidor. Assim, ambos os benefícios previdenciários podem ser cumulados e são transmitidos aos dependentes previdenciários do ex-combatente.

A edição da Lei nº 8.059/90, a qual regulamenta o art. 53 da ADCT no que tange ao rol de beneficiários, tem como destaque a extinção das cotas partes das pensões em caso de morte do dependente beneficiário da pensão especial; a perda do benefício pela viúva que vier contrair novas núpcias; em caso de receber pensão alimentícia, irá perceber a pensão especial em igual percentual; entre outras disposições.

Por fim, a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefício da Previdência Social, traz em seu art. 149 que as prestações e o financiamento dos benefícios de ex-combatentes serão objeto de legislação específica – *in casu*, a Lei nº 5.698/71.

3. DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

Dada a sua natureza, os direitos dos ex-combatentes está afeto à jurisdição da Justiça Federal que, nos casos concretos em que se debatem os direitos dos ex-combatentes filiados ao RGPS, assim tem decidido.

No que tange a concessão dos benefícios de pensão por morte de ex-combatente, os tribunais decidem com base na legislação vigente

à data do óbito do instituidor, conforme Súmula 340 do STJ e 359 do STF. Sendo assim, nos casos que o ex-combatente implementar os seus direitos à concessão da aposentadoria com base em lei anterior a nº 5.698/71, faz *jus* aos seus dependentes a pensão em valor integral ao que recebia o instituidor do benefício. Nesse sentido, é o teor dos seguintes arestos do STJ:

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. REQUISITOS. PREENCHIMENTO NA VIGÊNCIA DA LEI 1.756/52. REAJUSTES. LEI N. 5.968/1971. INAPLICABILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1 O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, havendo o ex-combatente preenchido os requisitos para os benefícios sob a vigência da Lei n. 1.756/1952, tanto os proventos quanto à pensão por morte devem equivar à remuneração percebida, se na ativa estivesse, e ser reajustados como disposto na referida norma, sem as modificações introduzidas pela Lei n. 5.698/71.

3. Consoante o entendimento desta Corte, é inviável a análise de alegações voltadas à desconstituição do julgado que não foram suscitadas nas contrarrazões ao recurso especial, por tratar de indevida inovação recursal. Precedentes.

4. Agravo interno desprovido.

Ementa: AgInt no REsp 1277708 / RJ AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2011/0133845-3. Rel.: Ministra Regina Helena Costa. T1/STJ. Data do julgamento: 21/06/2018.

Ementa: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. NÃO ENFRENTADOS TODOS OS FUNDAMENTOS. VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. EX-COMBATENTE. PENSÃO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

CONCEDIDO SOB A VIGÊNCIA DAS LEIS N. 1.756/1952 E N. 4.297/1963. REAJUSTAMENTOS. LEI N. 5.968/1971. INAPLICABILIDADE.

1. Além de não ter enfrentado todos os fundamentos da decisão agravada e da não existência dos vícios previstos no art. 535 do CPC/1973, o Tribunal de origem alinhou-se à jurisprudência desta Corte, pois “o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, preenchidos os requisitos na vigência das Leis 1.756/52 e 4.297/63, o ex-combatente deve ter seus proventos iniciais calculados em valor correspondente ao de sua remuneração à época da inativação e reajustados conforme preceituam referidos diplomas legais, sem as modificações introduzidas pela Lei 5.698/71” (REsp 500.740/RN, Rel.Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 20/11/2006, p. 272). 2. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

AgRg no AREsp 838996 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2016/0012352-0. Relator: Ministro OG FERNANDES. T2 – SEGUNDA TURMA. Data do julgamento: 25/10/2016.

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS NA VIGÊNCIA DA LEI 1.756/52. REAJUSTES. LEI N. 5.968/1971. INAPLICABILIDADE.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, havendo o ex-combatente preenchido os requisitos sob a vigência da Lei n. 1.756/1952, tanto os proventos quanto à pensão por morte devem equivaler à remuneração percebida se na ativa estivesse e serem reajustados como disposto na referida norma, sem as modificações introduzidas pela Lei n. 5.698/71. 2. Precedentes: AgRg no REsp 1371190/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/6/2013, DJe 16/9/2013; AgRg no REsp 1319566/SE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/3/2013, DJe 2/4/2013. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.391.224/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 14/11/2013).

Do entendimento jurisprudencial consolidado pelos tribunais, verifica-se não haver controvérsia quanto à legislação aplicável no caso de pensão de ex-combatente, que deverá ser aquela vigente na data do óbito do instituidor do benefício.

4. DA INTEGRALIDADE DA PENSÃO DE EX-COMBATENTE

Assim, em face da existência de diversos diplomas legais sobre a matéria no curso do tempo, o caso concreto definirá os direitos previdenciários aplicáveis ao ex-combatentes e seus dependentes, dentre os quais o direito à integralidade dos proventos recebido pelo instituidor da pensão, bastando para isso a comprovação de que o ex-combatente implementou seu direito à aposentadoria em data anterior à vigência da Lei nº 5.698/71.

Destarte, a questão relativa ao valor da pensão e quanto à integralidade dos vencimentos do instituidor encontra-se estabelecida em diploma legal que norteará a administração pública na sua aplicação.

Especificamente com relação a Lei nº 5.698/71, é de se verificar a excepcionalidade do parâmetro que não impõe limite ao teto previsto pelo RGPS para a concessão de pensão de ex-combatente desde que preenchidos os requisitos previstos no parágrafo único do art. 6 do referido diploma legal, que excepciona:

Art. 6º Fica ressalvado o direito do ex-combatente que na data em que, entrar em vigor esta Lei, já tiver preenchidos requisitos na legislação ora revogada para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço nas condições então vigentes, observado, porém nos futuros reajustamentos, o disposto no Artigo 5º.

Parágrafo único. Nas mesmas condições deste artigo, fica ressalvado o direito à pensão dos dependentes de ex-combatente.

Em resumo, embora o art. 1º da Lei nº 5.698/71 submeta a pensão por morte de ex-combatente ao regime geral da legislação previdenciária, o parágrafo único do art. 6º do mesmo Diploma legal ressalva o direito do beneficiário se antes da sua vigência tiverem sido implementados os requisitos para aposentadoria do *de cuius*.

Logo, partindo da premissa de que a regra específica revoga a lei geral, é indiscutível que os beneficiários de tal direito estão amparados pelo fato do instituidor do benefício previdenciário ter implementado os direitos à aposentadoria com DIB (data de início do benefício) anterior à Lei nº 5.698/1971, que passou a vigorar em 31 de agosto de 1971, conforme data de sua publicação.

Em outras palavras, o direito ao recebimento integral dos valores da pensão de ex-combatente foi assegurado pelo art. 6º da Lei nº 5.698/1971 – entretanto, desde que o instituidor do benefício previdenciário tenha atingido tal condição anterior a 31 de agosto de 1971. Ou seja, todo e qualquer beneficiário que se enquadrar na situação em referência faz *jus* a revisão da Renda Mensal Inicial (RMI) da sua pensão para o patamar do que recebia o instituidor do benefício previdenciário se vivo fosse.

Ainda que o art. 1º da Lei nº 5.698/71 submeta a pensão por morte de ex-combatente ao regime geral da legislação previdenciária, conforme já explicitado anteriormente, o parágrafo único do art. 6º do mesmo diploma legal ressalva o direito dos beneficiários caso antes da sua vigência tiverem sido implementados os requisitos para aposentadoria do *de cuius*.

5. CONCLUSÃO

A par das considerações acima, é de se inferir que o conceito de ex-combatente foi alargado pelos textos legais quanto ao seu entendimento, inicialmente abrangendo aos militares que tivessem efetivamente participado em operações bélicas na Segunda Guerra Mundial – ou seja, aqueles que tivessem integrado a FEB e servido

no teatro de operações da guerra na Itália. Mais adiante, esse conceito foi alargado de modo a abranger os militares que participaram de missões de vigilância, segurança e patrulhamento no litoral brasileiro como integrantes de guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades, sendo considerado o deslocamento destes de suas sedes para cumprimento dessas missões.

Outro ponto importante é que o direito à aposentadoria com proventos integrais esteve disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro desde a edição da Lei nº 288/1948 e, atualmente, encontra-se disciplinado na Lei nº 5.698/71 em seu art. 6º, parágrafo único, aplicando-se aos benefícios do RGPS, no qual sua integralidade será calculada no tempo em que o instituidor adquiriu o direito à aposentadoria, devendo ser anterior à data de 31 de agosto de 1971.

Dessa forma, o art. 149 da Lei nº 8.213/91 ainda prevalece no ordenamento jurídico, dispondo que os benefícios de ex-combatente continuam disciplinado por lei específica; importante observar que os direitos adquiridos anteriormente pelos instituidores serão preservados.

Assim, todo e qualquer beneficiário que implementou seus direitos antes do dia 31 de agosto de 1971 e não percebe os vencimentos de forma integral faz *jus* à revisão da RMI da sua pensão para o patamar do que recebia o instituidor do benefício previdenciário se vivo fosse.

Em que pese o art. 1º da Lei nº 5.698/71, que submete a pensão por morte do ex-combatente ao regime geral da legislação previdenciária, o parágrafo único do art. 6º do referido diploma legal excepciona o direito dos beneficiários quando, antes de sua vigência, tiverem sido implementados os requisitos para aposentadoria do instituidor do benefício. Nesse sentido, a autarquia não pode simplesmente desconhecer tal direito em prejuízo da integralidade do valor da pensão.

Com base no disposto no parágrafo único do art. 6º da lei, 5.698/71, a administração do órgão previdenciário não pode negar

aos dependentes de ex-combatentes filiados ao RGPS o direito à integralidade do benefício de pensão por morte, já que constitui direito expresso em texto legal.

Por fim, é importante a atenção do operador do direito no sentido de distinguir, no caso concreto, os dois institutos que regem o direito ao benefício previdenciário de ex-combatente – sendo aquele oriundo da Lei nº 5.698/71 de caráter contributivo e vinculado ao RGPS, enquanto que aquele instituído no art. 53 dos Atos e Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 de caráter gracioso, não importando para o seu pagamento em prévia contribuição do beneficiário e admitindo-se inclusive a sua acumulação.

REFERÊNCIAS

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2013. p. 324.

FIGUEIRÓ, Juares. **Pensionista Especial do Exército Brasileiro: O que o ex-combatente da FEB, amparado pela Lei nº 4.242/63, o ex-combatente do litoral e seus beneficiários precisam saber**. 1. ed. Brasília: Consulex, 2005.

A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADORIA, COM CRITÉRIOS DIFERENCIADOS EM RAZÃO DO GÊNERO SEXUAL À PESSOA TRANSEXUAL NO BRASIL

Giovanna Cordeiro¹

1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho consiste em analisar a problemática da concessão do benefício de aposentadoria à pessoa transexual, considerando as modalidades cujas regras para concessão possuem critérios materiais distintos a depender do sexo do segurado.

Embora existam dispositivos constitucionais e legais definindo os requisitos para a concessão de aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo no que se refere à aplicação desses requisitos à pessoa transexual que opte por alterar o gênero sexual, por identificar-se com o sexo oposto àquele registrado no momento do seu nascimento. Dessa forma, é imprescindível analisar as soluções a serem adotadas em decorrência desta lacuna jurídica, a fim de que não ocorram prejuízos quanto ao exercício do direito fundamental à previdência social da pessoa transexual, especificamente na concessão de sua aposentadoria.

Sendo assim, inicialmente foi realizada uma análise do sistema da seguridade social no Brasil considerando seu papel protetivo, bem como do conjunto de ações integradas das três áreas que o compõem,

¹ Advogada. Assessora Jurídica de Regime Próprio de Previdência Social. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. LLM em Direito Previdenciário e Processo Previdenciário. Pós Graduada em Direito Previdenciário e Processo Previdenciário. Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/PE, Subseccional Olinda. Associada da AAPREV.

como forma de assegurar aos cidadãos o direito de bem-estar, amparo e justiça social, conforme poderá ser visto no capítulo dois.

O terceiro capítulo discorre sobre a proteção previdenciária sob a perspectiva de gênero, com a constatação da opção histórica pelo sistema binário, critério eleito pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive pela recente alteração da Constituição Federal de 1988, efetivada pela Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019.

O quarto capítulo traz a análise do direito de aposentadoria como benefício previdenciário, com status de direito social fundamental, bem como dos critérios jurídicos diferenciados em relação ao gênero para sua concessão.

No capítulo cinco foi apresentada a definição de transexualidade, bem como foram citados conceitos doutrinários do que se define como sexo biológico, sexo psíquico e sexo civil ou jurídico. Foram também vislumbrados alguns dos avanços jurídicos conquistados pelas pessoas transexuais.

Ainda, o sexto capítulo tratou do Direito Previdenciário das pessoas transexuais, reconhecida a omissão legislativa, passando à análise da aplicação dos critérios materiais diferenciados conforme o sexo do segurado quanto a estas pessoas.

Destarte, no capítulo sete discorreu-se a respeito do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana como direito fundamental do indivíduo e a violência deste em face da omissão legislativa no que se refere à regulamentação do benefício de aposentadoria da pessoa transexual.

Sendo assim, para a realização dessa pesquisa, foi utilizado o método dedutivo associado aos instrumentos de pesquisa bibliográfica a partir de livros, dissertações, artigos e teses, na perspectiva constitucional, concluindo-se pela necessidade de uma legislação específica.

2. SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

O ordenamento jurídico brasileiro, objetivando resguardar os cidadãos, dispõe de um sistema de proteção que ampara aqueles que, por algum motivo, não dispõem, por si só, de meios capazes de prover às suas necessidades básicas e de sua família. É o sistema de seguridade social.

Tal sistema possui previsão constitucional inserta no artigo 194, que dispõe que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Além do texto constitucional expressamente definir a seguridade, também elencou uma série de dispositivos que regulam a estrutura e o funcionamento da proteção social no país, a exemplo dos princípios constitucionais, competência legislativa dos entes federados, financiamento da seguridade social, dentre outros.

Ademais, a definição constitucional enumera as áreas ou pilares sobre os quais está constituída a seguridade social; são eles: saúde, assistência social e previdência social. Esses pilares, de forma conjunta, visam garantir o direito de bem-estar, amparo e justiça social a todos cidadãos. De acordo com Martins (2016, p. 21):

Direito da Seguridade Social é o conjunto de princípios, regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Conclui-se, portanto, que tanto os Poderes Públicos quanto a sociedade devem colaborar para assegurar aos indivíduos os direitos

relativos às três vertentes da seguridade social acima mencionadas. Conforme leciona o professor Ivan Kertzman (2018, p. 27)

O legislador constituinte agregou estas três áreas na seguridade social, devido à inter-relação que pode ser facilmente observada entre elas. Se investirmos na saúde pública, menos pessoas ficam doentes ou o tempo de cura é menor, e, como consequência direta, menos pessoas requerem benefícios previdenciários por incapacidade de trabalho ou o tempo de percepção de tais benefícios é menor. Se investirmos na previdência social, mais pessoas estarão incluídas no sistema, de forma que, ao envelhecerem, terão direito à aposentadoria, não necessitando de assistência social.

Ainda, de acordo com o art. 196 da Constituição, “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

No que se refere à assistência social, esta será prestada a todos aqueles que dela necessitarem e, tal como a saúde, independe de contribuição.

Considerando o objetivo deste estudo, bem como o fato de que o direito à aposentadoria tem natureza jurídica de benefício previdenciário, dentre as áreas do sistema brasileiro de seguridade social, destacamos a previdência social que, face à sua relevância, costuma ser confundida com o próprio conceito de seguridade social.

A Previdência Social é o segmento autônomo da seguridade social que se ocupa com os trabalhadores e seus dependentes econômicos. É um direito social previsto no art. 6º da Constituição Federal, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, que visa, entre várias garantias, assegurar ao trabalhador e sua família a percepção de uma renda nas hipóteses descritas no artigo 201 da Carta Política.

Dentre os tripés da seguridade social, a previdência é o único que exige uma contribuição financeira do indivíduo como condição

para que este ou seu dependente possa usufruir dos benefícios disponibilizados pelo programa. Conforme disserta Cutrim (2017, *online*):

Neste caso, o que importa é a contribuição dos segurados. Assim, apenas a necessidade decorrente de pouca renda não dá direito à proteção previdenciária. É necessário que a pessoa atingida pela contingência social tenha a qualidade de contribuinte do sistema de previdência social.

No Brasil, qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, que exerça atividade remunerada filia-se, automaticamente, ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, sendo obrigada a efetuar contribuições ao sistema previdenciário, excluindo-se desta regra apenas as pessoas já vinculadas a algum dos regimes próprios de previdência. Assim, a previdência social possui tanto o caráter de garantia, como de seguro e contribuição.

3. A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO

Desde o final do século XIX, homens e mulheres têm sido tratados de forma diferente pelas legislações previdenciárias de vários países. Historicamente, o Brasil construiu o seu sistema previdenciário baseado nos critérios de gênero, conforme apontado por Ferraro (2018, p. 2), *in verbis*:

Historicamente, os sistemas previdenciários brasileiros foram constituídos com base nos contratos de gênero, sendo que o homem assumia o papel de provedor, enquanto a mulher, o de cuidadora da casa, dos filhos, protetora do lar, ou seja, dos dependentes. Isso delimitava, claramente, a posição de dependência da mulher para o sistema. O próprio sistema jurídico limitava a condição social da mulher, não possibilitando a participação nas decisões políticas tampouco econômica na sociedade.

