



INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS

Coordenação: Ana Paula Fernandes, José Ricardo Caetano Costa,
Marco Aurélio Serau Júnior e Roberto de Carvalho Santos

Temas jurídicos relevantes sobre a efetividade do Direito Previdenciário

ISBN: 978-85-53112-02-9

Artigos selecionados no



Artigos selecionados no



Temas jurídicos relevantes sobre a efetividade do Direito Previdenciário

Coordenação

Ana Paula Fernandes
José Ricardo Caetano Costa
Marco Aurélio Serau Júnior
Roberto de Carvalho Santos

Temas jurídicos relevantes sobre a efetividade do Direito Previdenciário [recurso eletrônico] . / Ana Paula Fernandes ; José Ricardo Caetano Costa ; Marco Aurélio Serau Júnior ; Roberto de Carvalho Santos. [Coordenadores]. – Minas Gerais: IEPREV, 2019.

p. 312.

Disponível em formato pdf.
ISBN: 978-8553112-02-9

1. Direito Previdenciário, Brasil. 2. Seguridade Social, Brasil. 3. Processo Civil, Brasil. I. Título. II. Ana Paula Fernandes. III. José Ricardo Caetano Costa. IV. Marco Aurélio Serau Júnior. V. Roberto de Carvalho Santos.

APRESENTAÇÃO 11

**A APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES DA SAÚDE NO
REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RPPS – DO ESTADO DE
MINAS GERAIS, KÁTIA CRISTINA FIGUEIREDO FONSECA 12**

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 12 |
| DA APOSENTADORIA ESPECIAL DOS PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE..... | 13 |
| ASPECTOS PERICIAIS PARA AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO ESPECIAL | 14 |
| DA CARACTERIZAÇÃO DA INSALUBRIDADE..... | 15 |
| DO DESAFIO DE GARANTIR APOSENTADORIA ESPECIAL AOS SERVIDORES DA SAÚDE DO ESTADO DE MINAS GERAIS | 17 |
| DA APOSENTADORIA ESPECIAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS DA FAZENDA PÚBLICA - DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA NAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL | 17 |
| APOSENTADORIA ESPECIAL | 20 |
| APOSENTADORIA ESPECIAL NO RPPS..... | 21 |
| CONTEXTO DO ESTADO DE MINAS GERAIS | 24 |
| CONCLUSÃO | 28 |
| REFERÊNCIAS | 29 |

**A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS
REQUISITOS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA PARA IDOSOS E DEFICIENTES FÍSICOS, MARCELLA SOUZA
FRANÇA..... 33**

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 33 |
| BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO E AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA NO BRASIL..... | 35 |
| DISCUSSÃO A CERCA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS | 37 |
| CONCLUSÃO | 46 |
| REFERÊNCIAS | 48 |

| | |
|--|-----------|
| A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS AGRICULTORES FAMILIARES E CAMPONESES: ANÁLISE CRÍTICA DA INTERPRETAÇÃO DO INSS SOBRE O SIGNIFICADO DO CONCEITO JURÍDICO DE “SEGURADO ESPECIAL”, MATHEUS DE MENDONÇA GONÇALVES LEITE; JÉSSICA MARIA FERRAZ DOS SANTOS..... | 50 |
|--|-----------|

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 51 |
| A RECONSTRUÇÃO DAS CATEGORIAS SOCIAIS DO “AGRICULTOR FAMILIAR” E DO “CAMPONÊS” PARA A DEFINIÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE SEGURADO ESPECIAL..... | 59 |
| CONCLUSÃO..... | 67 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 68 |

| | |
|--|-----------|
| AS VANTAGENS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA CONSECUÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL, MARINA MORAIS SILVA..... | 70 |
|--|-----------|

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 70 |
| APOSENTADORIA ESPECIAL..... | 71 |
| CONCEITO..... | 71 |
| EVOLUÇÃO HISTÓRICA..... | 72 |
| CONDIÇÕES LEGAIS PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO NA CATEGORIA ESPECIAL..... | 74 |
| PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO E SUAS VANTAGENS..75 | |
| PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO..... | 75 |
| DAS VANTAGENS DA VIA ADMINISTRATIVA NO RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE ESPECIAL | 77 |
| DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL NA VIA ADMINISTRATIVA..... | 79 |
| POSIÇÃO DO CRSS – AGENTE AGRESSIVO RUÍDO..... | 79 |
| POSIÇÃO DO CRSS – PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PROVA PLENA A PARTIR DE 01/2004..... | 80 |
| POSIÇÃO DO CRSS – EXPOSIÇÃO À ELETRICIDADE ACIMA DE 250 VOLTS..... | 80 |
| POSIÇÃO DO CRSS – HIDROCARBONETOS AROMÁTICOS – BENZENO..... | 81 |
| CONCLUSÃO..... | 82 |
| REFERÊNCIAS..... | 83 |

| | |
|---|-----------|
| CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AOS REFUGIADOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA, SILVANIA APARECIDA DINIZ..... | 86 |
|---|-----------|

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 86 |
| A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL..... | 88 |
| DIREITO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL AOS REFUGIADOS NO BRASIL - LEGITIMAÇÃO E A VIOLAÇÃO | 91 |
| UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO | 96 |
| CONCLUSÃO | 100 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 101 |

**DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA
ANTECIPADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), SANDRO LUCENA ROSA 105**

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 105 |
| A TUTELA DE URGÊNCIA E O REQUISITO DA REVERSIBILIDADE | 107 |
| A NATUREZA ALIMENTAR DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS | 111 |
| A BOA-FÉ COMO CONDIÇÃO PARA A DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO | 113 |
| ANÁLISE JURISPRUDENCIAL..... | 114 |
| CONCLUSÃO | 115 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 118 |

**ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PREVIDENCIÁRIA COMO
FORMA DO EFETIVO ACESSO A JUSTIÇA NOS TERMOS PROPOSTOS
PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, MÁRCIO JOSÉ RIGUEIRA DE QUEIROZ
..... 120**

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 120 |
| O DEVIDO PROCESSO LEGAL | 121 |
| DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS | 124 |
| DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO..... | 132 |
| DAS VANTAGENS DO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA | 137 |
| CONCLUSÃO | 137 |
| REFERÊNCIAS | 138 |

O CONSELHEIRO INDEPENDENTE COMO MECANISMOS DE MITIGAÇÃO DE RISCO EM TOMADA DE DECISÕES NAS EFPC'S, ROBERTO CARLOS

| | |
|---|------------|
| SAMPAIO..... | 140 |
| INTRODUÇÃO..... | 140 |
| ESTRUTURA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO | 142 |
| PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ABERTA | 143 |
| PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA | 144 |
| PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E GOVERNANÇA CORPORATIVA..... | 146 |
| A FALHA NO MECANISMO DE GOVERNANÇA NOS FUNDOS DE PENSÃO NO BRASIL: O PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 268 | 148 |
| A CPI DOS FUNDOS DE PENSÃO..... | 149 |
| PROPOSTA DE LEI COMPLEMENTAR Nº 268/2016 | 152 |
| O CONSELHEIRO INDEPENDENTE | 152 |
| O CONSELHEIRO INDEPENDENTE DO IBGC | 154 |
| O CONSELHEIRO INDEPENDENTE DO CVM | 155 |
| O CONSELHEIRO INDEPENDENTE DO BM&FBOVESPA | 156 |
| CONCLUSÃO | 157 |
| REFERÊNCIAS | 159 |

TALIDOMIDA E ZIKA: O QUE ELAS TÊM EM COMUM? UMA DISCUSSÃO NA PERSPECTIVA PREVIDENCIÁRIA, PRISCILA MACHADO DE ALMEIDA DUARTE DE SOUSA.....

161

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 161 |
| ZIKA VÍRUS E SEU ASPECTO SOCIAL..... | 162 |
| PROTEÇÃO SOCIAL ÀS “MÃES E FILHOS” DA ZIKA..... | 166 |
| O CASO DA TALIDOMIDA | 169 |
| CONCLUSÃO | 171 |
| REFERÊNCIAS | 172 |

REFLEXO DO CONTRATO INTERMITENTE NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO, DANIELE DOMINGOS MONTEIRO.....