Embora as mulheres brasileiras, ao longo do tempo, tenham conquistado gradativamente seu espaço no mercado de trabalho, assumindo, em muitos casos, o papel de provedora da família – e, conseqüentemente, deixando de ocupar o papel de dependente do sistema previdenciário –, persistem os critérios diferenciadores em razão do gênero sexual para a concessão de aposentadoria.

Nesse sentido, apesar da Constituição Federal de 1988 dispor em seu artigo 5º que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, o próprio texto constitucional, ao prever algumas das modalidades de aposentadoria no artigo 201, §7º, inciso I, estabeleceu critérios diferenciados em razão de gênero para a concessão do citado benefício.

Entretanto, os critérios diferenciadores em nada afrontam o princípio constitucional da igualdade, pois conforme leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 20), “o ponto nodular para exame da correlação de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *descrimen* e a discriminação legal decidida em função dele”.

Quanto ao estabelecimento de regras diferentes para a aposentadoria em razão do sexo do indivíduo, a doutrina elenca de modo especial, dentre as várias justificativas, as referentes aos aspectos biológicos e à inserção da mulher no mercado de trabalho, especialmente no que se refere à dupla jornada. A esse respeito, Leitão e Meirinho (2014, p. 339) discorrem: “certamente, o principal fundamento para a redução de limite etário para as mulheres é a dupla jornada, caracterizada pelo exercício concomitante da atividade profissional com a responsabilidade em torno da administração do ambiente familiar”.

Em harmonia com o texto original da Carta Política, a EC nº 103/2019, promulgada em 12 de Novembro de 2019, manteve o sistema binário anteriormente adotado, que consiste na adoção de diferenças em razão de sexo ao disciplinar as regras para conces-

são de aposentadoria, ao contrário das perspectivas de extinção do referido critério pela reforma previdenciária.

4. O DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL E OS CRITÉRIOS JURÍDICOS DIFERENCIADOS EM RAZÃO DO GÊNERO PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA

Conforme já articulado, o direito à Previdência Social, instituto integrante do sistema de seguridade social, está previsto no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito social fundamental e, como tal, erigido à categoria de cláusula pétrea. O professor José Afonso da Silva (2005, p. 286) leciona que os direitos sociais são:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Dessa forma, os citados direitos se materializam em uma atuação estatal objetivando garantir direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição Federal de 1988 assegurou, em seu art. 3º, significativa proteção social, elencando, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, sexo, idade ou quaisquer outras formas de discriminação”. Ainda, ao tratar especificamente de previdência, a Carta Cidadã prevê em seu art. 201 que “a previdência social sera organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória”.

Dentre os benefícios insertos no sistema de Previdência Social, em decorrência do objetivo central dessa pesquisa, destaca-se o de

Aposentadoria, que assim é definido pelo professor Fábio Zambit-
telbrahim (2010, p. 7):

A aposentadoria é a prestação previdenciária por excelência, visando garantir os recursos financeiros indispensáveis ao beneficiário, de natureza alimentar, quando este já não possui condições de obtê-lo por conta própria, seja em razão de sua idade avançada, seja por incapacidade permanente para o trabalho. Não obstante a previdência brasileira comportar prestações de outras espécies, como os benefícios por incapacidade temporária para o trabalho, a aposentadoria, principalmente por idade, é tradicionalmente almejada pela coletividade como o prêmio a ser alcançado após anos de serviço contínuo, dedicação de uma vida à profissão abraçada.

Conforme articulado, a Aposentadoria é um benefício previdenciário com status de garantia constitucional, posto que encontra-se expressamente previsto no art. 201, inciso §7º da Constituição Federal de 1988, que objetiva assegurar ao trabalhador, ainda que minimamente, as devidas condições de subsistência quando este se encontrar incapacitado, temporária ou permanentemente, para o trabalho, seja em decorrência de eventos imprevisíveis – tais como doenças e acidentes –, seja em decorrência de eventos previsíveis – a exemplo da idade avançada.

Contudo, para se adquirir o referido direito, o segurado do RGPS precisará satisfazer os requisitos contidos no mencionado dispositivo e na legislação específica, sendo ela a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

É cediço que, com a promulgação da EC nº 103/2019, de 12 de novembro de 2019, vigem no ordenamento jurídico brasileiro várias regras para concessão de aposentadoria, denominadas regras de direito adquirido, regras de transição e regras permanentes.

Nesse sentido, as regras de direito adquirido são aquelas aplicáveis aos segurados que já dispunham dos requisitos necessários

para usufruir de quaisquer das modalidades de aposentadoria existentes na data da publicação da mencionada alteração do texto constitucional; já as regras de transição são aplicáveis aos indivíduos que já integravam o sistema previdenciário brasileiro, mas que, em 12 de novembro de 2019, não apresentavam as condições para se aposentarem; e, por fim, as regras permanentes, reguladoras das aposentadorias programáveis, aplicáveis aos segurados que ingressaram no sistema previdenciário após a promulgação da EC nº 103/2019.

Considerando o cerne desse trabalho, serão analisadas as regras permanentes e os requisitos exigidos para a concessão das modalidades de aposentadoria nas quais são estabelecidos critérios materiais diferenciados entre homens e mulheres para a sua concessão, com previsão de prazos e/ou idade distintos conforme o gênero sexual do interessado.

Nesse contexto, torna-se relevante mencionar os seguintes tipos de benefício: aposentadoria por idade; aposentadoria especial do professor; aposentadoria rural; e aposentadoria especial para a pessoa com deficiência.

De acordo com o artigo 201, §7º, I e II da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela EC nº 103/2019, na aposentadoria por idade, o *discrímen* entre homens e mulheres consiste na idade e no tempo total exigidos, que serão de 62 (sessenta e dois) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuição, se mulher; e, para os homens, serão exigidos 65 (sessenta e cinco) anos de idade e 20 (vinte) anos de contribuição.

Para a concessão da aposentadoria especial de professor, o *discrímen* refere-se apenas ao critério etário em seu art. 19, inciso II na redação dada pela EC nº 103/2019, já que o tempo de contribuição exigido é de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição exclusivamente no efetivo exercício de funções de magistério na educação infantil, ensino fundamental e médio. Desse modo, a idade será de 57 (cinquenta e sete) para mulheres e 60 (sessenta) para homens.

Com relação aos trabalhadores rurais, não houve alteração das regras pela referida EC. Sendo assim, a aposentadoria por idade é concedida a esses trabalhadores com idade mínima de 60 (sessenta) anos, se homem, ou 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher, desde que tenham pelo menos 15 anos de trabalho no campo.

Quanto à aposentadoria especial da pessoa portadora de deficiência, até que a lei discipline o contido no inciso I do §1º do artigo 201 da Constituição Federal, aplicam-se as regras constantes na Lei Complementar nº 142/2013, que prevê no artigo 3º que devem ser aplicados critérios diferenciados que consideram, além do grau e do tempo de permanência da deficiência, diferenças de idade e tempo de contribuição que, tal como nas espécies acima descritas, também são estabelecidas em razão do sexo do segurado.

Vê-se, de logo, que para a concessão das modalidades de aposentadoria descritas o gênero sexual desponta como fator relevante para a concessão dos citados benefícios e a identidade de sexos está baseada na noção de feminino e masculino.

Entretanto, atualmente o critério binário de gênero nem sempre é suficiente para definir todos os seres humanos. Essa afirmação baseia-se na inexistência de previsão legal quanto ao tempo de contribuição e idade exigidos para a concessão de aposentadoria ao indivíduo transexual.

Sendo assim, é imperioso o estudo do referido sistema no que concerne à pessoa transexual, especificamente no que se refere aos requisitos estabelecidos para a concessão de aposentadoria.

5. TRANSEXUALIDADE

De acordo com os estudos de Quadrini e Venazzi (2016), a identificação sexual do indivíduo decorre de variáveis físicas e psicossociais, e baseia-se na combinação do sexo biológico e o nome que lhe é atribuído.

Nesse diapasão, é relevante diferenciar o que seria sexo biológico, sexo psíquico e sexo civil. Szaniawski (1999, p. 33) conceitua o sexo biológico:

O sexo biológico consiste no aspecto físico do indivíduo, que lhe determina o fenótipo. É o sexo decorrente das características corporais do indivíduo, ou seja, da sua aparência aos outros e a si mesmo que deriva do perfeito entrelaçamento do sexo genético com o sexo endócrino.

Dito isto, temos também o sexo psíquico, diretamente relacionado à conduta, reflete a percepção que o indivíduo tem de si mesmo; e, finalmente, o sexo civil, legal ou jurídico, que é aquele indicado na certidão de nascimento, lavrada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, identificado com base nos aspectos biológicos, conforme os órgãos genitais da pessoa registrada.

Por certo, a definição do sexo de um indivíduo não está restrita ao seu aspecto morfológico externo e pela anatomia interna, ainda que, a princípio, esses sejam os elementos considerados para uma identificação sexual, mas que permite a diferenciação na maioria dos casos.

Nesse contexto, para compreender a condição da transexualidade, é necessário analisar as noções de sexo e identidade sexual. Ainda segundo Szaniawski (1999, p. 33):

A problemática da identidade sexual de alguém é, porém, muito mais ampla do que seu simples sexo morfológico. Deve-se, pois, considerar o comportamento psíquico que o indivíduo tem diante de seu próprio sexo. Daí resulta que o sexo compõe-se da conjugação dos aspectos físico, psíquico e comportamental da pessoa, caracterizando-se, consequentemente, seu estado sexual.

A identidade sexual não está relacionada simplesmente ao sexo biológico do indivíduo, mas também ao contexto deste, envolvendo

elementos comportamentais e psicossociais. Nas palavras da professora Maria Helena Diniz (2009, p. 280-281):

Transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose racional obsessivo-compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto. O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto-extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado.

A transexualidade ainda é considerada no Brasil como um transtorno mental e comportamental, inserido como patologia na Classificação Internacional de Doenças (CID-10), embora várias entidades, a exemplo do Conselho Federal de Psicologia, discordarem da classificação desta como doença. Ressalte-se, entretanto, que já existe uma grande tendência à despatologização da transexualidade. Conforme Fluminhan (2016, p. 182):

A definição de transexualidade tem sido objeto de muita controvérsia entre especialistas da área médica, da psicologia, da sociologia, da antropologia, entre outras áreas do conhecimento. O viés patológico que a medicina impõe ao tema não é aceito de forma universal e há forte indicação de que a transexualidade deixe de figurar como transtorno psíquico na próxima versão da Classificação Internacional de Doenças a ser elaborada pela Organização Mundial da Saúde.

Pode-se concluir, em linhas gerais, que a pessoa transexual é aquela que apresenta um sexo biológico, mas intimamente sente-se como se pertencesse ao sexo oposto. Consequentemente, não se reconhecendo como inicialmente determinado, o indivíduo busca compatibilizar seu corpo com o sexo que sente ser o seu e, visando o reconhecimento de sua identificação pelo gênero ao qual sente pertencer, recorre a procedimentos diversos, tais como: ingestão de hormônio; realização de cirurgias de transgenitalização; e adotando práticas inerentes ao sexo oposto ou alterando o nome, definitivamente, de tal forma que impossibilita, na maioria das vezes, a identificação do gênero ao qual pertencera originariamente. Ao assumir e vivenciar sua nova identidade, o indivíduo espera que o Estado assim o considere e identifique.

Sensível a essa realidade social, alguns avanços já são registrados com a finalidade de proporcionar à pessoa transexual uma existência digna, como por exemplo a Portaria nº 2.803/2013 do Ministério da Saúde, que regulamentou a cirurgia de redesignação sexual a ser realizada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e a possibilidade de utilização do nome social, dentre outros.

Contudo, no campo do Direito Previdenciário, considerando essa nova realidade, a regularização da aposentadoria é um novo desafio para a Previdência Social, já que o *discrímen* de gêneros remete o aplicador do direito ao critério binário dos sexos, inviável àquela pessoa que, por sentir-se pertencente ao sexo oposto àquele inicialmente identificado, promove sua adequação ao sexo psíquico.

De logo se compreende que os transexuais enfrentam problemas para se aposentar, uma vez que a situação incomum destes remete à questão do gênero que, por conseguinte, implica na contagem diferenciada de idade e tempo de contribuição necessários para fazer jus à aposentadoria em quaisquer das modalidades analisadas no presente trabalho.

Dessa forma, pergunta-se: como se dará a aplicação do tempo de contribuição e idade exigidos para a concessão de aposentadoria

à pessoa transexual, após a alteração do seu fenótipo? Quais critérios serão utilizados: os determinados para o sexo biológico ou os referentes ao sexo jurídico?

6. A PESSOA TRANSEXUAL E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO: OMISSÃO LEGISLATIVA

Conforme articulado, em se tratando dos tipos de aposentadoria analisados, a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional dispõem de critérios materiais diferenciados em relação ao gênero, exigindo-se prazos distintos de contribuição e idades diferentes a depender do sexo do beneficiário, tendo em vista o sistema binário.

Embora existam normas específicas regulando o direito em questão, ainda não há previsão legal quanto ao tempo de contribuição e idade que devem ser exigidos para os indivíduos que tenham se submetido ao processo de transgenitalização, com a consequente alteração do sexo biológico, ou que tenham alterado o nome civil, ensejando a modificação do sexo legal ou jurídico.

Dessa forma, são inquestionáveis os transtornos de natureza objetiva e subjetiva suportados pela pessoa transexual quando do momento de usufruir da aposentadoria. Imperioso que se encontre uma solução para o problema, pois de nada adiantaria assegurar o direito à mudança de sexo sem garantir todos os direitos dela decorrentes.

Sendo a legislação previdenciária brasileira omissa, para viabilizar o direito de se aposentar conforme os critérios estabelecidos para o sexo adequado, por ocasião do requerimento do benefício, será necessário que essas pessoas se socorram da prestação jurisdicional do Estado para assegurarem o exercício desse direito previdenciário. Ao analisar o caso, deverá o juízo competente buscar uma solução justa, inspirada no sistema constitucional em vigor.

É relevante salientar que, mesmo com a possibilidade de judicialização da questão, o transexual não tem seu direito assegurado,

pois estará à mercê das convicções do julgador, submetendo-se a uma inquestionável insegurança jurídica, uma vez que, em decorrência das peculiaridades da matéria, sobre esta poderão haver decisões contraditórias.

Considerando não terem sido encontrados precedentes na jurisprudência pátria, cita-se como exemplo de intervenção judicial favorável o caso da transexual Christine Timbrell, que em 2016 obteve pela justiça inglesa o direito de se aposentar como mulher conforme a norma previdenciária de seu país, aposentando-se aos 60 (sessenta) anos de idade.

Nesse diapasão, sendo necessária a prolação de decisão judicial para a efetivação do direito da pessoa transexual, devemos atentar para a dimensão constitucional do princípio da isonomia, insculpido no art. 5º da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

7. DIGNIDADE HUMANA DA PESSOA TRANSEXUAL FACE À OMISSÃO LEGISLATIVA

Além da observância ao princípio da igualdade mencionado no capítulo anterior, merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, postulado constitucional que confere unidade e consistência ao ordenamento jurídico brasileiro, e serve diretriz interpretativa para a concretização dos direitos fundamentais. Nessa esteira, compete ao Estado o dever de respeito, proteção e promoção da dignidade, a fim de assegurar aos seus administrados o pleno exercício dos referidos direitos.

A dignidade não se resume a um ato, mas ao conjunto de atos que levam ao bem-estar e à satisfação de cada um em ser feliz da maneira como é, e não é outra a função do poder estatal senão a

de assegurar o bem comum da sociedade a que serve (CASTRO e LAZZARI, 2015, p. 19).

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inserido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e é o principal valor estabelecido pelo constituinte originário ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais na referida Carta Política. Tal princípio está amplamente assegurado no rol dos direitos e garantias individuais, direitos estes erigidos à categoria de cláusulas pétreas, núcleo intangível da Constituição Federal, conforme seu art. 60, §4º.

Considerando que o direito à previdência social se encontra no rol dos direitos sociais e, portanto, dos direitos fundamentais, assegurar os referidos direitos é resguardar a dignidade humana. Sendo assim, privar a pessoa transexual do exercício do direito fundamental à previdência importa em violação da sua dignidade, pois não faria qualquer sentido assegurar ao transexual a possibilidade de adequação ao sexo com o qual se identifica sem lhe resguardar o exercício dos direitos inerentes à referida alteração.

No campo do Direito Previdenciário, pertinente a observação de Cruz (2014, p. 34): “o que desejam os transexuais, e o que lhes é devido, é que lhe sejam outorgados a aposentadoria com a idade e o tempo de contribuição correspondente ao sexo adequado, para que os mesmos possam usufruir desse direito adquirido, por ser uma questão de dignidade”.

Isto posto, é inquestionável o dever do Estado em assegurar ao indivíduo transexual o direito à aposentadoria e, por conseguinte, conceder o referido benefício em conformidade e equivalência com o sexo adequado. Agir de forma diversa importa em nítida violação à dignidade da pessoa humana.

Não há razoabilidade em se exigir que sejam vertidas contribuições de acordo com as regras aplicáveis ao sexo inicialmente definido quando este já não corresponde à identidade sexual psicológica e nem mesmo ao sexo jurídico.