176

| | |
|-----------------|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 176 |
|-----------------|-----|

| | |
|---|-----|
| RELAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PREVIDENCIÁRIO..... | 177 |
| CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO | 180 |
| CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E QUALIDADE DE SEGURADO NO CONTRATO INTERMITENTE | 183 |
| BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE | 187 |
| ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA | 188 |
| SALÁRIO MATERNIDADE | 189 |
| APOSENTADORIA ESPECIAL | 190 |
| PENSÃO POR MORTE | 191 |
| AUXÍLIO-RECLUSÃO | 191 |
| SEGURO-DESEMPREGO | 192 |
| CONCLUSÕES..... | 193 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 194 |

**O DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL NA ÁREA DA SAÚDE E A
DISCUSSÃO ACERCA DA EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTE NOCIVO E
INEFICÁCIA DOS EPIS, SUZAINÉ APARECIDA ROSA FERNANDES DE MATTOS..... 197**

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 197 |
| BREVE HISTÓRICO..... | 198 |
| DECISÃO DO STF SOBRE O USO DE EPIS | 201 |
| CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS | 202 |
| OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS..... | 205 |
| ARGUMENTOS CONTRÁRIOS..... | 215 |
| COMPARATIVO ENTRE AS DECISÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS..... | 218 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 219 |
| REFERÊNCIAS | 220 |

**O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E A NECESSIDADE DE EMANCIPAÇÃO
SOCIAL, CARLOS DJALMA SILVA DA ROSA 222**

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 222 |
| DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL | 224 |
| ÍNDICES SOBRE A EFETIVIDADE DA ASSISTENCIAL SOCIAL EM RELAÇÃO AO COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL..... | 232 |

| | |
|---|-----|
| DA EMANCIPAÇÃO SOCIAL DOS PROGRAMAS DE BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS NO BRASIL..... | 234 |
| CONCLUSÃO | 238 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 239 |

**INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE X INCIDENTE
DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: ASPECTOS
DESTACADOS ACERCA DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES DO
ÂMBITO DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO, RENATA PRISCILA HAHN**

..... **242**

| | |
|---|-----|
| CONCEITO DE PRECEDENTE | 242 |
| RATIO DECIDENDI..... | 244 |
| FORÇA VINCULANTE | 246 |
| SEGURANÇA JURÍDICA, LIBERDADE E IGUALDADE | 246 |
| EFICÁCIA DO PRECEDENTE | 248 |
| PRECEDENTE COM EFICÁCIA VERTICAL E PRECEDENTE COM EFICÁCIA HORIZONTAL | 249 |
| PRECEDENTE COM EFICÁCIA PERSUASIVA | 252 |
| PRECEDENTE COM EFICÁCIA RELATIVA VINCULANTE | 253 |
| PRECEDENTE COM EFICÁCIA VINCULANTE | 253 |
| ANÁLISE PRÁTICA DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DO PROFESSOR | 254 |
| ANÁLISE TEMÁTICA 1 | 254 |
| ANÁLISE TEMÁTICA 2 | 256 |
| CONCLUSÃO | 257 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 259 |

**LAUDO TÉCNICO COMO PROVA SUBSTITUTIVA DE ESPECIALIDADE DO
TRABALHO NOS CASOS DE AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DO PPP,**

GISELE BÜCHELE JUCÁ..... **261**

| | |
|---|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 261 |
| BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA LEGISLATIVA PREVIDENCIÁRIA..... | 262 |
| CARACTERIZAÇÃO DO RÚIDO COMO AGENTE NOCIVO | 262 |
| PROVA DE ATIVIDADE ESPECIAL | 266 |
| PRINCIPAIS REQUISITOS PARA CONHECIMENTO DO PPP | 266 |
| PRINCIPAIS REQUISITOS LEGAIS DO LTCAT | 270 |
| LAUDO TÉCNICO COMO PROVA SUBSTITUTIVA AO PPP IRREGULAR..... | 274 |

| | |
|--|-----|
| FUNDAMENTOS PARA PRODUÇÃO E UTILIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL | 274 |
| CONCLUSÃO | 278 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 281 |

LIMITES DO ÔNUS PROBATÓRIO DO SEGURADO EM DEMANDAS DE APOSENTADORIA ESPECIAL E DECORRENTE RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSS, ERIC VINICIUS GALHARDO LOPES **284**

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 284 |
| ENTRAVES DO SEGURADO DE SE DESINCUMBIR DO ÔNUS QUE LHE COMPETE | 286 |
| MECANISMOS DE AÇÃO DO ESTADO PARA A SALVAGUARDA DO DIREITO | 287 |
| LIMITES DO ÔNUS PROBATÓRIO DO SEGURADO..... | 290 |
| RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSS | 292 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 297 |
| REFERÊNCIAS | 298 |

AUXÍLIO PARENTAL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL, PRISCILA KOHLER DELFINO DA CUNHA SOUZA..... **302**

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 302 |
| BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O CONCEITO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL..... | 303 |
| AUXÍLIO PARENTAL: CONCEITO | 304 |
| PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES PARA FUNDAMENTAR O DIREITO AO AUXÍLIO PARENTAL | 305 |
| DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 306 |
| PROTEÇÃO SOCIAL | 307 |
| PROTEÇÃO DA FAMÍLIA | 308 |
| DIREITO À SAÚDE..... | 309 |
| CONCLUSÃO | 309 |
| REFERÊNCIAS | 310 |

APRESENTAÇÃO

Com grande alegria e entusiasmo o Instituto de Estudos Previdenciários - IEPREV inaugura em seu Congresso de âmbito nacional o Concurso de Teses Jurídicas com enfoque previdenciário, mas amplitude interdisciplinar, direcionado a todo público da área, advogados, procuradores, magistrados, servidores públicos, professores e demais estudiosos dos direitos sociais.

O IEPREV possui elevada preocupação com o estudo técnico do Direito Previdenciário e visa a incentivar a produção científica e cultural no país, bem como assegurar a difusão dos trabalhos de excelência acadêmica e intelectual junto à comunidade acadêmica e ao público em geral.

O Concurso de 2018, que ocorreu concomitante ao IV Congresso de Direito Previdenciário do Ieprev, em Belo Horizonte nos dias 24 e 25 de maio, recebeu 23 artigos sendo 18 classificados ao certame, atribuindo ao melhor colocado o título “Ieprev Excelência Previdenciária”, cujo tema tratou da **CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AOS REFUGIADOS: uma análise crítica.**

O segundo e terceiro posicionados no Concurso trataram dos seguintes temas respectivamente: **DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA ANTECIPADA: uma análise crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)** e **A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS AGRICULTORES FAMILIARES E CAMPONESES: análise crítica da interpretação do INSS sobre o significado do conceito jurídico de “segurado especial”.**

O presente E-book tem por objetivo disseminar o conteúdo de alta qualidade científica produzido por todos os participantes que cumpriram com as exigências e prazos formais do regulamento e fomentar na classe previdenciária o desejo pelo estudo aprofundado dos direitos sociais e sua efetividade para a realidade dos destinatários da proteção constitucional.

Ana Paula Fernandes, Marco Aurélio Serau Júnior,
José Ricardo da Costa e Roberto de Carvalho Santos.

A APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES DA SAÚDE NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RPPS – DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Kátia Cristina Figueiredo Fonseca¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar e discutir, à luz dos regimes próprios de previdência, a falta da regulamentação legal da prática jurídica e os entraves da aposentadoria especial dos servidores da área da saúde da rede FHEMIG – Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais. O foco do trabalho é evidenciar as dificuldades encontradas pelos servidores da área da saúde no Regime Próprio do Estado de Minas Gerais em terem garantido o direito à aposentadoria especial, mesmo laborando em ambientes sob condições especiais que prejudicam a saúde ou a integridade física.

Palavras-chave: Aposentadoria especial. RPPS. Servidores estaduais. Área da saúde. Entraves.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo discutir a aposentadoria especial dos servidores da saúde da rede **FHEMIG – Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais** no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) e seus entraves, especialmente por se tratar de um direito constitucional. O tema é complexo pela ausência de legislação regulamentadora nos regimes próprios de previdência social e pela resistência administrativa estatal em conceder a aposentadoria especial aos seus servidores. Devido a essa resistência, resta aos servidores recorrer à esfera judicial, porém, devido à falta de celeridade dos processos judiciais e o alto custo processual há um desestímulo dos interessados a buscar este direito.