Contudo, para que seja concedida a aposentadoria pelo sexo adequado, faz-se necessária a comunicação da alteração de sexo aos órgãos públicos competentes para que sejam adotadas as providências necessárias quanto a alteração do registro da pessoa interessada, uma vez que o entendimento majoritário é pela indisponibilização no registro civil de qualquer conteúdo que vincule a pessoa transexual à sua definição de gênero inicial.

Dessa forma, se em momento anterior à alteração do sexo o indivíduo já estivesse inscrito no regime geral de previdência social, deverá buscar, junto ao INSS, a retificação do CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais).

8. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, elenca como objetivo da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem qualquer tipo de distinção. Contudo, a legislação infraconstitucional nem sempre acompanha o ritmo das alterações sociais, o que gera, não raras vezes, uma lacuna jurídica cuja consequência é, em regra, o aumento das demandas judiciais como forma de assegurar a uma pequena parcela da sociedade os direitos decorrentes das respectivas alterações.

Dessa forma, o Estado, no exercício da função primordial de promover o bem-estar de todos, sem qualquer forma de preconceito, deve adotar políticas que visem diminuir as desigualdades sociais.

No caso da concessão do benefício de aposentadoria à pessoa transexual, há uma tendência no direito comparado e no direito brasileiro à aplicação dos regramentos referentes ao sexo escolhido pelo transexual (sexo adequado), com fundamento nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como forma de igualar e assegurar o direito ao benefício para o transexual na condição de ser humano, cidadão e contribuinte.

Todavia, a fim de privilegiar a segurança jurídica, evitando decisões judiciais contraditórias, é necessário suprir a omissão do poder legislativo por meio da edição de uma lei federal específica, definindo a concessão da aposentadoria por idade, por tempore contribuição e por deficiência, conforme o sexo adequado do transexual após a transgenitalização ou alteração do sexo jurídico a fim de que a proteção social corresponda à realidade.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CRUZ, Rodrigo Chandoá da. **A concessão de aposentadoria ao transexual equivalente ao sexo adequado**. Curitiba: CRV, 2014.

CUTRIM, Valéria Campêlo. “Seguridade e previdência social: conceito, princípios constitucionais e segurados do RGPS”. **Jus.com.br. Online**. Publicado em: nov. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3jMCUv1>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 6. ed. Revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRARO, Suzani Andrade. A necessidade da aplicação de critérios diferenciados para a efetividade da igualdade de gênero entre homens e mulheres no atual contexto histórico, social e cultural da sociedade brasileira. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/35ogIBH>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. Transexualidade e aposentadoria no regime geral da previdência. **Juris Plenum Previdenciária**, ano IV, n. 13, fev. 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

QUADRINI, Maria Cristina José; VENZAZZI, Karen Fabricia. **O Direito Previdenciário dos transexuais**: percepção dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade. **Revista O Mal Estar no Direito**, v. 2, n. 2, set. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: Estudo sobre o transexualismo-aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Editora RT, 1999.

LIMITES JURISDICIONAIS DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE TRABALHO E AGRAVO

Gabriela de Lima Japiassú Aguiar de Medeiros¹

Marília Lira de Farias²

1. INTRODUÇÃO

A importância do debate quanto à definição da competência e limites de atuação jurisdicional afetos à matéria acidentária é extremada quando nos deparamos com situações que contrariam o princípio da segurança jurídica nas relações desencadeadas entre o direito do trabalho e o direito previdenciário.

O tema é atual e necessário na medida em que a recente reforma previdenciária, além de modificar institutos relevantes dos direitos prestacionais, nada alterou quanto à competência residual da justiça ordinária no julgamento de ações acidentárias, tornando evidente a necessidade de unificação e adequação do meio utilizado à resolução de demandas desta natureza.

A proximidade dos direitos previdenciário e trabalhista – que se materializa, por exemplo, na conceituação do acidente de trabalho disposta na Lei de Benefícios (Lei nº 8.312/91) e não na Consolidação da Leis do Trabalho (CLT) – embora não se confundam, por vezes, embaralha os aplicadores do direito por se tratarem dos principais redutos de cidadania, e acabam por trazer interpretações que ferem a distribuição constitucional de compe-

¹ Advogada, atuante na área trabalhista, sócia, em Recife-PE, do escritório de advocacia Martorelli Advogados, e professora universitária do Centro Universitário Brasileiro - UNIBRA.

² Advogada, especialista em Direito Previdenciário e Direito Previdenciário Empresarial. Sócia do Escritório Farias e Coelho Advogados.

tência, cuja disposição normativa tem notável arcabouço histórico, político e processual.

A imprecisão com a qual é tratada a matéria jurisdicional do estabelecimento do nexos de causalidade entre o trabalho e as doenças pelas quais são acometidos os trabalhadores segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) traz prejuízos às partes interessadas e ao sistema jurídico brasileiro, de modo que a intenção do presente estudo é discutir os limites desta atuação e aclarar as ideias quanto à distribuição de competências para processar e julgar matérias interdependentes.

2. RAZÃO CRONOLÓGICA DA COMPETÊNCIA ORDINÁRIA *RATION MATERIAE* PARA A PRECIAÇÃO DE LIDE ACIDENTÁRIA

Necessária a aproximação do legislador quanto a razão à exclusão da competência federal e trabalhista para julgamento de causas acidentárias. A conjuntura histórica nos diz que com as grandes transformações nos modelos de produção após o século XVIII devido à Revolução Industrial, à exemplo da substituição da manufatura pela maquinofatura e a fragmentação das tarefas através de processos repetitivos ou utilização precária de maquinário inapropriado, desencadearam-se doenças e acidentes laborais em seus graus mais elevados, de modo que trouxe à tona maior necessidade de discussão à proteção e reparação dos trabalhadores acidentados do que nos antecessores tempos da escravidão e servidão.

O Código Comercial Brasileiro, de 1850, timidamente registrou a primeira orientação, ainda que genérica, sobre acidente do trabalho e precedeu o Decreto Legislativo nº 3.724/1929, o qual fixou a competência da justiça comum em seu art. 22. Na concepção de Hertz (2015, p. x), significou a “emancipação infortunistica do cordão umbilical que a mantinha de alguma forma presa ao direito comum, reforçando sua autonomia do direito trabalhista específico”.

Note-se que, neste período, já havia sido criado o Conselho Nacional do Trabalho no ano de 1923, que, por sua vez, operou-se de modo vinculado ao poder executivo e de poder consultivo, não havendo previsão de discussão sobre o tema da acidentalidade, tendo como objeto, conforme exposto em seu art. 2º, “ocupar-se dos sistemas de remuneração do trabalho, contratos coletivos do trabalho, sistemas de conciliação e arbitragem, trabalho de menores, trabalho de mulheres, seguros sociais, caixas de aposentadoria e pensões de ferroviários”.

O segundo marco da regulamentação da legislação acidentária ocorreu com o Decreto-Lei nº 24.637, de 10 de Julho de 1934, o qual, dentre outras disposições, passou a equiparar a moléstia profissional à acidente do trabalho; majorou as indenizações previstas; instituiu o depósito obrigatório para garantia desta indenização; e, em seu art. 61º, permaneceu prevendo a competência do foro local para dirimir as questões à ele relativas. Sucedeu-se, então, a terceira Lei de Acidentes do Trabalho do Brasil, denº 7.036/1944, previsora da cobertura securitária privada.

Posteriormente, com a CLT, houve disciplinamento em seu art. 643, §2º, ainda vigente, nos seguintes moldes: “As questões referentes a acidentes do trabalho continuam sujeitas a justiça ordinária, na forma do Decreto n. 24.637, de 10 de julho de 1934, e legislação subsequente”.

Em 1967 duas normas foram publicadas, quais sejam o Decreto n.º 293, posteriormente revogado pela Lei nº 5.316 do mesmo ano. Aqui, se operou a relevantíssima transferência do seguro de acidentes do trabalho do setor privado para o monopólio da Previdência Social e, por esta razão, previu a competência da Justiça Federal em seu art. 16º, que, posteriormente foi suspenso pela resolução do Senado Federal n.º 1 de 1970, ante a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A Constituição Federal de 1967, assim como a de 1946, excluíram expressamente das competências da Justiça do Trabalho

os dissídios relativos à acidente do trabalho ao definir que “os dissídios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça ordinária”. Atualmente, a Lei nº 6367/1976, ainda em vigor, mantém a competência *ratione materiae* à Justiça Comum, em seu art. 19º, inciso II.

A Carta Republicana de 1988, apesar de trazer texto distinto, excetuou da competência dos juízes federais as causas que tratem de “falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”. Em seu art. 7º, inciso XXVIII, aliás, elenca o direito do trabalhador ao seguro contra acidentes de trabalho, sem excluir o direito à indenização tratando-se como dois institutos absolutamente distintos e acumuláveis, acompanhados pela Lei de Benefícios (Lei nº 8.213/1991) e pelo Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3048/1999).

Os Tribunais Superiores, portanto, validam tal interpretação nas Súmulas n.º 235 e 501 do STF e na Súmula n.º 15 do STJ, estabelecendoser exclusividade da Justiça Comum a competência para processar e julgar ações decorrentes de acidentes do trabalho. Vejamos.

Súmula 501. STF. Compete à Justiça Ordinária Estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.”

Súmula 235. STF. É competente para a ação de acidente de trabalho a Justiça cível comum, inclusive em segunda instância, ainda que seja parte autarquia seguradora”.

Súmula 15. STJ. Compete à Justiça Estadual processar e julgar litígios decorrentes de acidente do trabalho.

Vê-se que a história da acidentalidade no Brasil, na vertente da competência jurisdicional, nasceu do direito privado por pos-

suir natureza de direito comum em lugar de direito social, mesmo porque o custeio nasceu de modo não compulsório, o que justifica a competência ordinária para julgamento da matéria que exige aparelhamento e notável qualificação técnica nem sempre efetivados na Justiça dos Estados.

Para concluir os marcos temporais justificadores da competência ordinária tratada, importante revelar que a intenção do legislador tornou-se ainda mais clara quando a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 6/2019, que antecedeu a reforma da previdência contida da Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019, excluiu o art. 43, o qual garantia a possibilidade de transferência de processos para a Justiça Federal das causas relativas à acidentes do trabalho –mas jamais tratou-se qualquer intenção declinatória de competência à justiça do trabalho.

Dito isso, vejamos o caminho trilhado nas esferas previdenciária e trabalhista quando uma das partes pretender ver configurado o nexos causal existente entre a doença e o labor, ou o reconhecimento do acidente tipo.

3. ETAPAS DE CONFIGURAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O ato da caracterização acidentária laboral do infortúnio trabalhista na seara previdenciária, por seu potencial sancionatório e de múltiplos interesses, tem por detrás de sua conclusão verdadeira ciência normativa realizada por etapas que trazem razões históricas, políticas e tributárias que, notadamente, não são levadas em consideração em searas judiciais incompetentes.

O aspecto conceitual do acidente do trabalho adotado pela Previdência Social tem como base a Classificação de Schilling, criada em 1984, com o fim de diferenciar os infortúnios através da causa, assim subdividida:

- I – O trabalho como causa necessária (doenças profissionais);
- II – O trabalho como fator contributivo, mas não necessário (doenças do trabalho);
- III – O trabalho como provocador de um distúrbio latente, ou agravador de uma doença já estabelecida (doenças do trabalho).

É preciso notar que, no âmbito administrativo, é incontroversa a caracterização de acidente do trabalho ou acometimento de doença ocupacional ser competência do médico perito federal responsável pela realização da perícia designada para o trabalhador, a teor do art. 337, do RPS e 21-A, da Lei de Benefícios nº 8.213/1991.

O Regulamento da Previdência Social dispõe que os médicos peritos federais terão acesso aos ambientes de trabalho e à outros locais onde se encontrem os documentos referentes ao controle médico de saúde ocupacional e aqueles que digam respeito ao programa de prevenção de riscos ocupacionais, para verificar a eficácia das medidas adotadas pela empresa para a prevenção e controle das doenças ocupacionais. A mesma metodologia é aplicada à seara judicial comum pelas Varas Acidentárias ou, em sua ausência, pelas varas comuns.

A caracterização do acidente laboral, fatalmente, será realizada através de enquadramento por nexos de causalidade, tratado como nexos técnico previdenciário e subdividido em 3 espécies, a saber: nexos técnico profissional ou do trabalho (listas A e B do anexo II); nexos técnico individual (acidentes tipos, de trajeto e que não constam em nenhum dos nexos relacionados); e o mais polêmico nexos técnico epidemiológico (lista C, anexo II), criado, entre outras razões, pela ineficácia e subnotificação das Comunicações de Acidentes do Trabalho (CAT) através do uso da epidemiologia e estatística.

Sem embargo, o enquadramento de acidente laboral através da presunção relativa inerente a quaisquer dos nexos utilizados pelo médico perito conduz a um enquadramento jurídico-conceitual não ao enquadramento médico-científico.

Após a fixação do nexu pelo médico perito, não havendo alteração da natureza do benefício acidentário através de medidas administrativas ou judiciais que podem ser tomadas também pelo empregador, a concessão do benefício acidentário impactará no índice de frequência, gravidade e custo utilizado pela autarquia para majoração do custeio relacionado ao Seguro Acidente do Trabalho (SAT), hoje denominado GIIL-RAT– correspondente à abreviação de Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrentes de Riscos Ambientais do Trabalho.

Submete-se, então, a contribuição GIIL-RAT ao Fator Acidentário Previdenciário (FAP) previsto na Lei nº 10.666/2003, que consiste em um multiplicador variável, podendo, a depender do desempenho da empresa causadora do acidente, reduzi-lo à metade quando o FAP é igual à 0,5, até duplicá-lo quando o FAP é igual à 2. O fator é publicado anualmente através de Portaria editada pelo Ministério da Economia, com as respectivas ordens de frequência, gravidade, custo e demais elementos que possibilitem a empresa verificar o desempenho dentro da Classificação Nacional de Atividades Empresariais (CNAE) e identificar os benefícios acidentários concedidos no interstício de 2 (dois) anos anteriores.

Note-se, então, que a caracterização do acidente do trabalho mesmo em sentido estrito possui indiscutível triangularidade de interesse a ela relacionado: da empresa, pela majoração da contribuição social e obrigações trabalhistas acessórias, assim como iminente risco de ser demandada por ação regressiva previdenciária; do empregado, pelos justos direitos que lhe são inerentes como o recolhimento de FGTS, estabilidade provisória e cálculo mais favorável para benefício de aposentadoria por invalidez acidentária pós EC 103; e, por último, da própria autarquia, face o impacto direto na arrecadação realizada e necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial.

4. ETAPAS DE CONFIGURAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO NA SEARA JUDICIAL TRABALHISTA

A definição para doenças ocupacionais e profissionais, assim como o acidente de trabalho típico, está presente na legislação previdenciária e é observada pela Justiça do Trabalho. O mesmo, porém, não ocorre quando da caracterização do nexo de causalidade entre trabalho e a doença alegada pelo trabalhador segurado, nos termos já declinados.

Apesar de a Lei nº 8.213/91 trazer expresso dispositivo quanto à competência do Perito Médico Federal para caracterização da natureza acidentária da enfermidade investigada, em seu art. 21-A, tal previsão não é observada no âmbito juslaboral. Diversas reclamações trabalhistas são ajuizadas por trabalhadores que alegam acometimento por doenças do trabalho ou profissionais, sem que, no entanto, tenha sido constatado nexo de causalidade entre a doença e o trabalho por Perito Médico Federal.

Uma situação hipotética, mas extremamente comum, é quando o trabalhador que se submeteu à perícia médica promovida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e não teve atestada a existência de nexo de causalidade entre a enfermidade e o labor, gozou, então, de benefício previdenciário sob espécie 31 – ou seja, por doença considerada comum –, ajuíza reclamação trabalhista buscando reparação pelos danos morais sofridos em razão do desencadeamento da doença profissional ou do trabalho, pugnando por realização de uma perícia médica para atestar o nexo de causalidade que alega existir. O que ocorre, pela Justiça do Trabalho, é a designação de tal perícia.

É possível, inclusive, que o órgão previdenciário tenha sido demandado pelo mesmo trabalhador na justiça ordinária, em que o obreiro buscou a conversão do benefício sob espécie 31 – doença comum, para espécie 91 – por acidente de trabalho ou doença equiparada a tal. Mesmo havendo dois processos judiciais de mes-

ma autoria, temos duas perícias judiciais com objetos idênticos, podendo uma contradizer a outra e levar a resultados processuais diametralmente opostos.

O Médico do Trabalho designado pelo Juiz do Trabalho em que tramita a reclamatória, por não estar submetido à normatização utilizada pela autarquia, tendo como amostra o Manual de Acidente do Trabalho, aprovado pela Resolução INSS nº 535/2016, não segue o trâmite das diversas etapas citadas acima de modo a ocorrer a correta e isonômica constatação da existência ou não do nexo entre a enfermidade e o trabalho.

A afronta constitucional perpetrada pela Justiça do Trabalho, ao assumir a competência para a conclusão de nexo de causalidade, nos traz outra situação hipotética, porém incomum e didaticamente proveitosa, que é o empregador ajuizar reclamatória em face do empregado alegando que a concessão de benefício acidentário ocorreu de forma equivocada pelo INSS e requer designação de perícia médica para fins de sua desconfiguração e reversão das repercussões jurídicas postas, bem como das garantias concedidas. Neste caso, soa ainda mais ilegal e arbitrário o cenário denunciado.

Note-se que a ausência de participação do INSS na lide trabalhista, mesmo possuindo indiscutível interesse processual no resultado do trabalho pericial médico, justifica, entre outras razões, a incompetência da especializada para apreciação da configuração da infortunistica laboral.

Curiosamente, a Súmula 378 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao dispor acertadamente que a percepção do auxílio-doença acidentário é pressuposta à concessão da estabilidade empregatícia, com espeque no art. 118 da Lei de Benefícios, não o faz quanto aos demais institutos sancionadores relacionados ao direito do trabalho, aí incluídas as reparações civis.

Contudo, pode-se suscitar que outra perícia se faz necessária quando o trabalhador segurado não concordar com resultado daquele trabalho pericial administrativo e decidir levar a situação fática ao

conhecimento do juízo competente para decisão, já que, segundo o art. 5º, incisoXXXV da Constituição Federal vigente (CF/88), “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Sem dúvidas, não se pode permitir a conclusão pelo nexo de causalidade entre labor e agravo pelo juízo trabalhista em movimento silencioso e inconstitucional de transferência de competência sem a participação da Autarquia Previdenciária, tão interessada no resultado do trabalho pericial quanto o empregador.

5. CONCLUSÃO

Pelo histórico da competência ordinária quanto à matéria acidentária, vê-se que não houve intenção do legislador em deixar à cargo da Justiça do Trabalho ou Federal o reconhecimento, ou não, de nexo de causalidade entre doença alegada pelo trabalhador segurado e o trabalho desempenhado para o empregador. Não se discute, no entanto, a competência da Especializada em comento para processar e julgar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”, consoante inciso VI do art. 114 da Constituição Federal vigente, com redação dada pela EC nº 45/2004, e pela Súmula Vinculante 22 do STF³.

Para mais, a leitura conjunta com o art. 109, inciso I, da Carta de 1988 revela não existir lacuna normativa apta a ensejar a ignorância da competência residual ordinária em matéria acidentária através de fixação de nexo de causalidade entre doença e labor pela justiça laboral. O que existe, em verdade, é uma pluralidade subjetiva necessária ao reconhecimento do nexo técnico previdenciário e

³ A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

consequente conclusão de existência, ou não, de acidente do trabalho ou doença equiparada.

Diz Mauro Schiavi (2013, p. 263) que as ações promovidas pelos trabalhadores postulando benefícios previdenciários em face da Previdência Social decorrentes dos acidentes e doenças do trabalho fundamentados na Lei Previdenciária (Lei nº 8.213/91) não são da competência da Justiça do Trabalho, seja porque entre trabalhador e Previdência não há relação de trabalho, seja porque não há competência expressa da Justiça do Trabalho na lei processual.

Tem-se, portanto, que a titularidade de benefício acidentário é pressuposta à reparação moral e/ou material por acidente do trabalho intentada pelo trabalhador na especializada. Na mesma esteira, havendo constatação de incapacidade laborativa por equivocada configuração acidentária sob a ótica do empregador, nada obsta sua contestação não só na via administrativa, mas também judicial, de modo à, nesta última, suspender o curso da ação trabalhista por inteligência do art. 313, alínea “a”, do Código de Processo Civil (CPC).

É verdade que o ordenamento jurídico atual não hospeda pragmatismo à resolução do conflito posto, já enfraquecido pelo fracionamento das competências e fragmentações das ações públicas; porém, diante do conteúdo constitucional e do indiscutível interesse da previdência social na conclusão da existência de nexo de causalidade entre o dano e o ato do empregador, não se pode concluir de forma diversa.

Prova disso é que, desde 2011, existe a recomendação conjunta GP.CGJT 02/2011, em que o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho facultou aos desembargadores dos Tribunais Regionais do Trabalho que encaminhem as respectivas unidades da Procuradoria-Geral Federal cópias de decisões que reconheçam conduta culposa do empregador em acidente do trabalho, a fim de subsidiar o ajuizamento de ação regressiva. Essa conjectura, além de inobservar o limite da coisa julgada entre as partes, tem notória confirmação da tese defendida.

A previsão de regresso previdenciário está contida no art. 120 da Lei nº 8.213/1991, e ocorre pela finalidade de ressarcimento das despesas suportadas com o pagamento de benefícios previdenciários, causadas por atos ilícitos dos empregadores, cuja competência tem trato distinto e foi acertadamente definida por Schiavi (2013, p. x):

Não obstante a matéria esteja relacionada com a relação de trabalho e com as regras destinadas à prevenção e repressão de acidentes de trabalho e também à saúde do trabalhador, entre Previdência Social e empregador não há relação de trabalho, sendo esta ação fundamentada na responsabilidade civil. Desse modo, a competência está afeita à Justiça Federal.

Tal instituto configura mais um elemento de atração da competência ordinária à configuração acidentária do infortúnio ocorrido no ambiente de trabalho ou em razão dele diante do interesse da autarquia previdenciária em promovê-la. Não é razoável, portanto, o tratamento pela especializada como uma faculdade de “envio de cópias de decisões”, mas necessário declínio de competência não só em razão da matéria, mas também em razão da pessoa pela natureza de autarquia federal sustentada pelo INSS.

Malgrada a morosidade inerente à justiça ordinária em detrimento da justiça federal, uma justificativa que parece viável do desinteresse legislativo na alteração das competências constitucionais e infraconstitucionais é que a EC nº 103/19, em seu art. 201, §10º, voltou a prever a cobertura acidentária e comum a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado, preceito já existente pela EC nº 20/98 e jamais regulamentado.

Considerar a competência da Justiça do Trabalho para a configuração do nexa causal do infortúnio laboral é fazer letra morta da Lei Maior, desobedecer a concepção triangular de interesse processual e aplicar irrestritamente a teoria da eficácia natural da sentença

inventada por Liebman (1981), que dispunha, em linhas gerais, que um terceiro titular da relação jurídica sofre as consequências naturais de uma sentença alheia, salvo se comprovada injustiça.

Não é custoso lembrar que o direito é uno e indivisível, e que, para fins didáticos e da melhor aplicação das normas aos casos concretos, divide-se em diversas searas, a exemplo da comum, previdenciária e trabalhista. Ademais, a inadequada proteção previdenciária – como benefício por incapacidade comum em lugar de benefício por incapacidade acidentária – atenta contra interesse público e a indisponibilidade do bem previdenciário, ainda que esta última seja relativa.

Assim, em que pese a autonomia destes campos, não se pode olvidar esta unidade intrínseca ao direito, de forma que a interpretação das normas pertinentes à competência deve, lastreada no método jurídico ou hermenêutico-clássico, deve considerar o conjunto das leis em sentido amplo, ao invés de desenvolverem-se interpretações com base em dispositivos isolados de cada lei em sentido estrito existente no ordenamento jurídico pátrio.

É pela interpretação sistemática, sendo essa a que busca interpretar o preceito jurídico como parte de um sistema normativo mais amplo que o envolve, que conclui-se não haver competência da Justiça do Trabalho para configuração denexo de causalidade entre doença e trabalho e que sedia a observância dos devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) e contraditório (art. 5º, LV, CF), sendo tratada como resolução ideal da situação posta à análise.

REFERÊNCIAS

HERTZ, Jacinto Costa. **Manual de Acidente do Trabalho**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2015

LIEBMAN, Eurico Tulilo. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SAVARIS, Jose Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

O USO DO EPI E SUA EFETIVA NEUTRALIZAÇÃO NA APOSENTADORIA ESPECIAL: DA CRIAÇÃO À EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA APOSENTADORIA ESPECIAL

Rodrigo Azevedo¹

1. INTRODUÇÃO

A Aposentadoria Especial é um benefício que busca a proteção da vida e da saúde ao trabalhador, de forma preventiva, a fim de que se antecipe uma possível incapacidade ou seqüela laborativa.

Este benefício foi criado em 26 de agosto de 1960 por intermédio da Lei 3.807/60, também conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), com previsão em seu art. 31. Vejamos:

Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

Nota-se de pronto que, assim que foi criada, além da proteção àqueles que estavam expostos a agentes nocivos à saúde e à integridade física, a lei ainda protegia os que estavam expostos a atividades penosas.

¹ Bacharel em Direito pela UNICAP. Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Joaquim Nabuco, Pós-Graduação em Direito Previdenciário pelo INFOC e LLM em Direito previdenciário pela UNICAP. Sócio do escritório Stuppello, Guaraná e Azevedo Advogados e Associados.

A fim de atender o *caput* do artigo supracitado, surge o Decreto nº 53.831 de 1964 no intuito de regulamentar a aposentadoria especial, descrevendo regras para o reconhecimento deste benefício, bem como elencando agentes nocivos e também trazendo algumas categorias que estavam expostas ao risco.

Em seguida, o Decreto nº 62.755 de 1968 revogou o Decreto supracitado, estipulando ainda um prazo de 30 dias para que o Ministério do Trabalho e da Previdência Social regulamentasse a aposentadoria especial. Já em setembro de 1968, o Decreto nº 53.230 trouxe novas relações de agentes agressivos e de profissões. Em novembro de 1968, a Lei nº 5.527 restabeleceu o Decreto nº 53.831/64. Aqui, se pode observar que o Decreto nº 53.831/64 foi restabelecido por uma Lei Federal— logo, apesar de ser Decreto, tem força de Lei.

Em 1979, mais precisamente no dia no dia 24 de janeiro, foi criado o Decreto nº 83.080. Nele foi estabelecido um limite de tolerância do ruído para 90 dB (A), além de eliminar eletricidade, umidade, trabalhadores da agricultura, marítimos de convés, de câmara e da saúde, cobrador de ônibus, telegrafista, telefonista, dentre muitos outros.

Contudo, conforme já esclarecido, o Decreto nº 53.831/64 foi restabelecido por Lei Federal, portanto, mesmo após limitação imposta pelo Decreto nº 83.080/79, continuou a vigorar. Desta forma, o Decreto de 1979 não poderia revogar o Decreto de 1968, nem muito menos alterar o limite de tolerância do ruído. Por ser restabelecido por meio de Lei, prevaleceu o limite do ruído em 80 dB (A), além do enquadramento das atividades retiradas pelo Decreto nº 83.080/79.

Em seguida, a Lei nº 6.887 de 1980 implanta a possibilidade de conversão de tempo comum em tempo especial. O fator de conversão é introduzido pelo Decreto nº 8.7374/82. Mais adiante, o Decreto nº 3.048/99 altera a tabela de conversão, com redação atual dada pelo Decreto nº 4.827/2003.

Enquanto na LOPS competia ao Poder Executivo instituir a aposentadoria especial, a Constituição Federal (CF/88) passou a

competência para o Legislador— isto porque ficou determinado que o Legislativo deveria regulamentar a Aposentadoria Especial, o que não foi feito até a presente data. Por esta razão aplica-se a Lei nº 8.213/91.

Em 1991 surge a nova Lei de Benefício Previdenciário, a Lei nº 8.213/91, um destaque que merece atenção, pois diz respeito à possibilidade da conversão do tempo comum em especial, já que até então só era permitida a conversão do tempo especial em tempo comum.

Um marco importante na aposentadoria especial foi a Lei nº 9.032/95. Ela extinguiu o reconhecimento da especialidade por enquadramento de categoria profissional, passando a exigir a comprovação efetiva exposição— porém não fundamentou a forma de comprová-la—, além de extinguir a possibilidade de conversão de tempo comum em tempo especial.

Mais adiante, a Medida Provisória (MP) 1.523/96 altera o art. 58 da Lei nº 8.213, passando a competência para o Executivo, para elaborar relação de agentes agressivos. Contudo, é importante frisar que a CF/88 remete tal competência para o Legislador e não para o Executivo; logo, uma MP jamais poderia alterar o texto da Constituição.

Este decreto ainda vem revogar o art. 152 da Lei nº 8.213, a Lei nº 5.527/68 e passa a exigir Laudo Técnico para comprovação da atividade especial.

A MP 1.523 é transformada em MP 1.596 e mais adiante na Lei nº 9.528/97. Destaca-se que, com a revogação e a transformação da MP em Lei, o Decreto nº 53.831/64 ficou revogado, uma vez que este havia sido restabelecido por força de Lei.

Com a revogação do Decreto nº 53.831/64, o Decreto nº 2.172 de 05 de março de 1997 (Decreto da MP 1.596) estabelece nova relação dos agentes nocivos e elevação do ruído para 90 dB (A). Criou ainda rol de agentes agressivos, eliminando umidade, eletricidade, entre outros.

Desta forma, entre 29 de abril de 1995 e 05 de março de 1997, o enquadramento da atividade foi feito face aos Decretos nº 53.831/64

e nº 83.080/79, porém com a efetiva comprovação da exposição aos agentes nocivos.

Ressalta-se ainda que a falta da regulamentação da Lei nº 9.032/95 exigia apenas a prova do trabalho especial, mais especificamente por meio dos formulários SB-40 ou DSS 8030, sem a exigência de Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT), exceto para o ruído – que sempre exigiu a comprovação por meio de laudo.

Já com a regulamentação da Lei, por força do Decreto nº 2.172, de 06 de março de 1997, além da apresentação do SB-40 ou do DSS 8030, se fazia necessária a apresentação de LCAT, para todo os tipos de agentes nocivos.

Já em 1998, com o advento da Lei nº 9.732/98, passou a se mencionar o uso de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) em relação à atividade especial. Isto porque a Lei passa a exigir a informação de EPI eficaz no laudo, o que foi uma alteração marcante a respeito do uso de EPIs. Vejamos o art. 2º da Lei 9.732/98, que acrescentou o §6º ao art. 58 da Lei 8.312/91:

§ 2º Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

Logo, a partir do dia 03 de dezembro de 1998, surgiu o primeiro entrave a respeito do uso do EPI e o afastamento da atividade especial.

O Decreto nº 3.048/99 substituiu o Decreto nº 2.172/97, criando novo rol de agentes agressivos em seu Anexo IV, com relação similar ao do decreto anterior, e mantém o ruído em 90 dB (A).

O Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, alterou o Decreto nº 3.048/99, reduzindo o limite de tolerância do ruído de 90 dB (A), para 85 dB (A).

Por fim, através do Decreto nº 4.032/2001, a atividade especial passa a ser por meio de Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), criado pela Lei nº 9.578/97, mas somente exigido a partir de 01 de janeiro de 2004.

O LTCAT passa a ter apresentação dispensada, uma vez que o PPP é documento elaborado com base no próprio laudo. Em suma, o PPP passa a ser uma espécie de resumo das informações contidas nos LTCAT.

Feitas breves considerações da evolução histórica, atualmente existe uma aposentadoria especial que diferencia aqueles que trabalham em atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (art. 201, §1º da CF/88), devendo ainda a comprovação ser feita mediante PPP.

2. EPI EFICAZ

Para ser considerado que o EPI de fato é eficaz, a ponto de neutralizar os agentes nocivos, um conjunto de fatores devem ser adotados. Não basta o PPP apenas mencionar que o EPI é eficaz, tem que dizer quais EPIs foram fornecidos, a fim de verificar se todos os parâmetros da Norma Regulamentadora (NR) 6 foram seguidos.

Primeiro, o EPI só é fornecido quando o ambiente é insalubre ou inseguro. Segundo, quando este for fornecido, deve seguir todos os parâmetros trazidos pela Norma. Não é suficiente um PPP informar que o EPI foi fornecido com determinado Certificado de Aprovação (CA), quando este CA sequer existia no período laborado. Também não adianta o PPP indicar eficácia de EPI, quando sequer há indicação do CA que foi indicado.

Para haver uma análise completa quanto à eficácia do EPI, o PPP de alguma forma deve apresentar alguns anexos, tais como: demonstração das fichas de fornecimento de EPI; ou outro anexo com os treinamentos realizados com aquele empregado. Além de demonstrar este controle, deve informar periodicidade de forne-

cimento, validade dos equipamentos, quantidade de EPI para o número de funcionários, entre tantas outras questões. Na verdade, para caracterizar que determinado equipamento neutraliza o agente nocivo, é necessária a realização de um estudo muito mais complexo que um simples “S” no PPP.

O EPI, quando fornecido de forma adequada, deve ainda ser utilizado durante toda a jornada de trabalho. Se a jornada de trabalho é de 8 horas, não adianta o trabalhador usar apenas durante 4 ou 6 horas. Um protetor auricular, quando retirado do ouvido, perde sua total eficácia. Uma máscara que protege contra agressão por via aérea, quando retirada, também perde sua eficácia. Assim também é com qualquer outro equipamento. O treinamento e a fiscalização por parte do empregador, nestes casos, são fundamentais.