Cabe inicialmente definir o termo entendido como aposentadoria especial, por se tratar de um direito constitucional assegurado àqueles que se sujeitam a trabalho exercido “sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” do segurado (art. 201, §1º da CR/88). (BRASIL, 2017).

Trata-se de um benefício concedido ao cidadão que trabalha exposto a agentes nocivos a sua saúde, como calor, ruído e exposição a agentes físicos, químicos e

¹ Pedagoga e advogada previdenciária, fundadora e proprietária do Escritório de advocacia KFF advogados associados.

microbiológicos que podem afetar a integridade física daqueles que laboram nestas atividades.

O legislador garantiu a esses trabalhadores o direito de se aposentar em um período menor justamente para diminuir o tempo de exposição a esses agentes nocivos que podem causar danos irreparáveis a sua saúde cumulativamente.

Segundo Ribeiro (2018, p. 11), “o objetivo do legislador ao criar a aposentadoria especial foi unicamente o de proteger a vida, o direito fundamental do ser humano, que não pode ser ignorado pelo ordenamento jurídico, nem restringido por legislação posterior”.

A Constituição Federal garante a dignidade do homem e legitima esse direito através dos valores e princípios fundamentais constantes em seus artigos e ainda o direito desses profissionais a receber o adicional de insalubridade na sua remuneração, como uma forma de compensar o trabalhador pelo desgaste e risco inerente ao seu labor.

Para isso é necessário que seja comprovada a efetiva exposição e a habitualidade no contato com esses agentes.

O presente trabalho trata especificamente da aposentadoria especial dos profissionais da área da saúde que ficam expostos aos agentes microbiológicos no Regime Próprio de Previdência do Estado de Minas Gerais - IPSEMG.

Para isso foram utilizadas uma pesquisa bibliográfica e a experiência da autora nas esferas administrativa e jurídica.

Da aposentadoria especial dos profissionais área da saúde

Para Rocha e Savaris *apud* Ribeiro sobre os fundamentos que subsidiam essa discussão que:

Na perspectiva da seguridade social, o dado da realidade que mais importa é a vida humana e suas possibilidades de preservação digna, direitos fundamentais que expressam uma ordem de valores que deve informar todo o ordenamento jurídico e guiar a interpretação de todas as suas normas. (2018, p. 10).

Entretanto, apesar da legislação magna garantir o direito dos servidores expostos a agentes nocivos, a concessão da aposentadoria especial para os trabalhadores da saúde principalmente nos regimes próprios de previdência tem

encontrado grandes entraves, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, devido ao não reconhecimento pelo Estado na esfera administrativa e à morosidade judicial.

Destaca-se nesse estudo as atividades laborais dos médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem que atuam junto aos hospitais da rede pública de assistência à saúde do Estado de Minas Gerais. Estes profissionais têm enfrentado grande resistência por parte do Estado em reconhecer as condições especiais de trabalho.

A legislação preconiza que para haver reconhecimento das atividades especiais é necessário que o trabalho seja permanente e habitual durante 25 anos, e ainda, que estejam em contato com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas.

Atualmente no Estado de Minas Gerais só são reconhecidos, e garantido como aposentadoria especial, os profissionais lotados no hospital referência para doenças infecto contagiosas Eduardo de Menezes – da rede FHEMIG.

Entretanto vários hospitais da Rede FHEMIG, pertencente ao Estado de Minas Gerais recebem pacientes com doenças infecto contagiosas, como é o caso do Complexo Hospitalar de Urgência e Emergência do Pronto Socorro João XXIII. Mesmo assim o Estado se nega a admitir que os trabalhadores destas instituições estão submetidos aos agentes nocivos a sua saúde.

Para este reconhecimento torna-se necessária uma ação judicial, que por sua vez exige uma perícia judicial. São fatores dificultadores o desconhecimento deste direito ao benefício pelos trabalhadores e as custas judiciais que são altas.

ASPECTOS PERICIAIS PARA AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO ESPECIAL

Os métodos para aferição das condições de trabalho especial podem ser quantitativos ou qualitativos.

A metodologia descrita na Norma Regulamentadora nº 15 exige a análise quantitativa, ou seja, a mensuração de opiniões, reações, hábitos e atitudes por meio de uma amostra que a represente estatisticamente.

Nota-se que o método quantitativo representa, em princípio, a intenção de garantir a precisão dos resultados (pelo rigor matemático), evitar distorções de análise e interpretação (amostras estatisticamente representativas), possibilitando, conseqüentemente, uma margem de segurança quanto às inferências.

Há uma legislação regulamentadora que quantifica os níveis de exposição de acordo com cada agente nocivo, como é o caso do ruído, por exemplo, e são chamados de quantitativos. Contudo, em se tratando de agentes microbiológicos, tal medida se torna impossível, bastando a comprovação da exposição para que o trabalhador faça jus ao benefício, pois se trata de uma exposição qualitativa.

Os agentes nocivos mensuráveis, que estão acima dos limites estabelecidos em legislação própria, são mais objetivos e fáceis de comprovar. Entretanto, tratando-se de exposição a agentes microbiológicos não mensuráveis, como fungos, vírus e bactérias a comprovação é mais subjetiva e geralmente necessita de perícia feita por um médico ou engenheiro de segurança do trabalho nos locais de trabalho.

No caso dos profissionais da área da saúde o método para mensurar a insalubridade deve-se utilizar o critério qualitativo, conforme prevê a NR 15 anexo XIV (transcrita *ipsis litteris*): “Relação das atividades que envolvem agentes biológicos, cuja insalubridade é **caracterizada pela avaliação qualitativa**”. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2010, grifo nosso).

Da caracterização da insalubridade

Para elucidação dos fatos e melhor compreensão da matéria, cabe aqui definir doenças infectocontagiosas e os critérios adotados para caracterizar a exposição aos agentes infectocontagiosos.

Segundo o Manual de Aposentadoria Especial: “agentes biológicos: bactérias, fungos, protozoários, parasitas, vírus e outros que tenham a capacidade de causar doenças e lesões em diversos graus nos seres humanos e que podem ser chamados de patógeno”. (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, 2017, p. 106, grifo nosso).

Consonante ao entendimento adotado pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), Bramante, ao dissertar sobre a exposição aos agentes biológicos nos ensina que:

Evidente que a mera existência do agente biológico não é o suficiente para o enquadramento das atividades especial, sendo imprescindível provar que a exposição ao agente biológico possa causar prejuízo à saúde. **Não é necessário que a exposição se dê durante TODA a jornada de**

trabalho, mas que a permanência ao agente biológico possibilite a contaminação e o prejuízo a saúde do trabalhador. (LADENTHIN, 2016, p. 79, grifo nosso).

Para Duarte (2018, p. 241, grifo nosso), o entendimento a ser adotado sobre a exposição aos agentes biológicos é o de que:

Para os profissionais que atuam na área médica devem ser **reinterpretados os conceitos de habitualidade e permanência**. A carta magna expressamente determina a adoção de critérios e requisitos diferenciados [...]. **Ora não é possível restringir** o direito à aposentadoria especial apenas aos profissionais que exerçam trabalhos em estabelecimentos de saúde em **contato permanente com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas** ou com materiais contaminados.

Adotando a mesma teoria outro não tendo sido o entendimento exarado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e de outros tribunais do país, conforme demonstrado nos **recentes acórdãos** abaixo colacionados:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. LIMITES DE TOLERÂNCIA. UTILIZAÇÃO DE EPI. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO. CONECTIVOS LEGAIS. SENTENÇA MANTIDA. [...] **Para o agente nocivo biológico não há estabelecimento de nível máximo** de tolerância pela legislação de regência, bastando a simples constatação de sua presença (análise qualitativa) para ser caracterizada a nocividade, bem assim, **a exposição não precisa ocorrer durante toda a jornada de trabalho, uma vez que suficiente o contato de forma eventual para que haja risco de contração de doenças**. Precedente: TRF1, AC 0033166-94.2006.4.01.3800/MG, Rel. JUIZ FEDERAL RODRIGO RIGAMONTE FONSECA, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE MINAS GERAIS, e-DJF1 p.844 de 02/06/2015. 3. A indicação do uso eficaz de EPI não descaracteriza a especialidade da atividade exposta a agentes biológicos, **pois nenhum EPI é capaz de neutralizar totalmente os efeitos nocivos da exposição**. [...]. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL TURMA 1).