De mais a mais, se faz necessário saber quais agentes nocivos o trabalhador está exposto, como também quais EPIs são necessários para cada agente nocivo. Vejamos ainda o que trata o art. 279, §6º e 7º da Instrução Normativa (IN) 77/2015:

§ 6º Somente será considerada a adoção de Equipamento de Proteção Individual - EPI em demonstrações ambientais emitidas a partir de 3 de dezembro de 1998, data da publicação da MP nº 1.729, de 2 de dezembro de 1998, convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, e desde que comprovadamente elimine ou neutralize a nocividade e seja respeitado o disposto na NR-06 do MTE, havendo ainda necessidade de que seja assegurada e devidamente registrada pela empresa, no PPP, a observância:

I - da hierarquia estabelecida no item 9.3.5.4 da NR-09 do MTE, ou seja, medidas de proteção coletiva, medidas de caráter administrativo ou de organização do trabalho e utilização de EPI, nesta ordem, admitindo-se a utilização de EPI somente em situações de inviabilidade técnica, insuficiência ou interinidade à implementação do EPC ou, ainda, em caráter complementar ou emergencial;

II - das condições de funcionamento e do uso ininterrupto do EPI ao longo do tempo, conforme especificação técnica

do fabricante, ajustada às condições de campo;
III - do prazo de validade, conforme Certificado de Aprovação do MTE;
IV - da periodicidade de troca definida pelos programas ambientais, comprovada mediante recibo assinado pelo usuário em época própria; e
V - da higienização.
§ 7º Entende-se como prova incontestável de eliminação dos riscos pelo uso de EPI, citado no Parecer CONJUR/MPS/Nº616/2010, de 23 de dezembro de 2010, o cumprimento do disposto no § 6º deste artigo.

Vejamos ainda o que trouxe o Parecer CONJUR/MPS/Nº616/2010:

Questão 13. A informação por parte da empresa de utilização do EPI e de sua eficácia constitui motivo para o não reconhecimento da atividade exercida sob condições especiais?

74. O direito à aposentadoria especial no âmbito do RGPS está previsto no art. 201, § 1º, da Constituição, e decorre do exercício, por parte do segurado, de uma atividade sob condições prejudiciais à sua saúde ou integridade física.

75. Não se trata de benefício por incapacidade (seja real ou presumida), mas de modalidade diferenciada de benefício por tempo de contribuição, de quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o grau de nocividade do agente presente no ambiente de trabalho.

76. A comprovação da atividade especial encontra-se atualmente disciplinada no art. 58 da Lei nº 8.213, de 1991, o qual não exclui, expressa ou implicitamente, o direito à aposentadoria especial se for atestado, no laudo técnico, a informação de que a empresa fornece aos segurados Equipamento de Proteção Individual - EPI que seja eficaz.

77. Ora, se fosse imprescindível a comprovação de que houve prejuízo efetivo para a saúde ou integridade física do segurado, estaríamos diante de uma modalidade de benefício por incapacidade, o que não é o caso. Basta referir que não há qualquer previsão de a perícia médica avaliar a condição de saúde do segurado, para fins da aposentadoria especial.

78. Por outro lado, a exigência da lei sobre a comprovação da efetiva presença dos agentes nocivos no ambiente de trabalho, imprescindível para que haja enquadramento na aposentadoria especial, bem como a exigência de informação, no laudo técnico respectivo, sobre os EPIs fornecidos e sua eficácia, não impede que os segurados utilizem equipamentos de proteção eficazes contra esses agentes, tampouco exonera os empregadores do recolhimento da contribuição adicional para financiamento da aposentadoria especial.

79. em resumo: os segurados devem proteger-se contra agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho, sem que com isso fique automaticamente descaracterizado o seu direito à aposentadoria especial ou afastado o dever de recolhimento, por parte dos empregadores, das contribuições adicionais, devidas independentemente da eficácia dos EPIs. Todavia, compete ao segurado comprovar, em cada caso concreto, que os agentes nocivos estavam efetivamente presentes no ambiente de trabalho, durante toda sua jornada, devendo constar do laudo técnico informação sobre o grau de eficiência dos EPIs utilizados. Se a prova for incontestável de que os EPIs eliminaram o risco de exposição ao agente nocivo, reduzindo-lhe a intensidade a limites de tolerância, o tempo de contribuição será contado como comum, por força do não atendimento aos §§ 3º e 4º do art. 57 da Lei nº8.213, de 1991

Mais uma vez se observa que não é a mera indicação de EPI eficaz que deve afastar o reconhecimento da atividade especial.

Passando ainda para a interpretação jurisprudencial na seara trabalhista, a Súmula 289 do TST também é clara que não basta o fornecimento do EPI para afastar o pagamento do adicional de insalubridade: “O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade”.

Conforme já narrado, para haver uma efetiva eficácia do EPI, nem se fala ainda em neutralização, pois há uma série de requisitos a serem adotados. Nestas circunstâncias, um caso que merece destaque são os trabalhadores expostos a agentes biológicos.

O Conselho de Recurso do Seguro Social, ao formular o Enunciado 21, interpreta que o uso do EPI não é capaz de afastar o reconhecimento do tempo especial: “O simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho”.

Urge ressaltar que o fornecimento do EPI será benéfico para a saúde do trabalhador, minimizando a exposição ao agente nocivo ou até mesmo sendo eficaz para algum tipo de exposição. Todavia, isso não quer dizer que será eficaz para todo tipo de exposição ao qual o trabalhador está exposto no ambiente de trabalho. Para haver uma total eficácia, é necessário analisar toda forma de exposição e todo tipo de proteção possível a ser aplicada. Por exemplo, no caso de um trabalhador que recebe creme protetor contra agentes químicos, este EPI pode ser eficaz para o contato com a área em que foi aplicado, porém jamais será eficaz para o contato pelas vias aéreas, contato com os olhos, entre outros. Foi eficaz para aquilo que ele foi concebido, ou seja, proteção de pele, mas não eficaz a ponto de neutralizar toda a exposição.

Para exposição a agentes químicos, como derivados do hidrocarboneto, é necessário a utilização dos seguintes EPIs: óculos de proteção com proteção facial contra respingos; luvas de proteção de PVC; vestuário protetor adequado e sapatos fechados (material impermeável); máscara de proteção respiratória com filtro contra vapores e névoas orgânicas².

Logo, a pergunta mais correta a ser feita no PPP é se o conjunto de EPIs fornecidos e tudo que acompanha estes equipamentos neutralizam todos os agentes nocivos. EPI eficaz é diferente de neutralização.

2 Informação extraída da Ficha de Informação de Segurança para Produtos Químicos (FISPQ) da Petrobras

3. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL – USO DO EPI

A jurisprudência pátria sempre foi firme na interpretação de que o uso do EPI não descaracteriza a atividade especial. Contudo, em fevereiro de 2015, no julgamento do Tema 555, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento no sentido de se afastar a atividade especial nos casos que os EPIs realmente forem eficazes para eliminar o agente nocivo. Vejamos trecho do Acórdão:

10. Consectariamente, a primeira tese objetiva que se firma é: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial.

11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.

12. *In casu*, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de

aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores.

14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

No item 10 da ementa, o STF deixa claro a seguinte parte: “se o EPI for realmente capaz de neutralizar”. Desta forma para o EPI ser eficaz se faz necessário atender uma série de requisitos da NR 6 e não apenas uma mera indicação no PPP. Ademais, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), na via administrativa, seja por IN, por enunciado do Conselho de Recursos do Seguro Social (CRSS) ou por parecer, interpreta que a eficácia do EPI deve ser amplamente comprovada e não meramente indicada.

Já no item 11 desta ementa, o STF traz dois pontos importantes: o primeiro é o poder de polícia de fiscalizar, ou seja, reforça a tese de que o INSS deve fiscalizar o empregador, em que a “Administração poderá, no exercício da fiscalização”. Mais adiante, aplica o princípio *in dubio pro misero* ao reconhecer a atividade especial no caso de dúvida, “divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial”.

Recentemente, a Turma Nacional de Uniformização (TNU) fixou a seguinte tese, em julgamento do Tema 213:

I - A informação no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) sobre a existência de equipamento de proteção individual (EPI) eficaz pode ser fundamentadamente desafiada pelo segurado perante a Justiça Federal, desde que exista impugnação específica do formulário na causa de pedir, onde tenham sido motivadamente alegados: (i.) a ausência de adequação ao risco da atividade; (ii.) a inexistência ou irregularidade do certificado de conformidade; (iii.) o descumprimento das normas de manutenção, substituição e higienização; (iv.) a ausência ou insuficiência de orientação e treinamento sobre o uso o uso adequado, guarda e conservação; ou (v.) qualquer outro motivo capaz de conduzir à conclusão da ineficácia do EPI.

II - Considerando que o Equipamento de Proteção Individual (EPI) apenas obsta a concessão do reconhecimento do trabalho em condições especiais quando for realmente capaz de neutralizar o agente nocivo, havendo divergência real ou dúvida razoável sobre a sua real eficácia, provocadas por impugnação fundamentada e consistente do segurado, o período trabalhado deverá ser reconhecido como especial.

Sendo assim, de fato houve uma mudança de interpretação para afastar a atividade especial nos casos que o EPI comprovadamente neutraliza o agente nocivo e não nos casos que supostamente possa neutralizar.

4. DO PODER DE POLICIA E A OMISSÃO DO ESTADO

O PPP é um documento emitido de forma unilateral, sem nenhuma participação ativa do trabalhador – parte mais interessada no documento. Tendo em vista que há possibilidade de a empresa não fornecer um documento que poderá penalizá-la ou onerar ainda mais sua folha salarial e também com sua carga tributária, o Estado

deve intervir na defesa do trabalhador, parte hipossuficiente da relação de trabalho.

O Estado tem em suas mãos o Poder de Polícia, a fim de proteger o interesse público, que na aposentadoria especial é a proteção à vida, saúde, segurança, moral e meio ambiente.

Na via administrativa, o Estado pode agir de maneira preventiva, de modo a orientar, fiscalizar ou até mesmo reprimir com multas e sanções, com o objetivo de prevenir ou reprimir ilícitos.

Em situações que a via administrativa não põe solução ao problema, possui ainda o Poder de Polícia Judiciário, no qual de forma mais repressiva e ostensiva irá punir os infratores da lei.

Neste contexto, o Decreto nº 99.350/90 criou o INSS e logo em seu art. 3º atribuiu ao órgão competência para fiscalização, entre outras atribuições. Posteriormente, tal fiscalização passou a cargo da Secretária da Receita Previdenciária, mas logicamente em poder do Estado.

A própria Lei nº 8.213/91, em seu art. 125-A, implica que sejam cumpridos procedimentos não tributários impostos pela legislação, cabendo a imposição de multa em eventual descumprimento da norma.

Neste contexto, o INSS terá acesso a todos os documentos da empresa, a fim de que se analise vínculo empregatício, remuneração, entre outras informações pertinentes que possam ser úteis.

Já o Decreto nº 3.048/99, em seu art. 68, §7º, informa que “o INSS estabelecerá os procedimentos para fins de concessão de aposentadoria especial, podendo, se necessário, confirmar as informações contidas nos documentos mencionados nos § 2º e 3º”.

Com a finalidade de estabelecer procedimentos do artigo supracitado, o INSS editou a Resolução INSS/PRES 485 de 2015, a qual trouxe a forma de avaliação de inspeção do ambiente de trabalho. Destaca-se entre suas finalidades a de verificar o cumprimento de normas de segurança e higiene do trabalho, bem como informações contidas no PPP, veracidade das informações do LTCAT, entre outras. Vejamos o art. 4º desta resolução:

Art. 4º A inspeção no ambiente de trabalho terá por finalidade:
(...) II – verificar se existe, por parte da empresa, cumprimento quanto às normas de segurança e higiene do trabalho;
III – verificar a adoção e o uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador;
(...) V – verificar se as informações contidas no PPP estão em concordância com o LTCAT utilizado como base para sua fundamentação, com fins à aposentadoria especial;
VI – confirmar se as informações contidas LTCAT estão em concordância com o ambiente de trabalho inspecionado, com fins à aposentadoria especial;

Além da previsão de fiscalização, há também a previsão de cobrança de multas, que ocorre quando a empresa descumprir as normas de controle de LTCAT. Assim está previsto na Lei nº 9.528/97, art. 34, que acrescentou o §3º, ao art. 58 da Lei nº 8.213/91. O pagamento de multa também está previsto no Decreto nº 3.048/99, art. 283, I, “h” e II, “n”.

Já o Decreto nº 3.668/2000 mais uma vez reforça a possibilidade de inspeção no local de trabalho para que sejam confirmadas as informações contidas nos formulários e laudos técnicos a respeito das condições ambientais do trabalho.

Em 2003, por força do Decreto nº 4.882, o INSS fica com o dever de auditar as irregularidades e as não conformidades das informações do monitoramento biológico, bem como o gerenciamento.

Se não bastasse a cobrança de multas ante a inconsistência de informação observadas em uma possível fiscalização, deve também se aplicar a força da Lei Penal entre as tipicidades penais, as quais estão expostas no Capítulo III, como crimes por falsidades documentais, elencados entre os art. 298, 299 e 305 do Código Penal (CP).

O fiel cumprimento da norma é dever da sociedade; porém, a fiscalização é dever do Estado. Erros poderão acontecer, seja por má-fé, seja por desconhecimento, seja por negligência, imprudência ou perícia.

Conforme já dito, pode haver um interesse da empresa em omitir a exposição dos agentes nocivos ou até mesmo que se diga que o EPI é eficaz. Considerar apenas o simples “S” da eficácia do EPI, nos moldes de informação contida no PPP, sem nenhuma fiscalização do Estado, põe em risco a finalidade maior da aposentadoria especial, que é a prevenção previdenciária da vida e saúde do trabalhador.

De mais a mais, deve ainda haver uma integração do INSS com o Ministério Público do Trabalho, bem como da forte atuação dos Sindicatos de Classe, Polícia Civil e Federal, além do Ministério Público Federal e Estadual. Em outras palavras, deve haver uma integração geral entre todos aqueles que tem o poder fiscalizatório.

Aceitar de forma diversa é atribuir o ônus da prova, a parte hipossuficiente da relação. Exigir que o simples trabalhador tenha força para contestar a empresa e solicitar correções de informações inverídicas do PPP traz um desequilíbrio na balança da Justiça. Vários fatores impedem o empregado de efetuar este questionamento, tais como: receio de represálias no emprego, nos casos que possui vínculo ativo; fechamento do estabelecimento, pela dificuldade de ações autônomas; entre outras.

O que não pode se admitir é um PPP preenchido unilateralmente e sem fiscalização, que ponha em xeque a aposentadoria especial.

Logo, se vai haver a exigência de informação de eficácia do EPI, aplica-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao INSS comprovar sua eficácia de forma robusta e plena. Conforme já exposto neste trabalho, a eficácia do EPI deve ser analisada de forma mais ampla do que através de mera informação de EPI eficaz. A respeito deste entendimento de inversão de ônus da prova, vejamos decisão do IRDR da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. EPI. NEUTRALIZAÇÃO DOS AGENTES NOCIVOS. PROVA. PPP. PERÍCIA.

1. O fato de serem preenchidos os específicos campos do

PPP com a resposta 'S' (sim) não é, por si só, condição suficiente para se reputar que houve uso de EPI eficaz e afastar a aposentadoria especial.

2. Deve ser propiciado ao segurado a possibilidade de discutir o afastamento da especialidade por conta do uso do EPI, como garantia do direito constitucional à participação do contraditório.

3. Quando o LTCAT e o PPP informam não ser eficaz o EPI, não há mais discussão, isso é, há a especialidade do período de atividade.

4. No entanto, quando a situação é inversa, ou seja, a empresa informa no PPP a existência de EPI e sua eficácia, deve se possibilitar que tanto a empresa quanto o segurado, possam questionar - no movimento probatório processual - a prova técnica da eficácia do EPI.

5. O segurado pode realizar o questionamento probatório para afastar a especialidade da eficácia do EPI de diferentes formas: A primeira (e mais difícil via) é a juntada de uma perícia (laudo) particular que demonstre a falta de prova técnica da eficácia do EPI - estudo técnico-científico considerado razoável acerca da existência de dúvida científica sobre a comprovação empírica da proteção material do equipamento de segurança. Outra possibilidade é a juntada de uma prova judicial emprestada, por exemplo, de processo trabalhista onde tal ponto foi questionado.

5. Entende-se que essas duas primeiras vias sejam difíceis para o segurado, pois sobre ele está todo o ônus de apresentar um estudo técnico razoável que aponte a dúvida científica sobre a comprovação empírica da eficácia do EPI.

6. Uma terceira possibilidade será a prova judicial solicitada pelo segurado (após analisar o LTCAT e o PPP apresentados pela empresa ou INSS) e determinada pelo juiz com o objetivo de requisitar elementos probatórios à empresa que comprovem a eficácia do EPI e a efetiva entrega ao segurado.

7. O juízo, se entender necessário, poderá determinar a realização de perícia judicial, a fim de demonstrar a existência de estudo técnico prévio ou contemporâneo encomendado pela empresa ou pelo INSS acerca da inexistência razoável de dúvida científica sobre a eficácia do EPI. Também poderá se

socorrer de eventuais perícias existentes nas bases de dados da Justiça Federal e Justiça do Trabalho.

8. Não se pode olvidar que determinadas situações fáticas, nos termos do voto, dispensam a realização de perícia, porque presumida a ineficácia dos EPI's.

Neste diapasão, cabe ao Estado trabalhar de forma incisiva, a fim de que empresas tragam a informação adequada, seja pelo Poder de Polícia Administrativo, seja pelo Poder de Polícia Judiciário. Ainda que o Estado exerça tal fiscalização, o segurado deve ter o direito garantido à contestação de todas as informações contidas no PPP.

5. EXPOSIÇÃO AO AGENTE NOCIVO X PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Conforme dito, a aposentadoria especial tem natureza preventiva e não corretiva. Ela visa proteger o trabalhador de um possível dano face a exposição à saúde ou à integridade física, diferente da incapacidade para o trabalho, que tem natureza corretiva. Neste instituto, o trabalhador recebe o benefício porque já sofreu lesão a sua saúde. A aposentadoria especial, por sua vez, visa impedir que haja incapacidade ou redução para o trabalho.

O art. 57 da Lei nº 8.213/91 é bem claro ao trazer que a aposentadoria especial é destinada àqueles que estão sujeitos a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador. A norma não exige que haja o efetivo dano. Sendo repetitivo, havendo o dano, o benefício devido será por incapacidade – será um benefício corretivo e não preventivo.

Desta forma, a proteção preventiva criada pelo legislador não deve jamais ser prejudicada ante pagamento de adicionais ou benefícios. O pagamento do adicional de insalubridade, por exemplo, não deve ser a regra, mas sim a exceção. Da mesma forma a aposentadoria especial.

O ambiente de trabalho ideal deve ser salubre. O ambiente insalubre deve existir apenas quando não se há outra forma de trabalho. Antes de mais nada, deve se incentivar a aplicação de proteção coletiva. Feito todo o tipo de tentativa para tornar o ambiente salubre, se garante um local digno para o trabalho, pelo bem maior que é a saúde do trabalhador. Feito isto, logra-se êxito na proteção.

Todavia, nem sempre é possível tornar o ambiente salubre, muitas vezes por falta de interesse do empregador devido ao alto custo, outras vezes pela própria atividade ou manuseio de determinadas substâncias.

Quando se fala em proteção individual, não resta dúvidas que houve uma evolução. Pelo avanço da tecnologia, evolução das normas, educação e conscientização da sociedade, o trabalhador vem se protegendo cada vez mais de forma individual. Contudo, pela falta de aplicação de proteção coletiva com o passar dos anos, o ambiente que deveria ser cada vez mais salubre foi se transformando cada vez mais insalubre. Logo, por haver um ambiente insalubre, onde o EPI por si só não resolve, a saúde do trabalhador começou a ser posta “à venda”, seja na forma de adicional na remuneração, seja na concessão da aposentadoria especial.

No voto do tema 555 do STF, o relator chega a mencionar que nos países desenvolvidos a preocupação maior é o coletivo, neutralizando a exposição como um todo. Por falta de regulamentação do Estado, passou-se a comercializar a saúde do trabalhador.

Se não já bastasse a exposição da saúde do trabalhador, está situação se agrava ainda mais quando a compensação dada ao desgaste pela saúde do trabalhador passa a ser questionada por uma suposta utilização de EPI, retirando o pagamento do adicional e até mesmo da aposentadoria especial. Neste momento, se põe fim à prevenção da saúde do trabalhador e se presume que o ambiente é salubre.

Ora, por si só, se há fornecimento de EPI, automaticamente se subentende que o ambiente é insalubre ou expõe o trabalhador ao

risco. Se o ambiente é insalubre, a presunção deve ser pela proteção da saúde do trabalhador, afinal, a aposentadoria especial é uma forma de prevenção e não de correção.

Agora, é lógico que nos casos que fica amplamente comprovado que todos os agentes nocivos, de todas as formas, foram eliminados e neutralizados, zerando qualquer tipo de risco a saúde do trabalhador, há de convir que não se deve reconhecer a atividade especial. Porém, não é uma simples informação de uso de EPI que irá caracterizar a neutralização do agente nocivo.

O grande problema se deu na equivocada interpretação da decisão do Tema 555 do STF de que a mera indicação de EPI eficaz afasta o computo do tempo especial. Neste contexto, a primeira coisa a se buscar é um ambiente salubre. Não sendo possível o ambiente salubre, deve ser priorizado uma proteção coletiva. Ainda assim, não sendo possível a aplicação da proteção coletiva, o EPI irá ilidir a agressão à saúde do trabalhador.

Quando há fornecimento do EPI, a saúde do trabalhador está exposta. Este EPI só pode desconsiderar o tempo especial se ficar robustamente comprovado que de fato neutralizou o agente nocivo. Caso contrário, o tempo especial deve ser reconhecido, e a proteção ao empregado deve ser respeitada.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, observa-se que a aposentadoria especial se trata de um benefício autônomo, que visa proteger de forma preventiva a saúde e a vida do trabalhador, que é o bem maior tutelado. A Aposentadoria especial se antecipa ao dano à saúde e à concessão de um benefício por incapacidade.

Ao longo dos anos, a aposentadoria especial sofreu inúmeras alterações, principalmente na última década. Enquanto a Lei Geral de Benefício Previdenciários sofreu apenas uma grande alteração, no ano de 1991, a normatização específica da aposentadoria especial

sofreu incontáveis. Vezes por Decreto, vezes por Lei, tais mudanças ocorreram sem nunca passar certa segurança para aquele trabalhador que de fato esteve exposto ao agente nocivo.

No mesmo ritmo das criações das leis, a jurisprudência vem sendo alterada de maneira veloz. Muitas destas decisões causam equívocos de interpretação que afastam a vontade do legislador – que é a proteção à saúde e a vida. Entre elas está o entendimento do que vem a ser EPI eficaz e o que neutraliza o agente nocivo.

O fato é que a aposentadoria especial não pode ser afastada por mera e simples informação do empregador, quando atesta que determinado EPI é eficaz. EPI eficaz é muito mais do que seu simples fornecimento: deve passar por um controle de qualidade, treinamento, uso adequado e que ao final seja possível distinguir se o conjunto dos EPIs fornecidos são eficazes para a finalidade que é destinado ou se essa eficácia atinge a neutralização de toda forma de agressão de determinado agente nocivo.

De mais a mais, deve haver uma ação do Estado no sentido de fiscalizar as empresas, aplicar multas nos casos de infrações e até fazer com que os infratores respondam criminalmente pelos seus atos. Esta ação do Estado irá obrigar o empregador a agir de forma transparente, com a verdade dos fatos, objetivo este de toda a sociedade, além de fazer a lei ser cumprida.

Uma atuação mais incisiva do Estado irá garantir a aposentadoria a quem tem direito e afastar a aposentadoria a quem não tem direito, de modo a se fazer justiça. Soma-se ainda que esta fiscalização, a qual será aplicada na seara previdenciária, também será aproveitada na seara tributária, a fim de cobrar os impostos dos maus pagadores, aumentando a arrecadação previdenciária.

O fato é que não se tem conhecimento de ações do Estado, o que incentiva a empresa a agir de forma que mais lhe convenha e não de forma mais verdadeira. O ideal é que o trabalhador não esteja exposto a um ambiente insalubre, mas quando assim estiver, que seja protegido de forma distinta dos demais trabalhadores, de maneira

precavida. Nesse sentido, a aposentadoria especial se antecipa ao risco de prejuízo a saúde e a vida do trabalhador.

A aposentadoria especial deve ser mantida e respeitada. A mera informação unilateral de EPI eficaz e o afastamento da aposentadoria especial, precariza a saúde do trabalhador.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIEIRA, Fernando Marcelo, **Aposentadoria Especial**. São Paulo: J.H. Mizuno, 2011.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial de Profissionais da Área da Saúde & Contribuintes Individuais**. Curitiba: Juruá, 2018.

LADENTHIM, Adriane Bramante, de Castro. **Aposentadoria Especial: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>, acessado 21/10/2019, às 11:41

<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/novasnormasppp.htm>, acessado 21/10/2019, às 19:32

<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-174>, acessado 22/10/2019, às 21:34

<https://jus.com.br/artigos/29421/o-poder-de-policia-do-inss>, acessado 25/12/2019, às 20:00

<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41968/consideracoes-sobre-a-existencia-e-os-limites-do-poder-de-policia-do-in>

ss-na-analise-de-tempo-especial-implicacoes-administrativas-e-jurisdicionais, acessado 25/12/2019, às 20:11

<http://www.br.com.br/wcm/connect/e510be30-b807-4a3f-abad-aac1211d2704/fispq-oleocomb-oc-1a.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IVeS5Wv&CVID=IVeS5Wv&CVID=IVeS5Wv>, acessado 25/12/2019, às 20:58

http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/491816/RESPOSTA_PEDIDO_parecer%20616-2010.pdf, acessado 26/12/2019, às 15:02

<https://jus.com.br/artigos/71137/o-poder-de-policia-administrativa-e-comentarios-a-lei-n-19-449-18>, acessado 27/12/2019, às 18:12

https://www.inesul.edu.br/revista/arquivos/arq-idvol__1373923072.pdf, acessado 11/01/2020, às 13:47

OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O TEMA 555: O PRECEDENTE DO TEMA 555, O ÔNUS DA PROVA E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ QUANTO À EFICÁCIA DO EPI

Ricardo Souza¹

Luana Rezende²

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil vigente – CPC/2015 – trouxe mudanças relevantes no que tange aos precedentes. Atenção especial merece o art. 489, ao indicar que haverá omissão de fundamentação da decisão, inclusive interlocutória, que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula”, não identificando “seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” ou, ainda, se “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte” sem, contudo, demonstrar que há diferença no caso concreto ou ainda superação do entendimento invocado.

Certamente tal dispositivo inaugura um novo período para a advocacia, motivo pelo qual compreender seus contornos e sua extensão será de grande valia para o exercício da advocacia previdenciária.

¹ Advogado previdenciário com atuação em aposentadoria especial (RGPS) e RPPS, analista de contas do TCE-PE e presidente da Associação Brasileira de Auditoria Previdenciária (IBRAPREV). Mestre em Políticas Públicas (UFPE), especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional (Univ. Pisa), autor de livros na área previdenciária, coordenou a implantação e foi o primeiro presidente da RECIPEV.

² Advogada. Pós-graduada em D. Processual Civil, Damásio Educacional. Especializada em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos, Universidade de Pisa. Pós-graduanda em Direito e Processo Previdenciário, ICDS.

O tema dos precedentes judiciais, notadamente pós CPC/2015, é motivo de vasta e consistente doutrina, permitindo, assim, várias e largas abordagens sobre o tema. Demarcando, portanto, o campo de exploração deste trabalho, teremos a compreensão do instituto do precedente à luz do CPC/2015, destacando-se alguns exemplos relevantes de sua aplicabilidade na seara do juízo previdenciário.

2. PRECEDENTE: CONCEITO E CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Na maioria das espécies de demandas judiciais, a decisão transitada em julgado produz efeito entre as partes e terceiros com interesse jurídico na demanda. Todavia, esse rigor lógico-formal há muito que encontra temperança, porquanto um julgado isolado tem potencial de influenciar outros julgados vindouros.

Como bem observa Mancuso (2019, p. 498), “um acórdão isolado, sobretudo de Tribunal Superior, quando advenha no ambiente da jurisdição coletiva, resolvendo conflito sobre interesses metaindividuais, apresenta um natural eficácia expandida”. Essa *eficácia expandida* ganha uma força significativa com o instituto do precedente, motivo pelo qual o seu estudo é de grande valor para as partes em litígio no uso dos argumentos em combate.

Entende-se por *precedentes* “as decisões jurisdicionais anteriores ao julgamento de determinado feito” que resolvem “uma mesma questão jurídica que, posta para análise do judiciário, já conta com decisão em caso similar”; são “decisões modelos, paradigmas, que servem como ponto de partida para a nova apreciação judicial” (BERTÃO, 2016, p. 348).

A doutrina vem observando a aproximação entre o *civil law* e o *common law* elegendo os precedentes como o grande instituto realizados deste movimento. Segundo Ribeiro II (2017, p. 93), “a opção legislativa, jungindo o discurso dos recursos com o dos precedentes” criou *provimentos vinculantes*, permitindo,

por intermédio de *juílgamentos por amostragens*, que o Judiciário passe “a não mais enfrentar todos os casos idênticos, elegendo uma causa, na qual é proferida uma decisão, hábil à solução das demais”.

De grande valia o alerta de Macêdo (2019, p. 93) ao risco de equiparação indevida entre *precedente* e *ementa*: “são muito comuns os casos em que os juizes limitam-se a citar ementas como se fossem os próprios precedentes”, alertando para o risco de “má interpretação” e “desvirtuação do sistema de precedentes”.

O precedente judicial, como fonte de direito, não pode ser reduzido à ementa. Para a compreensão precisa e segura da norma gerada ou especificada em um precedente, é indispensável a leitura cuidadosa da decisão, tomando em conta os **fatos da causa**, a **argumentação** realizada no processo pelas partes e os **fundamentos** que levaram à tomada de decisão. Além disso, o juízo comparativo entre as causas é essencial, sobretudo quando os fatos substanciais sejam idênticos, podendo ser elencados em um mesmo grupo de casos. (MACÊDO, 2019, p. 94. Grifo nosso)

Ao que conclui que o precedente se refere à “integralidade” da decisão.

Necessário, nesta altura da análise, mencionar o significado da *ratio decidendi*, sempre referenciado pela doutrina para estabelecer os precisos contornos do que vem a ser precedente. Segundo Tavares (2019, p. 33) encontra-se a *ratio decidendi* com o cotejo entre a “decisão paradigma e as questões de fato que estão sendo discutidas na decisão presente”.

Comparadas a decisão paradigma *versus* as questões de fato no caso concreto, havendo a mesma *ratio decidendi*, há precedente, “caso contrário, descarta-se a decisão” nominando esta técnica de *distinguishing*.

Franzé (2016, p. 728) alerta, ademais, que o lugar adequado para identificar a *ratio decidendi* não é o enunciado da súmula, “mas

nos casos concretos que deram origem às súmulas”, o que o leva a evoluir o raciocínio:

assim como a técnica do *distinguish* consistiria na diferenciação do caso a ser solucionado com os casos que deram origem à súmula. A técnica do “overruling” consiste no fato de superar o(s) argumento(s) utilizado(s) para a solução dos casos que deram origem à súmula.

Isto posto, conclui:

Deste modo, o elemento da decisão que não influiu no resultado do julgamento é chamado de *obiter dictum* e não vinculará os demais julgamentos. Já a parte da decisão que foi decisiva para o resultado do julgamento será a *ratio decidendi*. Portanto, é possível a presença de mais de um argumento que interfira no resultado do julgamento, podendo conter *rationes decidendis*. (FRANZÉ, 2016, p. 734)

A classificação doutrinária quanto aos precedentes demonstra utilidade para a advocacia, cabendo destacar:

- a) quanto à eficácia, podem ser persuasivos ou obrigatórios/vinculantes;
- b) quanto ao conteúdo, podem ser declarativos ou criativos;
- c) por fim, quanto à hierarquia, podem ser horizontalmente vinculantes ou verticalmente vinculantes.

Os precedentes persuasivos não vinculam o juízo, tendo função argumentativa. Nesse contexto, não representa erro ou vício do julgado. Já os obrigatórios geram o dever de observância, são “modelos determinantes” e criam a “obrigação de julgar conforme o Direito”, equiparando-se ao dever de aplicar a Lei (MACÊDO, 2019, p. 88).

Os precedentes criativos criam e aplicam “a norma jurídica para o caso concreto”, frequentemente lançando mão dos princípios e analogia, enquanto os declarativos lançam mão de “uma norma

jurídica preexistente” (SERRA JÚNIOR, 2017, p. 136). Observa o autor que, “mesmo precedentes de natureza declarativa não anulam a criatividade judicial, haja vista a criação de uma norma jurídica individualizada pelo magistrado... à luz da Constituição e dos direitos fundamentais (SESMA, 1995)”.

Os precedentes horizontalmente vinculantes têm sua autoridade direcionada ao estatuto do próprio órgão julgador. Sua referência ao *common law* é evidente. “Ainda que todos os *Lords* concordassem com o equívoco ou caráter injusto da decisão, nem mesmo a própria Casa poderia superar a solução (*overruling*) ou desviá-la (*overrinding*)” (MACÊDO, 2019, p. 89)

Existe, ademais, a classificação quanto à intensidade da força vinculante, com quatro espécies: os vinculantes; vinculantes com força; vinculantes sem força; e os meramente ilustrativos. Diante da forte crítica por parte da doutrina (MACÊDO, 2019, p. 86-90) do fato de que as classificações anteriores contemplam os principais aspectos dessa classificação e, por fim, do formato objetivo deste trabalho, não se dedicará tempo à expedição exploratória de suas nuances.

3. SISTEMA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O CPC/2015, em seu art. 926, prevê o dever de uniformização e estabilidade jurisprudência dos tribunais. Já o art. 927 estabelece:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Vê-se, portanto, que o Legislador foi preciso ao estabelecer aquelas decisões colegiadas que configuram precedentes por excelência.

4. PRECEDENTES E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Nos tópicos anteriores, é possível contemplar os fundamentos doutrinários que parecem basilares para o enfrentamento dos objetivos propostos no início do trabalho. Todavia, antes de adentrar ao debate acerca do Precedente do Tema 555, é mister se fazer uma pausa na direção do objetivo primordial deste trabalho para analisar, incidentalmente, o tema da boa-fé processual frente à dicotomia *direito ao devido processo legal versus abuso de direito face aos precedentes*.

Iluminam a reflexão as palavras de Macêdo (2019, p. 431):

Parece que os precedentes judiciais, ao estruturar racionalmente a argumentação no processo judicial, **possibilitam um controle mais seguro da atuação das partes, que precisam se ater a um discurso racional, demonstrando o fim de conseguirem de boa-fé a tutela jurisdicional dos direitos, pretensões e ações que afirmam ter.** Assim, quando as razões de algum dos sujeitos processuais consistirem em mera repetição de argumentos já refutados, conotando o intento de utilizar o processo como um fim em si mesmo, deve-se utilizar o precedente como fundamento para a categorização do sujeito como litigante de má-fé.