Embora a legislação e a jurisprudência afirmem que basta a presença do agente nocivo biológico para se caracterizar as atividades como especiais, o Estado

de Minas Gerais só garante a aposentadoria especial aos trabalhadores da área da saúde que trabalham efetivamente com pacientes portadores de doenças infecto contagiosas.

Entretanto, para se garantir esse direito no regime próprio do Estado de Minas Gerais, faz-se necessário ajuizar ação no Juizado Especial Estadual, que segundo a legislação tem competência absoluta para julgar causas com valor abaixo de 60 salários mínimos. Por se tratar de uma ação declaratória, as varas comuns não aceitam julgar tais ações.

No Juizado Especial Estadual não se realiza perícia para aferição das condições de trabalho especial, fato que tem inviabilizado o direito dos servidores estaduais.

DO DESAFIO DE GARANTIR APOSENTADORIA ESPECIAL AOS SERVIDORES DA SAÚDE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à comprovação da exposição ao agente nocivo, destaca-se que o recebimento da insalubridade ou da periculosidade serve como prova da exposição aos agentes nocivos e perigosos.

No entanto o Estado de Minas Gerais não considera como atividade especial somente essa condição e também não elabora os laudos técnicos que condizem com a real situação de labor dos servidores.

Devido a isso o servidor fica prejudicado pela eventual ausência de documentação que deveria ser produzida pelo próprio ente demandado de forma correta, restando a judicialização como o único caminho.

Da aposentadoria especial nos Juizados Especiais Estaduais da Fazenda Pública - do conflito de competência nas varas da Fazenda Pública Estadual

Outro grande desafio enfrentado é a falta de jurisdição para julgar tais casos, pois o valor da causa geralmente não alcança 60 salários mínimos, exigidos para ações nas varas judiciais comuns, sendo declinada a competência para os juizados especiais, que por sua vez alegam não terem competência para a realização da perícia necessária.

Para fundamentar o tema, a doutrina que trata do assunto é apresentada, assim como os principais conflitos, as decisões administrativas e o entendimento dos tribunais superiores e jurisprudências.

Nas várias ações ajuizadas sobre o tema em face da FHEMIG nas varas da fazenda pública estadual, depara-se com um grande entrave: a falta de jurisdição para o julgamento da lide.

Por se tratar de aferir o grau de insalubridade a que estão submetidos os servidores da saúde torna-se necessário o ajuizamento de uma ação trabalhista para comprovar através de perícia a realidade do labor, e, retificação do PPP, ainda por ser um ente público, estes têm como jurisdição as varas da fazenda pública.

Ocorre que, em todas as ações ajuizadas que visam a revisão do grau de insalubridade, há um conflito de competência jurisdicional, ora estas são extintas sem resolução de mérito pelos juízes do Juizado especial da Fazenda Pública Estadual por alegarem falta de recursos para a realização de perícias consideradas complexas, ora pelos juízes das Varas da Fazenda Estadual por se tratar de competência absoluta do Juizado especial pelo argumento que são ações cujo valor são abaixo de 60 salários mínimos, conforme determina o artigo 10 da Lei 12.153 de 2009.

Por outro lado, os juízes do Juizado Especial argumentam que o artigo 10 da mesma Lei, é claro em admitir somente a realização de exame técnico de menos complexidade.

O problema surge com a definição de causas de menor complexidade. Em posição majoritária na doutrina e jurisprudência, **causas de menor complexidade são aquelas que não necessitam de prova pericial**, ou qualquer outro instituto que necessite da paralisação do processo; disso resultou a permissão da prova pericial nos trâmites do microsistema – fazem menção à prova oral, documental, inspeção judicial e **a inquirição de técnicos da confiança do juiz** - justamente com o escopo do alcance de um processo célere e econômico; o próprio legislador infraconstitucional diz respeito à necessária harmonia entre o conflito e a adequada necessidade de produção de provas que ele necessita, se o conflito exigir.

Nas ações patrocinadas, destaca-se que a Perícia Técnica é complexa em caráter da matéria, ou seja, para definir o Grau de Exposição e o Grau de Insalubridade faz-se necessária a perícia no local de trabalho dos patrocinados.

O entendimento dos Juízes das Varas da Fazenda Pública e dos Desembargadores do TJMG são unânimes ao decidirem sobre a competência

Absoluta do JUIZADO ESPECIAL, para julgarem as ações alvo deste conflito. No entanto não se concede a prova pericial.

Ao fundamentar suas decisões os doutos Juízes embasam suas fundamentações nos seguintes dispositivos art. 2º, 10, 23 da Lei n. 12.153/2009 e art. 12 da Lei 10.259 de 2001.

Corroborando como os dispositivos legais, os Juízes valem-se também de decisões do STJ e do próprio TJMG, conforme o seguinte transcrito: [...] a necessidade de realização de perícia, ainda que complexa, não afasta a competência dos Juizados Especiais ou faz com que toda a matéria seja considerada de maior complexidade. Nesse sentido decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O ESTADO DO RIO DE JANEIRO. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. ARTIGO 2º DA LEI 12.153/2009. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL COMPLEXA. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. 1. O art. 2º da Lei 12.153/2009 possui dois parâmetros - valor e matéria - para que uma ação possa ser considerada de menor complexidade e, conseqüentemente, sujeita à competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. 2. A necessidade de produção de prova pericial complexa não influi na definição da competência dos juizados especiais da Fazenda Pública. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, 2015)

[...] é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça²:

EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. A Lei nº 12.153/09 estabeleceu que o valor (sessenta salários mínimos) e a matéria (aquelas que não constem no §1º do seu artigo 2º) são os pressupostos para que a ação seja considerada de menor complexidade, nos termos do artigo 98 da CRFB/88, cuja competência é conferida ao Juizado Especial da Fazenda Pública, sendo que

² (Conflito de Competência 1.000.16.018930-4/000. Data de julgamento: 02/08/2016. Data de publicação da súmula: 18/08/2016).

a eventual necessidade de realização de perícia, ainda que complexa, não afasta a competência do Sistema dos Juizados Especiais. (CONFLITO DE COMPETÊNCIA 1.000.16.018930-4/000. Data de julgamento: 02/08/2016. Data de publicação da súmula: 18/08/2016).

De todas as decisões proferidas até o momento, o entendimento da Competência Absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para julgar as causas com valor de até 60 salários mínimos conforme determina o art. 2º da Lei nº 12.153/2009, independentemente de seu objeto ou sua dificuldade.

Embasados no art. 10 da Lei 12.153 de 2009 (Lei dos Juizados Especiais de Fazenda Pública Estadual), afirmam ainda que o referido dispositivo é claro em admitir a realização de exame técnico de menor complexidade na parte interessada, de maneira que eventual necessidade de perícia pode ser suprida pela diligência aludida no próprio Juizado Especial.

Por fim, conclui-se que as referidas ações estão sem jurisdição até o presente momento, por isso este trabalho tem grande relevância para que os servidores da saúde do Estado de Minas Gerais, bem como os advogados afeitos à área de direito previdenciário encontrem caminhos para que o direito à aposentadoria especial seja assegurado, pois mesmo estando expressamente estabelecido na Constituição Federal, os servidores, ainda assim, encontram-se em situação de vulnerabilidade para obterem tal benefício.

APOSENTADORIA ESPECIAL

A aposentadoria especial foi instituída pela Lei 3.807 de 26 de agosto de 1960, a qual em seu artigo 31 que descreve que 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.

Com a aprovação da Constituição de 1988, o artigo 201, §1º, determinou a vedação 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 prejudicassem a saúde ou a

integridade física e, quando se tratasse de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Em 1991, entra em vigor a Lei 8.213/91, a qual determinou que a aposentadoria especial fosse concedida, conforme artigos 57 e 58, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos em atividade sujeita a condições especiais que causem danos à saúde ou à integridade física.

O artigo 58 da Lei 8.213/91 dispõe que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física teria uma Lei específica regulamentadora, entretanto, a Lei não foi editada, sendo utilizado o anexo do Decreto 53.831/64 e Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 83.080/79.

O Decreto 3.668/00, atribuiu ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a função de analisar e periciar os documentos emitidos pelas empresas: PPP e LTCAT, além de inspecionar os estabelecimentos a fim de verificar a veracidade das informações constantes nos formulários e laudos técnicos das condições ambientais do trabalho.

Recentemente a Turma Nacional de Uniformização publicou a súmula 82, que consolida o enquadramento como especial, além dos profissionais da área da saúde, também os trabalhadores que exercem atividades da limpeza e higienização de ambientes hospitalares.

APOSENTADORIA ESPECIAL NO RPPS

A aposentadoria especial no Regime Próprio de Previdência Social - RPPS é assim fundamentada juridicamente, devida ao servidor público ocupante de cargo efetivo, conforme se observa no § 4º, do artigo 40, da CF que diz:

Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (BRASIL, 2017).

. E ainda no § 4º:

É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos **definidos em leis complementares**, os casos de servidores: III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (BRASIL, 2017).

O artigo 40 no § 12 da Constituição Federal, assegura ainda que o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (BRASIL, 2017).

Em contrapartida, quanto à forma de cálculo do benefício, tem-se por regra a média das contribuições, conforme art. 40, §3º, da CF. (BRASIL, 2017).

As exigências para a opção pela aposentadoria com proventos integrais da regra de transição do art. 3º da EC 47/05 são muito distintas e não há amparo para que sejam dispensadas em relação ao servidor que faça jus à aposentadoria especial.

As condições para a aposentadoria com proventos integrais pelo regime da EC 47/05 são que o servidor, além de ter ingressado no serviço público até 16.12.1998, preencha cumulativamente como condições: trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; e vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público e quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

Ocorre que até a presente data, a lei complementar não foi editada, fato que tem prejudicado muito os servidores públicos que desenvolvem atividade de risco ou sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Após um longo período sem uma legislação que assegurasse o direito dos servidores públicos e de repetitivas ações judiciais em que era impetrado o remédio constitucional apropriado, o mandado de injunção *disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal*, concedendo mandado de injunção quando necessário a Aposentadoria ao Trabalhador em Condições Especiais Pela Inexistência de Lei Complementar - Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, **impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.** (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Finalmente em julgamento do Supremo Tribunal Federal em 09.04.2012, em que aprovou a súmula vinculante nº 33, cujo enunciado: “Aplicam-se ao servidor

público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

O enunciado da súmula em questão pôs fim aos sucessivos Mandados de Injunção impetrados por diversas entidades de classe representantes dos servidores públicos, que visavam suprir a lacuna originada do comando constitucional instituído pelo artigo 40, parágrafo 4º, inciso III. (BRASIL, 2017).

As regras do Regime Geral de Previdência Social, as quais a nova súmula faz menção, são aquelas instituídas pela lei 8.213/91, como descreve o art. 57 em que

a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. [...] § 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (BRASIL, 1992b).

Entretanto devem ser considerados que esse benefício concedido aos servidores públicos traz a limitação da aposentadoria ao valor da média aritmética simples dos maiores salários de contribuição e ainda a vedação de conversão do tempo especial em comum.

Os servidores públicos que poderiam se aposentar de forma integral, por meio da aplicação das regras de transição instituídas pelas Emendas Constitucionais 41/03 e 47/05, o valor do benefício da aposentadoria especial pode trazer prejuízo, já que, segundo o §1º do artigo 57 da lei 8.213/91:

A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal equivalente a 100% do salário de benefício, salário de benefício esse que, nos termos do artigo 29, inciso II, do mesmo diploma legal, corresponde à média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, valor que, inequivocamente, será menor que a integralidade dos proventos. (BRASIL, 1992b).

Outro problema é a vedação da conversão do tempo especial em comum, prevista pelo § 5º do artigo 57 da lei 8.213/91, regulamentado pelo artigo 70 do decreto 3.048/99, em que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que o art. 40, § 4º, da Constituição Federal não garante a contagem de tempo de serviço diferenciada ao servidor público, mas, tão somente, o efetivo gozo da própria aposentadoria.

Verifica-se assim que o servidor público tem direito ao reconhecimento de atividade especial prevista constitucional e conseqüentemente ao benefício de aposentadoria especial, mesmo que, ainda não há legislação específica que a regule, entretanto, por força do mandamento constitucional, aplicam-se as regras do Regime Geral (Lei 8.213/91, artigo 57) aos servidores vinculados ao Regime Próprio, inclusive as regras anteriores à vigência da Lei 9.032/95.

Os requisitos para a aposentadoria especial concedida com fulcro no art. 40, §4º, da CF, são, portanto, diante da decisão proferida no MI 1786, apenas o tempo de serviço especial devidamente comprovado de 25 anos em condições especiais.

Faz-se necessário, portanto, a apresentação do documento comprobatório: perfil profissiográfico previdenciário – PPP, documento que descreve detalhadamente as funções exercidas pelo trabalhador e os agentes nocivos que o trabalhador é submetido, baseado no LTCAT - Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho, elaborados por engenheiro ou médico de segurança do trabalho devidamente habilitados para tal.

Tais documentos devem ser fornecidos pelos empregadores para serem periciados e analisados pela perícia médica da autarquia.

CONTEXTO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A legislação previdenciária, embora não privilegie o recebimento do adicional de insalubridade para o reconhecimento da aposentadoria especial, não se pode negar a importância de tal reconhecimento para que seja mais uma comprovação da atividade especial.

Vale lembrar que cada Ente Federativo deve criar as Leis e as Normas de seus Regimes Próprios de Previdência Social, inclusive no que diz respeito à aposentadoria especial, entretanto os legisladores não o fizeram até o presente momento.

A solução dada para a ausência de legislação para a concessão das aposentadorias especiais foi objeto da Súmula Vinculante n.º 33 do Supremo Tribunal Federal, que possui a seguinte redação: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral da Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4.º, III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Mesmo que a legislação ao que tange a aposentadoria especial não tenha sido normatizada, a legislação estadual de Minas Gerais que trata do assunto é a que estabelece critérios gerais para o recebimento dos adicionais de insalubridade, ou GRS – Gratificação de Risco à Saúde, como é denominado atualmente o adicional em que faz jus os trabalhadores expostos a riscos.

Os trabalhadores da área da saúde, principalmente aqueles que laboram em hospitais, encontram-se expostos a agentes insalubres e com risco de contágio biológico, uma vez que prestam assistência a pacientes em precaução especial, por causa do contato com micro-organismos multirresistentes (como MARSAs: ***Staphilococcus Aureus Multirresistente***; KPC: ***Klebsiella pneumoniae Carbapenemase*** => micro-organismo modificado geneticamente no ambiente hospitalar e que é resistente aos antibióticos; VRE: ***Enterococos Resistente à Vancomicina***, entre outros; e com doenças infectocontagiosas e outros riscos.

Ressalta-se que apesar do uso de equipamentos de proteção individuais (EPI's), no que tange aos riscos biológicos e ionizantes, ocorre somente a minimização destes riscos de contato, não os eliminando.

Segundo SALIBA (2015, p. 144, grifo nosso),

a **insalubridade por agentes biológicos** é inerente à atividade. Isto é, **não há eliminação** com medidas aplicadas ao ambiente **nem neutralização com o uso de EPIs**. A adoção de sistema de ventilação e o uso de luvas, máscara e outros **equipamentos** que evitem o contato com agentes biológicos **podem apenas minimizar o risco**.

Corroborando com o autor acima citado, SILVA (2016, p. 218, grifo nosso) afirma que:

No caso de **exposição a agentes biológicos**, por mais que a CLT afirme em seu **art. 191** que a eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorre com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de

tolerância ou com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo abaixo dos limites de tolerância, **no caso da exposição a agentes biológicos, esse artigo não pode ser invocado**, pois o anexo refere-se à atividade e o contato permanente, sendo a caracterização feita devido à atividade e operação.