Ora, não pode a parte se escusar de conhecer o Direito, que, com o *stare decisis* institucionalizado, abrange os precedentes judiciais. [...]

Realmente, o sistema jurídico não admite o exercício irracional e ilimitado da pretensão à tutela jurídica, que, nessas hipóteses, não configuraria nada mais do que abuso do direito de demandar ou de se defender. (Grifo nosso)

Macêdo (2019, p. 430) segue explorando o tema da litigância de má-fé no contexto da resistência injustificada aos precedentes apresentando aspectos valiosos no que tange ao dano moral. Alerta o autor que o “art. 79 estabelece a responsabilidade das partes por danos ocasionados pelo processo, destacando que tal responsabilidade possui *natureza processual*”, visto que decorre “da quebra do dever de probidade processual, e não de algum dever estabelecido em relação jurídica material”.

Por fim, conclui que tal responsabilidade abre margem para a “remuneração pelas despesas com custos referentes a honorários advocatícios” (MACÊDO, 2019, p. x), mas também

estabelece “campo fértil” para a indenização em virtude do “dano marginal do processo”, consistente no dano decorrente da demora em obter o bem da vida do processo, sofrido pelo seu legítimo titular, que, enquanto há a permanência do trâmite processual, sofre um decréscimo em sua esfera jurídica. (MACÊDO, 2019, p. x)

A exploração do tema pelo autor prossegue buscando a tipificação da litigância de má-fé nos termos do art. 80 do CPC/2015 (MACÊDO, 2019, p. 433-436). Antes da abordagem, fará bem ao leitor visualizar o mencionado artigo, com os incisos relevantes (I, VI e VII).

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
(...)
VI - provocar incidente manifestamente infundado;
VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

A escolha do inciso I, segundo o mencionado autor, exige uma adequação ao espírito da lei, propondo *integração* pelo uso da

interpretação progressiva, que seria a “ofensa direta e expressa ao precedente obrigatório”.

No que tange ao inciso VI, observa a possibilidade de o litigante de má-fé no “incidente que possua alicerce em razões já afastadas pelo Judiciário”.

Já o inciso VII é mais explícito, porquanto o enfrentamento da *ratiodecidendis* encaixa com perfeição como recurso protelatório já que, sabendo que há uma estabilidade no entendimento de um tribunal, o derrotado que insiste em recorrer nada mais faz do que protelar o final do processo, assumindo a responsabilidade pelos custos que gera, seja por sobrecarregar o Poder Judiciário com uma manobra inócua, seja por impedir, a quemé de direito, o exercício imediato do bem que será inevitavelmente tutelado.

Molina (2018, p. 734) observa que a sanção processual decorrente da litigância de má-fé tem como objetivo condutas obstrutivas da parte que resista “sem trazer nenhuma hipótese de *distinguishing* ou *overruling*”– isto é, a distinção entre o caso concreto da lide e a *ratiodecidenti* invocada ou, então, a superação do precedente invocado. Pune-se, portanto, “a mera repetição de argumentos e teses já enfrentados e rejeitados pelos tribunais superiores, que são os responsáveis por dar a última palavra quanto à interpretação do ordenamento jurídico aplicável”.

Merece destaque na abordagem de Molina (2018, p. 734) o fato de que tal conduta ofende a atividade jurisdicional, já que a parte resistente está “apostando no fator tempo e nas patologias do sistema brasileiro de justiça, que precisam de novos mecanismos de correção, entre os quais a aplicação mais contundente das penas pela litigância de má-fé, na jurisdição civil e também na trabalhista”.

É possível encaixar, às palavras de Molina (2018, p. x), o ensinamento de Macêdo (2019), mediando uma primeira compreensão, segundo a qual “o art. 80, do CPC deve ser utilizado para a construção dos limites da atuação das partes mediante os precedentes

judiciais, com institucionalização do *staredecisis*”, equilibrando-a com a compreensão de que somente é aceita a resistência mediante *argumentação jurídica plausível*.

Com o realce dessas abordagens doutrinárias é possível, agora, adentrar à seara previdenciária, compreendendo que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é o réu por excelência dessas demandas no foro judicial.

Conforme levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNPJ), atualmente são 7,8 milhões de processos tramitando, o que indica um crescimento de 52% em 4 anos (ANDRADE, 2020, *online*).

Especificamente no tema que será abordado, relacionado à polêmica acerca da eficácia do EPI e sua influência na concessão da aposentadoria especial ou no reconhecimento de períodos especiais, o fluxo mais frequente é o seguinte: o primeiro passo do segurado é solicitar o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) e demais documentos periciais junto à(s) empresa(s) na qual labora ou laborou. Em seguida, realiza requerimento administrativo ao INSS que, negando, leva o segurado a penar nos caminhos judiciais para assegurar seu direito.

Este fluxo processual, inclusive em sua dimensão anterior ao juízo, merece ser analisado à luz do tema dos precedentes e do ARE 664335/SC.

5. O PRECEDENTES JUDICIAIS DO TEMA 555 E A EFICÁCIA DO EPI PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL

O principal precedente que influencia a concessão da aposentadoria especial é o julgamento do Tema 555/STF – *Fornecimento de Equipamento de Proteção Individual - EPI como fator de descaracterização do tempo de serviço especial* – cujo ARE 664335/SC teve a relatoria do Ministro Luiz Fux.

A análise deste precedente se inicia praticando o ensinamento primeiro da nossa doutrina. Para entender o precedente, vá-se além da ementa, busque-se a *ratiodecidenti*.

Com o intuito de não aborrecer o leitor, e lançando mão do espírito de buscar a *ratiodecidenti*, destaquem-se inicialmente apenas os tópicos 10 a 12 da Decisão, ressaltando alguns aspectos mais relevantes:

10. Consectariamente, a primeira tese objetiva que se firma é: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for **realmente capaz de neutralizar** a nocividade **não haverá** respaldo constitucional à aposentadoria especial.

11. A Administração **poderá**, no exercício da **fiscalização**, **aferir** as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável *judicial review*. Em caso de **divergência ou dúvida** sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o **Judiciário** é pelo **reconhecimento do direito** ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete.

12. *In casu*, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. (sem grifos no original).

As palavras desse fragmento da Decisão são de riquíssima diretriz. Merecem ser apreciados sem pressa e com um olhar atento.

O aspecto que, de pronto, salta aos olhos é que o julgador deve buscar a verdade. No caso, saber se o EPI é “realmente eficaz”. Isto

é determinante para se refletir acerca de questões como o ônus e o método de análise probatória quanto à eficácia do EPI. Todavia, esse tema será enfrentado mais adiante, no tópico 5.2.

Por enquanto, ainda é mister server, com precisão, qual o comando que a Suprema Corte que emanar quando, iniciando o tópico 11, sentenciou “a Administração poderá”.

5.1 O Poder-dever de fiscalização e aferição pela Autarquia INSS

Lendo-se o *decisum* em apreço, especificamente o início “11. A Administração poderá...”, já nos deparamos com duas opções interpretativas. Uma contemplação superficial e descomprometida com a hermenêutica verá apenas palavras à espera de um complemento de frase. Mas, a análise rigorosa à luz do Direito Administrativo já nos aponta muitos aspectos.

A *Administração*, no caso, o INSS, *Administração Pública*, autarquia, *longa manus* do Estado. Se fosse, o INSS, uma empresa privada de seguros que visa estritamente seus interesses financeiros, quiçá pudesse fazer um esforço para dificultar o acesso do segurado ao benefício – ou ao menos tentar reduzir o valor concedido.

É por ser *Administração Pública* que o INSS, sem fazer a mínima concessão à fraude ou ilegalidade, deve procurar o benefício mais favorável. O INSS é a *longa manus* do Estado na concretização da política pública da previdência social.

Compreendendo a relevância da singela palavra *Administração*, o leitor estará capaz de entender a segunda palavra, *podará*. Se uma lei ou julgado, ditando o comportamento privado, estabelece que o termo *podará*, tem-se uma faculdade que admite um fazer ou um não fazer.

Na seara do Direito Administrativo, todavia, o termo *podará* se relaciona ao conceito de *poder-dever* do Estado e de sua *longa manus* autárquica, consoante ensinamento de Meirelles (2010, p.107), que não permite sequer um breve respiro de dúvida:

O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O Poder tem para o agente público o significado de **dever para com a comunidade e para com os indivíduos**, no sentido de que quem o detém está sempre na **obrigação de exercitá-lo**. (Grifo nosso)

É por isso que, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que *A Administração poderá aferir e fiscalizar*, a Corte Suprema comandou que, para aferir se o EPI é realmente eficaz, a Administração tem o poder-dever de fiscalizar.

Dito de outra forma, o espírito da Administração Pública perante a aferição quanto à eficácia do EPI não deve ser a inércia: “*prove-me, segurado, que o EPI não é eficaz*”. A conduta exigível do INSS, por ser Administração, é proativa, é ativa no sentido de averiguar a verdade material quanto à eficácia do EPI.

Aprofundar essa questão, apreciando o comportamento usual do INSS nos processos administrativos, admite um estudo próprio que compare a postura dificultadora do INSS no processo administrativo e em que medida sua inércia e descaso com a investigação não pode motivar a caracterização da má-fé processual.

Por enquanto, fiquemos com a conclusão de que o INSS tem o poder-dever de, já no processo administrativo, desfazer quaisquer dúvidas acerca da (in)eficácia do EPI.

Esse assunto nos leva à necessária discussão sobre a quem pertence o ônus da prova no tema da (in)eficácia do EPI, o que exige um tópico próprio e mais aprofundado.

5.2 A produção do PPP, suas diretrizes e a ausência de imparcialidade da empresa para a sua produção

Conforme Instrução Normativa INSS/DC 99/2003 e, paralelamente, a Instrução Normativa INSS/PRES 77/2015, o PPP é o formulário instituído pelo INSS, considerado como o histórico-la-

boral do trabalhador, contendo registros ambientais, resultados de monitoração biológica, dentre outras informações, que deve ser atualizado pelo menos uma vez ao ano.

De acordo com o disposto no art. 68, §9º, do Decreto 8.123/2013, será através do PPP, **emitido pela empresa ou seu proponente**, baseado em Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, nos termos da legislação trabalhista, que será feita a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos³.

Resta claro, portanto, que a emissão do PPP, bem como a contratação do profissional responsável pela elaboração do laudo técnico e, conseqüentemente, a análise da eficácia do EPI, é da empresa empregadora.

Ainda, analisando-se o art. 19 da Instrução Normativa 42/2001, percebe-se que a Autarquia previdenciária se contenta com essa mera declaração do empregador, com uma postura passiva, ao dispor que a utilização de EPI não descaracterizará o enquadramento da atividade especial, exceto se no laudo técnico constar a informação de que o EPI utilizado é capaz de neutralizar ou eliminar o agente nocivo, omitindo-se ao não fiscalizar a veracidade das informações contidas no LTCAT.

Outro agravante é o fato de que existe um percentual de contribuição pago sobre o total das remunerações pagas ao empregado para fins de financiamento da aposentadoria especial, que é variável de acordo com o risco da atividade exercida, qual seja a contribuição para o SAT. Com o advento da Lei nº 10.666/2003, em seu art. 10, foi concedida uma isenção de até 50% neste tributo, bastando declarar no PPP a eficácia do EPI na neutralização/eliminação do agente nocivo que o trabalhador estiver exposto.

³ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 770.

Tais fatos, incontestavelmente, trazem à tona o questionamento quanto à fidedignidade desta avaliação de eficácia do EPI, uma vez que as provas que devem justificar a concessão da aposentadoria especial são produzidas pelo principal interessado em obter o abatimento no pagamento da contribuição acima explanada, sem qualquer fiscalização por parte do INSS.

Inclusive, tal reflexão acerca da honestidade das declarações do formulário previdenciário é citada no Acórdão do ARE 664335/SC, Tema 555 do STF, pelos Ministros Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso ao reconhecerem a existência de duas relações distintas no âmbito da concessão da aposentadoria especial: uma de natureza tributária, entre o empregador contribuinte e o INSS; e outra, previdenciária, estabelecida entre o empregado segurado e o INSS, a respeito da contagem especial para aposentadoria, sendo inadmissível a vinculação das duas relações.

Há a relação jurídica que se estabelece entre o empregador e o INSS, que é a relação jurídica tributária. Para fazer jus a uma alíquota tributária menor, o empregador faz declaração de que fornece equipamento eficaz. Essa é uma relação de natureza tributária. E essa declaração do empregador sobre o perfil profissiográfico previdenciário, PPP, é uma declaração que está inserida no âmbito da relação tributária entre INSS e empregador contribuinte. Portanto, o empregado não tem nenhuma participação nisso, e nem pode ter. Assim, obviamente a declaração (PPP) não o afeta. A conclusão do Ministro Barroso, no final, de que essa declaração não vincula ao empregado está corretíssima, porque se trata de uma declaração no âmbito de uma relação jurídica de natureza tributária de que ele não participa. Mas não é isso que nós estamos tratando aqui. Nós estamos tratando de uma outra relação, que é a relação de natureza previdenciária, a que se estabelece entre o empregado segurado e o INSS a respeito do direito à contagem especial, aposentadoria especial. Essa relação, obviamente, não pode ser vinculada à relação tributária. (STF. ARE 664335/SC. Rel. Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 04/12/2014, p. 86)

O registro deste interesse financeiro travestido de eficácia dos equipamentos de proteção individual é facilmente encontrado nos PPP's através de informações contraditórias, questão que merece abordagem especial, motivo pelo qual será tratada no tópico a seguir.

5.3 A mera declaração da eficácia e os conflitos ou inconsistências das provas periciais

A título exemplificativo, pode-se citar os casos em que há exposição a agentes químicos, reconhecidamente cancerígenos, como o Álcool isopropílico e Chumbo, presentes na LINACH (Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos) publicada pelos Ministérios do Trabalho da Previdência e da Saúde, casos esses em que é pacífico o entendimento da inexistência de equipamento de proteção capaz de elidir completamente os riscos da exposição do trabalhador. Porém, a *contrário sensu*, no PPP a utilização de uma simples máscara é considerada suficiente, com a inserção da afirmativa “S” no campo 15.7 do referido formulário, indicando que o EPI é eficaz⁴.

De acordo com os ensinamentos de Antônio Carlos Vendrame, engenheiro de segurança do trabalho, em seu livro “*Agentes Químicos na Higiene Ocupacional. Reconhecimento, Avaliação e Controle*”, a contaminação por agentes químicos pode se dar de diversas maneiras, principalmente pela inalação, absorção cutânea e ingestão. O autor explica que a pele é considerada uma barreira natural, contudo, em contato com os agentes químicos, ao ser agredida, tem sua permeabilidade aumentada e se torna um dos principais meios de contaminação, possibilitando a chegada do agente nocivo à corrente sanguínea⁵.

⁴ PPP constante nos Processos nº 0522082-25.2017.4.05.8300 e 0504606-98.2018.4.05.8312.

⁵ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial: teoria e prática**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 56.

De igual modo são os casos que envolvem trabalhadores do ramo da saúde expostos a agentes biológicos, vírus, fungos e bactérias, com a correta descrição de desempenho de atividades de risco no formulário PPP, contudo, com a indicação de EPI eficaz, mesmo sem proteger por completo as principais vias de acesso ao organismo. Assim, claramente, a indicação de eficácia não condiz com a realidade fática da situação.

Ora, não é crível, até mesmo para os que não possuem conhecimento técnico sobre o assunto, que uma simples luva de látex possa ser eficaz para elidir os agentes biológicos presentes em um ambiente hospitalar, em que a enfermeira, por exemplo, realiza coleta de materiais, troca curativos, manuseando seringas, agulhas, em contato com enfermos, portadores de vírus, bactérias e fungos transmissíveis das mais variadas formas imagináveis, não só pelo contato, como também pelo ar e outros objetos infectados.

Tal realidade nunca foi tão palpável e de fácil explanação até o surgimento da pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19), em que ante a inexistência de um EPI eficaz, uma vez que toda a população mundial foi obrigada a permanecer em suas casas para evitar ao máximo o contágio e sua propagação, além dos diversos casos de contaminação em ambiente hospitalar, atingindo os próprios profissionais de saúde, mesmo com o uso de todos os EPI's recomendados pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Entretanto, vários acórdãos de diversas regiões do país vêm decidindo em desfavor do segurado, quando no PPP existe a mera indicação do EPI eficaz⁶, ignorando a real vontade dos julgadores quando proferiram o acórdão do Tema 555.

Diante deste contexto, é importante elucidar que a *ratiodecidedido* julgamento do Tema 555 (ARE 664335) levou à fixação de duas teses: a primeira fixada foi ampla, à medida que abrangeu todos os agentes nocivos, com exceção do ruído, consoante item 10 da ementa, o qual dispõe que:

⁶ Processo nº 0508726-26.2018.4.05.8300.

o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que, se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial.

No que tange à segunda tese fixada, resta claro que se destina *exclusivamente aos casos de submissão ao agente físico ruído*— ou seja, em relação ao caso concreto que foi levado a julgamento no Supremo. Observe-se o trecho:

na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

Por sua vez, a razão de decidir pode ser encontrada de forma expressa no seguinte trecho, constante na página 48 do Acórdão:

Ao fim e ao cabo, diante do caso concreto se referir a ruído e da complexidade e especificidade do debate em relação aos outros agentes nocivos à saúde do trabalhador, a análise da eficácia do EPI para eliminar ou neutralizar a nocividade à saúde do trabalhador exposto aos demais agentes nocivos deve ser realizada nos respectivos casos concretos, quando a questão suportar a jurisdição constitucional.