Nesse contexto, salienta-se que os relatórios das Comissões de Controle de Infecção hospitalar - **CCIH** das unidades de saúde do Estado de MINAS Gerais registram que os trabalhadores que desempenham atividades nos prontos atendimentos, enfermarias, ambulatórios, centros de terapia intensiva e blocos cirúrgicos estão sujeitos a agentes biológicos nocivos como exposição a doenças virais e bactérias multirresistentes.

Em todas as unidades de saúde da rede estadual encontram-se pacientes em isolamento, portadores de doenças infectocontagiosas, em que são cuidados pelos profissionais dessas unidades, entretanto, a autarquia estadual só reconhece como atividade especial os profissionais que laboram no hospital referência em doenças infectocontagiosas Eduardo de Menezes.

Em geral, nesses ambientes, os pacientes são submetidos a procedimentos invasivos e inevitavelmente os profissionais de saúde ficam vulneráveis em suas atividades que podem causar danos irreparáveis a sua saúde.

Ocorre ainda que a referida lista de agentes cancerígenos foi recentemente editada pelo Ministério do Trabalho, na qual consta que os vírus da Hepatite B e C são reconhecidamente cancerígenos. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO; MINISTÉRIO DA SAÚDE; MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2014).

Ademais, conforme parecer técnico da FUNDACENTRO, os equipamentos de proteção coletiva e individual não são suficientes para elidir a exposição a esses agentes, conforme consta inclusive na mais recente instrução normativa do INSS que

Para caracterização de períodos com exposição aos agentes nocivos reconhecidamente cancerígenos em humanos, listados na Portaria Interministerial nº 9 de 07 de outubro de 2014, Grupo 1 que possuem CAS e “que estejam listados no Anexo IV do Decreto nº 3.048, de 1999, será adotado o critério qualitativo, não sendo considerados na avaliação os equipamentos de proteção coletiva e ou individual, uma vez que os mesmos não são suficientes para elidir a exposição a esses agentes [...]. (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2015, grifo nosso).

Tal entendimento vai contra os laudos expedidos nas unidades de saúde do estado de Minas Gerais, que enquadram a maioria dos servidores da saúde dos estabelecimentos hospitalares do estado de Minas Gerais como grau médio de exposição a agentes insalubres.

Não consideram que mesmo que o servidor tenha mais de 25 (vinte e cinco) anos de efetivo serviço sobre condições insalubres, prevista no inciso III, §4º, art. 40, da CF/88, com redação dada pela EC nº 47/2005, aplicam-se por analogia os art. 57 e 58 da Lei 8.213/91, que dispõem sobre os planos de benefícios da previdência social, para concessão de aposentadoria especial a servidores públicos.

No mesmo sentido, cito julgado deste Egrégio TJMG:

[...] assim, o direito à aposentadoria especial não dispensa o servidor do atendimento aos requisitos de idade e tempo de contribuição estabelecidos no art. 3º da EC 47/2005 para fazer jus à integralidade da remuneração e à paridade [...]. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2016).

Assim, resta somente ao servidor recorrer ao judiciário para ver seu direito reconhecido, entretanto, além de todos os requisitos comprovados, são submetidos à morosidade da justiça, além de outras limitações como o que atualmente está ocorrendo: falta de jurisdição para apreciação dos casos de insalubridade dos hospitais estaduais de Minas Gerais.

A falta de jurisdição para a comprovação do grau de insalubridade é um dos principais entraves. Outro importante entrave é a perda do direito à integralidade e paridade no valor da aposentadoria concedida a que tem direito os funcionários que adentraram no serviço público antes de 1994.

Ressalta-se que a integralidade da remuneração do cargo e a paridade, benefícios extintos pela EC 41/03, foram resguardados aos servidores que ingressaram nos quadros públicos antes da vigência da Emenda desde que atendidos os demais requisitos da norma de transição, que não é o caso desses autos.”.

Percebe-se assim que as dificuldades são muitas e o caminho a ser percorrido ainda é longo, até que se estabeleça a normatização da aposentadoria especial no estado.

CONCLUSÃO

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha editado a súmula vinculante n. 33, que determina aos regimes próprios que utilizem a mesma legislação que o regime geral no que couber, o que se pode considerar um grande avanço, ainda há um longo caminho a percorrer.

Administrativamente, os pedidos de aposentadoria especial no regime próprio dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais são indeferidos sob a alegação de ainda não existir regulamentação, restando tão somente o caminho judicial.

Geralmente, a discussão judicial é morosa e os regimes próprios utilizam de todos os recursos protelatórios, o que faz com que muitas vezes ao final do trânsito em julgado da decisão, o servidor já tenha adquirido a idade e os requisitos para a aposentadoria por tempo de contribuição.

Outra exigência da aposentadoria especial é que após o deferimento de tal benefício o servidor não pode mais exercer atividade na mesma área de atuação em que se deu a aposentadoria, o que também é um fator desestimulante.

Os regimes de previdência possuem regras específicas, o que provoca um prejuízo para os servidores da administração pública vinculados aos regimes próprios, principalmente no que se refere ao cálculo do benefício.

Enquanto no regime geral não se exige idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição, quando deferida a aposentadoria especial, o cálculo do benefício é feito baseado na média das maiores contribuições a partir de 1994, ou seja, o cálculo é realizado da mesma forma, sem a incidência do fator previdenciário.

Nos regimes próprios de previdência há a exigência da idade mínima para o deferimento da aposentadoria: 55 anos para as mulheres e 60 anos para os homens, e ainda, para aqueles servidores que entraram no serviço público antes da EC 20 de 1998, há a possibilidade de se aposentar com a remuneração integral e com paridade.

Ao optar pela aposentadoria especial o servidor detentor desse benefício, automaticamente, precisa abrir mão dessa remuneração integral, já que para fazer jus, precisa ter cumprido todos os requisitos exigíveis como tempo maior de contribuição e idade. Sendo assim, o cálculo é feito pela média de 80% (oitenta por cento) da remuneração do servidor, o qual reduz consideravelmente o benefício.

Devido a todos esses entraves que afetam a aposentadoria especial no regime próprio de previdência social, pode-se afirmar que tal direito, apesar de constitucionalmente previsto, não vem sendo devidamente garantido.

REFERÊNCIAS

AISLAN, Vinicius Maia; PARRELA, Camila Fernanda; ALELUIA, Gabrielle de Melo; COSTA, Gilberto Estevão Borges; COUTINHO, Luís Felipe de Azeredo; BOMTEMPO, Tiago Vieira. Aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção n. 721/DF. **Âmbito Jurídico**, Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11276. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. (DOU Nº 86 DE 07/05/99. Seção I PG. 50 a 108) – Republicado em 12/05/99 - Alterado pelos Decretos nºs 3.265/99, 3.298/99, 3.452/2000, 3.668/2000, 4.032/2001 e 4.079/2002 e 4.729/2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: em 20 mar. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 19, de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005**. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá

outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc47.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005.** Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004.** Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nos 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.887.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995.** Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9032.htm. Acesso em: 01 abr. 2017.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. 1992b. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. Ministério da Educação. **Orientação Normativa da Secretaria de Previdência Social nº 2, de 31 de março de 2009.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Ministério da Previdência Social. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 77.** Brasília, DF: Ministério da Previdência Social, 21 jan. 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.

_____. Ministério do Trabalho. **Limite de tolerância.** Brasília, DF: Ministério do Trabalho, Portaria 3214 de 08 de junho de 1978.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego; Ministério da Saúde; Ministério da Previdência Social. Portaria Ministerial nº 9, de 07 de outubro de 2014. Brasília, DF:

Portaria interministerial [MTE; MS; MPS]. Disponível em:
<https://uct.fetranspor.com.br/wp-content/uploads/2018/04/PORTARIA-INTERMINISTERIAL-9MTE.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Precedente: REsp 1.205.956/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 01.12.2010; AgRg na Rcl 2.939/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 18.09.2009; RMS 29.163/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 28.04.2010. 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 753.444/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 13/10/2015, DJe 18/11/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 14. In: _____. **Súmulas**. São Paulo: Associação dos Advogados do Brasil, 1994. p. 16.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 33. Brasília, DF, 9 abr. 2012. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1941>. Acesso em: 29 nov. 2018

_____. Tribunal Regional Federal (1. Turma). 2ª Câmara regional Previdenciária de Minas Gerais. **Processo AMS 0025631-75.2010.4.01.3800**. Apelação em mandado de segurança. Relator: Juiz federal Alexandre Ferreira Infante Vieira. Minas Gerais, 21 de agosto de 2017.

_____. Tribunal Regional Federal (5. Turma). Apelação cível nº 42.441-PE (94.05.01629-6). Apelante: Edilemos Mamede dos Santos e outros. Apelada: Escola Técnica Federal de Pernambuco. Relator: Juiz Nereu Santos. Recife, 4 de março de 1997. **Lex**: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 558-562, mar. 1998.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos** – 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **As inovações constitucionais do regime previdenciário do servidor público**. Fórum administrativo. Belo Horizonte: Fórum. v. 1, n. 2, abr., 2001.

DUARTE, Marina Vasque. **Direito previdenciário**. 6. ed. Porto alegre: Verbo Jurídico. 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. 536 p.

MARTINS, Bruno Sá Freire; AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **Manual prático das aposentadorias do servidor público**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2007.

MINAS GERAIS. Lei nº 10745, de 25 de maio de 1992. Dispõe Sobre O Reajustamento Dos Símbolos, Dos Níveis De Vencimento E Dos Proventos Do Pessoal Civil E Militar Do Poder Executivo E Dá Outras Providências. Disponível em: www.almg.gov.br/consulte/legislacao/.../completa-nova-min.html?tipo=. Acesso em 30 mar. 2017.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Aposentadoria especial**. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=14>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Norma Regulamentadora nº 15**. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.mte.gov.br/legislacao/normas_regulamentadoras/nr_15.pdf. Acesso em: 15 mar. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial**. 3. ed. Paraná: Juruá, 2009.

_____. **Aposentadoria Especial de Profissionais da Área da Saúde & Contribuintes Individuais - Exposição aos Agentes Biológicos - Exposição a Radiações Ionizantes**. Paraná: Juruá, 2018.

SALIBA, Tuffi Messias. **Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos**. 14. ed. São Paulo: LTR, 2015.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Servidores públicos**. Niterói: Impetus, 2010.

SILVA, Alexandre Pinto. **Caracterização Técnica da Insalubridade e Periculosidade**. 2. ed. São Paulo, LTR, 2016.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 12. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Ap Cível/Rem Necessária 1.0024.12.121693-1/001, Relator(a): Des.(a) Audebert Delage, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/06/2016, publicação da súmula em 01/07/2016).

TRIBUNAL PLENO. MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142; MI 795/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe. 22/5/2009 e ARE 727.541-AgR/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 24/4/2013. 2.

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS REQUISITOS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA IDOSOS E DEFICIENTES FÍSICOS

Marcella Souza França³

Resumo

O Benefício de Prestação Continuada, da Lei Orgânica da Assistencial Social (LOAS) é fundamental para a manutenção de idosos, maiores de sessenta e cinco anos que não possuem renda, seja por não preencherem os requisitos para a concessão de uma aposentadoria, ou pela falta de ajuda de um familiar para arcar com as despesas do seu sustento e em casos de portadores de deficiência menores ou maiores com deficiências físicas ou mentais a impossibilidade de exercer uma atividade remunerada em igualdade de condições com as demais pessoas. Para ter direito a este benefício assistencial, não é necessário que o segurado tenha contribuído para a autarquia federal, porém este benefício não gera direito a receber décimo terceiro salário e não é convertido em pensão por morte. O presente artigo tem como objetivo, fazer um paralelo entre os requisitos da concessão deste benefício e a garantia dos Direitos Fundamentais amparados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela CF/88, para aqueles que estão desassistidos e que precisam ser socorridos pelo Estado, na figura de um benefício assistencial. Discutir-se-á que muitas vezes a análise dos critérios para concessão deste benefício feito nas agências do governo, ferem os princípios normativos da Lei Orgânica da Assistência Social n. 8.742, de dezembro de 1.993 e os direitos fundamentais.

Palavras-Chaves: Benefício de Prestação Continuada. Requisitos. Direitos Fundamentais. LOAS. BPC. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal Dos Direitos Humanos garante uma gama de direitos da pessoa humana, resguardando o mínimo de dignidade para aquele que se encontra em situação de velhice e invalidez, dentre outras situações.

Mais recentemente, a pesquisa acadêmica tem se concentrado sobre uma questão diferente, mas relacionada: como a capacidade do Estado afeta a adesão ou o abuso dos direitos humanos. Esta preocupação se centra na capacidade prática de Estados fracos ou falidos em fazer cumprir as leis e conter agentes desonestos do Estado de perpetrar abusos dos direitos humanos no mesmo nos bem-intencionada estados democráticos ou em democratização⁴. (ENGLEHART *apud* ODDYSSEUS, 2010, p. 760).

³ Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Advogada Previdenciária e Trabalhista. Endereço Postal: Praça Cilico, 74, Centro, Itaúna/MG, CEP: 35680-456. Telefone: (37) 3402-5886. E-mail: advmarcellafranca@hotmail.com.

⁴ More recently, academic research has focused on a different but related issue: how 'state capacity' affects human rights adherence or abuse. This concern centres on the practical ability of weak and

A execução destas garantias tem um custo para o governo, que é pago por todos que fazem parte desta nação, os impostos que são vertidos para a autarquia federal estão embutidos desde a compra de um bem de menos valor até os de grande monta e prestação de serviços.

A autarquia federal muitas vezes comete abusos e ilegalidades no que tange a concessão, restabelecimento, cancelamento deste benefício. A sua aplicabilidade deveria seguir o padrão estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data, que determinou em seu artigo 25, 1:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, **na invalidez**, na viuvez, **na velhice** ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, grifo nosso).

No Brasil, os cuidados governamentais quanto a esta parcela da população de idosos e incapazes, caminha de acordo com a CF/88, no art. 203, inciso V da Constituição Federal de 88 (CF/88):

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

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. (BRASIL, 1988).

A Assistência Social faz parte do Sistema de Seguridade, que se divide em 3 partes:

- a) Previdência (aposentadorias, pensões por mortes e benefícios do INSS);
- b) Saúde (SUS);
- c) Assistência social (benefício assistencial pago a idosos e deficientes em situação de extrema pobreza, além do bolsa família).

'failing' states to enforce laws and restrain 'rogue' agents of the state from perpetrating human rights abuses in even 'well-intentioned' democratic or democratising states.

Pela regra, o custeio deste sistema de seguridade é feito por todos os brasileiros, patrões, empregados e o Governo Federal. Os trabalhadores e as empresas contribuem para o INSS, através da folha de salários. O governo cobra tributos de todos os brasileiros e repassa o dinheiro arrecadado para a previdência. Neste modelo, todos colaboram para manter a previdência. Assim funciona em grande parte dos países do mundo. No ano de 2015 a previdência foi superavitária em R\$ 11,17 bilhões. (FRENTE MINEIRA POPULAR EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL; INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS - IEPREV); ASSOCIAÇÃO DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MINAS GERAIS (ANFIP-MG), 2017).

Porém, como será demonstrado neste estudo, os critérios para a concessão deste benefício têm deixado a própria sorte estes brasileiros que se encontram em situação de pobreza extrema, por causa do critério de miserabilidade.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO E AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA NO BRASIL

A garantia constitucional de um salário mínimo mensal a pessoa portadora de deficiência e ao idoso, através do benefício de prestação continuada, segue requisitos rígidos e muito bem alinhados para que haja a sua concessão.

Dentro deste íterim lidamos com questões que vão desde idade mínima e valor de renda *per capita* de grupos familiares até o atendimento nos postos do INSS e antes mesmo da perícia médica, a visita de uma assistente social a este idoso ou deficiente que pleiteia tal benefício assistencial.

Este estudo visa fazer um paralelo da legislação vigente no país e sua aplicação em comparação com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como base nos Direitos Fundamentais.