Em outras palavras, os Ministros do STF, diante da complexidade e especificidade da discussão da eficácia do EPI em relação aos diversos outros agentes nocivos à saúde do trabalhador, que não o ruído, incumbiram ao julgador de cada processo a análise da real eficácia do EPI para neutralizar ou eliminar a nocividade do agente em cada caso concreto.

Ocorre que, com a aplicação apenas da tese mais específica, acerca do ruído, aos demais agentes nocivos, transfere-se à parte hipossuficiente da relação – o segurado – o ônus da prova acerca da eficácia do EPI, quando nem mesmo a Autarquia Previdenciária foi capaz de fiscalizar a elaboração do LTCAT e, por conseguinte, a veracidade das informações declaradas pelo empregador no PPP.

A aplicação da tese acerca do ruído, equivocadamente, ampliada aos demais agentes nocivos, originou uma multiplicidade de recursos no Juizado Especial Federal, com fundamento em idêntica questão de direito, qual seja, “saber quais são os critérios de aferição da eficácia do Equipamento de Proteção Individual na análise do direito à aposentadoria especial ou à conversão de tempo especial em comum”⁷, o Tema 213 da Turma Nacional de Uniformização (TNU)⁸.

O recente julgamento do Tema 213 pela TNU, em 19 de junho de 2020, foi no mesmo sentido da “tese ampla” fixada pelo STF no Tema 555, uma vez que se entendeu pela possibilidade de relativização da informação de eficácia do EPI constante no PPP, perante à Justiça Federal, desde que exista impugnação específica do formulário na causa de pedir, sendo obrigatória a alegação de um dos motivos a seguir:

ausência de adequação ao risco da atividade; a inexistência ou irregularidade do certificado de conformidade, também chamado de certificado de aprovação; descumprimento das normas de manutenção, substituição ou higienização; ausência ou insuficiência de orientação e treinamento sobre o uso adequado, guarda e conservação; ou qualquer outro motivo capaz de conduzir à conclusão de ineficácia do EPI.

E ainda:

⁷ JUSTIÇA FEDERAL. “Temas Representativos”. **Conselho da Justiça Federal**. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2HBbOsc>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

⁸ PEDILEF n°. 0004439-44.2010.4.03.6318/SP.

II – considerando que o equipamento de proteção individual (EPI) apenas obsta a concessão do reconhecimento do trabalho em condições especiais quando for realmente capaz de neutralizar o agente nocivo, havendo divergência real ou dúvida razoável sobre a sua real eficácia, provocadas por impugnação fundamentada e consistente do segurado, o período trabalhado deverá ser reconhecido como especial.

Claramente, a TNU prestigiou a razão de decidir dos Ministros do STF, ao passo que se busca a verdade real dos fatos, não se contentando com a “verdade documental”, mera aposição de um “S” no campo referente à eficácia do EPI.

É importante rememorar que o Direito Previdenciário compõe o Sistema de Seguridade Social, possuindo, portanto, caráter protetivo e assistencial ao cidadão, constituindo assim um direito social.

Neste sentido, brilhantemente, Diego Henrique Schuster e Maria Fernanda Wirth no artigo “*A caracterização da Atividade Especial pelo Agente Físico Ruído: Quando o mais Importante não importa na formação da jurisprudência de observância obrigatória*”, mencionaram a seguinte lição de Marcus Orione Correia:

a leitura do sistema de Seguridade Social deve ser feita a partir da Constituição e não a partir dos atos normativos infraconstitucionais ou mesmo dos atos administrativos, que, aparentemente, possuem efeito normativo. Em especial, em matéria previdenciária, não é possível ceder à primeira tentação de dizer o direito apenas a partir daquilo que dizem as instruções normativas, as portarias e os demais atos administrativos. (SCHUSTER e WIRTH, 2019, p. x)

Assim, é imprescindível que os precedentes sejam julgados e interpretados almejando atingir os mesmos objetivos sociais, não apenas como uma mera interpretação de atos normativos infraconstitucionais ou atos administrativos e portarias.

5.4 O ônus da prova e os 3 obstáculos de proteção social

Em que pese a inequívoca diretriz do STF, ainda se encontram decisões que não reconhecem períodos especiais sob o fundamento de que não ficou provada a ineficácia do EPI, que as provas dos autos são insuficientes/inconclusivas para atestar a ineficácia ou, ainda, que por serem contraditórias, conflitivas quanto ao quesito.

É visível, portanto, que muitas sentenças e decisões mantêm resistência quanto à aplicação do precedente em análise. *A questão crucial é: a quem o STF, apreciando a Constituição Federal, impôs o ônus de provar se o EPI é (in)eficaz? Foi ao segurado?*

A leitura da *ratiodecidenti* não apenas é inequívoca, como apresenta 3 *desafios probatórios que visam à proteção social do segurado*—leia-se, efetividade do direito social à previdência, inscrito no art. 6º, da CF. Peça-se vênua ao leitor e se repita a transcrição do trecho em que o STF que enfrenta a questão:

A Administração **poderá**, no exercício da **fiscalização**, **afерir** as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável *judicial review*. Em caso de **divergência ou dúvida** sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o **Judiciário** é pelo **reconhecimento do direito** ao benefício da aposentadoria especial. (Grifo nosso)

Começemos pelo final do raciocínio para perceber que, havendo *divergência* ou *dúvida* acerca da real eficácia do EPI, o direito deve ser concedido, seja pela Administração, seja pelo INSS. Tem-se a divergência quando as provas entram em conflito ou apontam para sentidos diversos quanto à “real eficácia”. Tem-se dúvida quando as provas são insuficientes, não permitem conclusões acerca da “real eficácia”. Ou seja, não há dúvida de que, para negar-se o direito à aposentadoria especial, ou ao reconhecimento de períodos especiais, o ônus da prova não é do segurado.

Assim, agride o precedente, o INSS invocar fragilidade, insuficiência, contradição ou carência de provas. Se assim o faz, o INSS está corrompendo a *ratiodecidenti*. Mais grave ainda será a inversão do ônus da prova pelo magistrado que vir a negar o direito com fundamento em dúvida ou divergência quanto à eficácia do EPI.

Em suma, no processo civil compete ao INSS o ônus de provar a eficácia do EPI e se não consegue fazê-lo no processo civil, não deveria ter negado o benefício no estágio administrativo.

O outro aspecto que esse breve e rico trecho do Tema 555 nos traz é a visível demarcação de 3 *desafios probatórios que visam à proteção social do segurado quanto ao uso do EPI*.

O primeiro desafio é a prova eficaz pelo empregador. Se o empregador for capaz de apresentar documentos periciais que demonstrem a real eficácia do EPI, o segurado não fará jus à aposentadoria especiais, podendo o INSS negar de pronto o direito.

A experiência da advocacia previdenciária aponta várias dificuldades das empresas, conforme já abordado no tópico 5.2

Caberá ao INSS analisar os laudos periciais e PPPs e, sendo a empresa incapaz de demonstrar a eficácia, havendo *divergência* ou *dúvida*, deve conceder o direito. Agora o desafio é lançado sobre a Autarquia, à qual compete realizar fiscalizações, periciais e tudo o que considerar necessário para aferir a verdade.

Somente em caso de certeza quanto à real eficácia é que o INSS deve negar o benefício – é isso que está dito expressamente pelo STF: *em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI, a premissa a nortear a Administração é reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial*.

O terceiro e último desafio para a negativa ao direito do segurado é provar a eficácia no foro judicial. Agora, a análise dos documentos produzidos na empresa, produzidos pelo INSS, perícias judiciais, audiências, testemunhas, se provarem a eficácia, não haverá o direito.

Em resumo, compete à empresa provar a eficácia do EPI perante o INSS e compete ao INSS provar a eficácia do EPI perante o poder

judiciário. Se após todas essas etapas ainda restarem *divergência* ou *dúvida*, o direito deve ser reconhecido.

6. PROCESSO ADMINISTRATIVO, ÔNUS DA PROVA E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ FRENTE AO PRECEDENTE JUDICIAL

Cumpra, preliminarmente, observar que o que se demonstrará a partir de agora não se adstringe ao tema da (in)eficácia do EPI, mas à conduta geral do INSS no procedimento administrativo sob seu comando e suas implicações durante o processo judicial, notadamente em face ao dever de boa-fé perante os precedentes.

Para tanto, é mister, de pronto, invocar os comentários tecidos nos tópicos 4 e 5 deste trabalho no que tange ao que caracteriza a litigância de má-fé, bem como ao fato de que cumpre ao INSS, no processo administrativo, exercer seu poder-dever para aferir a verdade material.

Já no art. 659, da Instrução Normativa nº 77/2015, fica evidente qual deve ser o espírito do INSS quando tem o poder-dever de aferir a eficácia do EPI. O inciso II prevê a “atuação conforme a lei e o Direito” o que, por si, já indica que o critérios do Tema 555 detalhados nos tópicos 5.1 e 5.2 devem ser observados, já que, consoante observa fartamente a doutrina pátria (tópico 4), o precedente deve ser entendido ou como *lei* em sentido amplo ou como *fonte* de “Direito” em sentido específico.

Seguindo o espírito autárquico de *longa manus* do Estado, a IN 77/2015 prevê que atuação segundo a boa-fé (inciso V) e, explicitamente, o dever de condução do procedimento com o intuito de “resguardar os direitos subjetivos dos segurados, dependentes e demais interessados da Previdência Social” inclusive esclarecendo “requisitos necessários ao benefício ou serviço mais vantajoso” (Inciso VI).

Ou seja, há plena sintonia entre a previsão do poder-dever de aferir e fiscalizar a eficácia do EPI, prevista no Tema 555, e o espírito

da IN 77/2015 quando prevê, ao próprio INSS, o dever de respeitar os precedentes e zelar pelos direitos.

Dito de outra forma, a conduta, no caso concreto, do INSS, que impõe sobre o segurado o ônus da prova da eficácia do EPI, além de violar a própria IN, viola o direito e a boa-fé à luz do precedente do STF antes mesmo de o processo judicial se iniciar. É como se existisse uma pré-litigância de má-fé.

Negado o benefício e iniciado o processo judicial, a violação à boa-fé se agrava quando o INSS contesta o direito, alegando fragilidade ou inconclusibilidade das provas periciais quanto à ineficácia. Neste ato, ao tempo em que agride os dois primeiros desafios quanto ao ônus da prova estabelecidos pelo STF (tópico 5.2), já que, se era seu dever “aferir” e “fiscalizar” a eficácia no procedimento administrativo, e não o fez naquele estágio, não é lícito beneficiar-se da sua própria ilegalidade contra o segurado (*A ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza - princípio nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Em suma, tendo em vista o dever de o INSS aplicar a *ratio decidendi* do Tema 555 do STF, quando se “descuida” de aferir e fiscalizar a eficácia do EPI, viola o precedente já no processo administrativo (pré-litigância de má-fé) e, quando alega em seu favor, em sede de contestação, a existência de *dívida* ou *contradição*, manifesta, agora na sede do próprio Poder Judiciante, a má-fé processual.

Necessário, portanto, fazer a interligação entre esse fato e o ensinamento doutrinário de Macêdo (2019), transcrito no tópico 4, segundo o qual a resistência desarrazoada ao precedente enseja a reparação do *dano marginal do processo*, com a imposição de injustos obstáculos ao exercício do direito.

Explanando a questão por outras palavras, deve ser motivo de reflexão, para a advocacia previdenciária e ao Poder Judiciário, a aplicação de sanções processuais e o dano moral decorrente da tentativa de o INSS beneficiar-se da própria inobservância da lei e do direito.

7. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PELO JULGADOR

Se cabe ao empregador demonstrar a eficácia do EPI; se, em sua falta, cabe ao INSS aferir e fiscalizar a mencionada eficácia; e se, no processo administrativo, não for demonstrada a *real eficácia* do EPI, não é dever do segurado promover ação judicial contra a empresa para que ela ajuste o PPP, demonstrando a eficácia.

Dito de outra forma, parece desarrazoada que a decisão judicial negue o direito à aposentadoria especial ou reconhecimento de períodos especiais por entender como obrigação do segurado um prévio processo trabalhista contra o empregador que elaborou um PPP, o qual indevidamente informa a eficácia do EPI.

Em parte porque milita contra a efetividade do processo judicial, impor a um trabalhador, o qual almeja se aposentar no presente, que enfrente um processo judicial prévio, que durará anos, para, ao final – e sabendo que o INSS nega em massa esse benefício– ingressar com um novo processo judicial (o previdenciário) que durará mais alguns anos para satisfazer o seu direito.

Além de violar o bom senso, viola, ademais, o precedente que se analisa. Isto porque, como fartamente repetido, o Tema 555 estabelece 3 desafios de ônus da prova em favor do segurado.

De tal arte, tanto a exigência de um processo trabalhista prévio quanto o julgamento que nega o direito à aposentadoria especial por insuficiência ou contradição das provas, viola a *ratione decidendi* do Tema 555.

Se isto ocorre, cabe ao segurado invocar o art. 489, § 1º, VI, que considera omissa a sentença ou decisão que ignore o precedente invocado.

Dito de outra forma, se invocar o precedente do Tema 555, o segurado terá o elemento jurídico suficiente para levar a demanda até o Superior Tribunal de Justiça – STJ e ao Supremo Tribunal Federal (STF), porquanto sendo o CPC lei federal, a violação de precedente é matéria de competência do STJ. Além disso, na seara

do direito constitucional – STF – temos o tema do devido processo legal, violado pela subversão do precedente, e do Tema 555, em si, que interpreta e aplica norma constitucional.

8. CONCLUSÕES

A exposição que ora se conclui deve ser consolidada nos seguintes termos.

O Sistema de Precedentes estabelecido no CPC/2015, especialmente em seus arts. 926 e 927, conferiu um valor diferenciado às decisões colegiadas que configuram precedentes por excelência.

Nesse contexto, o direito ao recurso, se flagrantemente centrado em afronta a precedente reconhecido, sem fundamentação de *distinguishing* ou *overruling*, viola a boa-fé processual, configurando, portanto, abuso de direito.

A qualificação da má-fé processual deve expor o réu previdenciário por excelência, no Regime Geral da Previdência Social (RGPS), às devidas sanções processuais.

Esse primeiro raciocínio é plenamente aplicável ao Tema 555, que versa sobre a relevância da eficácia do EPI para fins de aposentadoria especial, tendo em vista o já citado, e ora repetido precedente:

10. Consectariamente, a primeira tese objetiva que se firma é: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial.

11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial.

Uma leitura superficial ou precipitada terá compreensão limitada à ideia-chave de que o EPI ineficaz dá direito ao reconhecimento do período especial

Todavia, muito mais é dito pelo julgado em tela e, nesses termos, compõe a *ratione decidendi* deste precedente. O extrato do precedente também contém os comandos de que a Administração – o INSS – tem o poder-dever de, ainda na fase administrativa, demonstrar a eficácia do EPI. Comando similar se direciona ao órgão julgante, que também deve reconhecer o direito se não provada a ineficácia.

Além do INSS e do Poder Judiciário, o ônus também se impõe sobre o empregador, cabendo alertar que este é pessoa jurídica de direito privado, cujos interesses financeiros podem macular a prova pericial que está a produzir.

Por este motivo, o precedente do STF impõe três barreiras de proteção social consubstanciadas no ônus da prova do empregador, do INSS e perante o órgão julgante.

Nesse contexto, preocupa o fato de alguns julgados não aplicarem o Tema 555, estabelecendo o ônus da prova da ineficácia para o segurado, ao tempo em que devem ser saudados aqueles que exigem mais que uma declaração de eficácia no PPP, mas a demonstração da real eficácia dos equipamentos de proteção.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

ANDRADE, Eduarda. Previdência: em quatro anos cresce em 52% processos contra o INSS. **FDR**. Publicado em: 17 fev. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2Hxm84p>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os Precedentes no Novo Código De Processo Civil: A Valorização da StareDecisis e o Modelo de Corte

Suprema Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 253, p. 347-385, mar. 2016.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. Construção e Aplicação do Direito: Análise da Súmula Vinculante Nº 33. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 43, Curitiba, p. 725-753, 2016.

JUSTIÇA FEDERAL. “Temas Representativos”. **Conselho da Justiça Federal**. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2HBbOsc>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial: teoria e prática**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes; et al. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOLINA, André Araújo. Litigância de má-fé por desrespeito aos precedentes. **Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB**, ano 4, n. 2, p. 707-738, 2018.

RIBEIRO II, Ricardo Chamon. A Vinculação Obrigatória (art. 927 do CPC) e a Invocação Discursiva (Distinguishing) dos Precedentes. II Congresso de Processo Civil Internacional. **Anais [...]**. Vitória, 2017.

SCHUSTER, Diego Henrique; WIRTH, Maria Fernanda. A caracterização da atividade especial pelo agente físico ruído: quando o mais importante não importa na formação da jurisprudência de observância obrigatória. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, v. 9, n. 52, ago./set. 2019.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A Vinculação Do Precedente Judicial e a Segurança Jurídica. **Revista de Informação legislativa**, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017.

TAVARES, Caroline. **RatioDecidendi e o Sistema de Precedentes no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.