Analisando de forma objetiva o que é exigido e aplicado ao real objetivo para resguardar a pessoa humana de situações de risco, e total abandono, seja de familiares ou até mesmo por fuga de seu país de origem quando falarmos dos estrangeiros.

Cada um dos itens analisados seriam temas de discussões a cerca da aplicabilidade de tais normas, em um país de desiguais, onde de norte a sul do Brasil, encontramos diferenças geográficas, populacionais e até mesmo do mínimo de

saneamento básico e fornecimento de água. Sabemos que sem água, o desenvolvimento de uma região fica restrito ou até mesmo inexistente.

Se formos um pouco mais criteriosos, este benefício deveria ter suas regras estabelecidas para cada região do Brasil e ainda contando com os dados do censo para saber a partir de qual faixa etária, estes idosos seriam considerados idosos em cada parte do Brasil e das histórias de sofrimento, que cada um carrega.

Imagine um idoso que nasceu, viveu, trabalhou e nunca saiu do sertão, sem qualquer renda para a sua subsistência e sem condições de trabalho, seria correto ele esperar até os seus 65 anos para receber este benefício.

Quando digo trabalhou, as condições deste trabalho, muitas vezes em situação análoga a escravidão, e estes idosos desconhecem as leis trabalhistas e os direitos sociais, ele pode ter trabalhado de sol a sol, e nunca ter tido a sua Carteira de Trabalho e Previdência Social assinada, por completa falta de informação e sem voz ativa para exigir nada, onde quando se encontra um trabalho, torna-se um privilegiado.

Não estou falando de um trabalho em um local com ar condicionado, conforto, cafezinho, veículo automotor para conduzir este trabalhador para sua ida e retorno ao trabalho. Provavelmente quem tiver acesso a este artigo, terá o mínimo de condições para viver e nunca passou por situação semelhante ao descrito acima.

Estou falando do trabalhador braçal, do agreste, que não tem a mínima condição de esperar 65 anos para receber (se conseguir) depois de muito lutar, apresentar uma extensa lista de documentos e passar por rigorosas triagens exigidas pela autarquia federal para a concessão deste benefício.

Não adentrarei profundamente sobre o quesito idade em paralelo com o Estatuto do Idoso Lei nº 10.741/03 que em seu artigo. 1º assegura que idoso é todo aquele com idade igual ou superior a 60 anos, e a Lei 8.742/93 em seu artigo 20, assegura que o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Senão estarei escrevendo um livro e não um artigo científico, um tema interessante, que cabe o debate e questionamentos aos legisladores que desconhecem a realidade deste imenso país e de sua população.

Entretanto, se colocarmos a baila as garantias e direitos fundamentais garantidos pela CF/88 e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, vimos que a legislação pátria é linda de se ler e fraca em sua aplicabilidade ao não resguardar

na prática os deficientes físicos, mentais, as vezes um deficiente com estas duas patologias e os idosos que por vezes carregam uma série de problemas de saúde e limitações físicas e psicológicas.

Hoje são 4 milhões de brasileiros que não tem condições de trabalhar, vivem dessa renda e precisam desse benefício para sobreviver. (FRENTE MINEIRA POPULAR EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL; INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS (IEPREV); ASSOCIAÇÃO DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MINAS GERAIS (ANFIP-MG), 2017, p. 11).

DISCUSSÃO A CERCA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Passa-se então à análise dos quesitos administrativos e judiciais para concessão do benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência no Brasil, tendo em vista os Direitos Fundamentais, elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

a) Ser brasileiro, nato ou naturalizado, ou possuir nacionalidade portuguesa:

Os demais estrangeiros, em tese, estão excluídos da proteção social. Mas temos no STF o tema 173, do RE 587.970/SP, Ministro Relator Marco Aurélio, com repercussão geral. E já temos decisões favoráveis para outros estrangeiros que não sejam portugueses. (ANDRADE, 2016).

Temos hoje no mundo a situação penosa dos estrangeiros que estão buscando outros países fugindo muitas vezes do seu país de origem, esperando ser acolhimento. Estes episódios estão ocorrendo no Brasil que é conhecido por não ter grande vigilância nas suas fronteiras. Felizmente os tribunais brasileiros tem concedido este benefício mesmo aquele estrangeiro que não possui nacionalidade portuguesa, questão esta que será decidida pela Supremo Tribunal Federal.

Tratando deste tema temos o artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: 1 Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Como tratar de forma desigual os iguais? Negar amparo ao seu semelhante em estado de extrema miserabilidade, como a barreira da língua, da comunicação,

privado de comunicar suas necessidades, sua dor, seu sofrimento e seu abandono. No Brasil, a assistência social não acolhe este refugiado, mesmo se tratando de pessoa humana, desprovida de qualquer possibilidade trabalho e de subsistência.

A ONU deveria reunir com os representantes dos países que compõe a sua organização e deveriam criar uma cartilha de como todos os países devem lidar com estes estrangeiros, evitando assim a marginalização e os demais riscos sociais que envolvem este estrangeiro desabrigado. Como orientado pelo artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à **segurança social**; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao **esforço nacional e à cooperação internacional**, de harmonia com a organização e os **recursos de cada país**. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

b) Comprovar residência fixa no Brasil:

Por ser um benefício assistencial que será utilizado para a manutenção deste idoso, estrangeiro ou portador de deficiência, nada mais justo que ele esteja residindo no País. Conforme artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os estrangeiros mesmo que em situação irregular no país deveriam ter direito como tratado no 2.1 e aqui no Brasil, mesmo sendo necessário a provocação do poder judiciário, estes direitos estão sendo preservados.

c) Possuir renda por pessoa do grupo familiar a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo vigente:

Aqui, neste item, encontramos o maior e pior requisito para a concessão deste benefício. Como exigir que na divisão da renda por pessoa daquele grupo familiar, onde se encontra este idoso ou deficiente, ele não pode sobreviver com $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente a época da concessão deste benefício, o valor deve ser inferior a este $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Hoje estaríamos falando de R\$ 234,25, ou seja, um valor ínfimo para a manutenção de moradia, alimentação, transporte, saúde, educação, alimentação, vestuário e demais necessidades básicas de um ser humano.

Assim, a assistência social representa a atuação estatal no sentido de fornecer ao cidadão, independentemente de contribuição direta aos cofres públicos, serviços e valores propiciadores da igualdade, mais precisamente no sentido de dignidade humana. Logo a assistência não repercute exclusivamente no fornecimento pelo estado de determinado valor pecuniário, mas na concessão de valores que permitam o acesso ao mínimo, ou pelo menos serviços que garantam o mínimo ao ser social. (FOLMANN; SOARES, 2012, p. 18).

Vemos por este quesito a total falta de informação do legislador a estabelecer este valor, tanto que o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento assim sintetizado:

EMENTA: Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219 /01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas / (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de

concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2013).

d) Não estar recebendo nenhum outro benefício da Seguridade Social (como aposentadorias e pensão) ou de outro regime, exceto benefícios da assistência médica, pensões especiais de natureza indenizatória e remuneração advinda de contrato de aprendizagem. É necessário alertar que agora o beneficiário deverá declarar que não recebe outro benefício no âmbito da Seguridade Social.

Neste requisito o legislador assegurou que o futuro talvez beneficiário do BPC não poderá estar recebendo qualquer outro benefício pecuniário, salvo 3 exceções, e excluiu também aqueles que poderiam receber algum outro benefício pecuniário de outro regime que não fosse o Regime Geral da Previdência Social.

Discorrendo um pouco sobre esta parte deste requisito, podemos observar que os regimes próprios não se comunicam com o regime geral da previdência social, ou seja, um segurado de algum regime próprio da previdência social, poderia pleitear junto à autarquia federal INSS um benefício assistencial destas duas modalidades, deficiência ou ser idoso.

Um exemplo, Delvira Maria é aposentada como servidora pública municipal, pelo regime próprio de previdência do seu município e mesmo com uma renda de um salário mínimo não consegue arcar com suas despesas de moradia, alimentação, transporte, medicamentos, vestuário, e esta passando por muitas dificuldades porque a renda que possui oriunda da sua aposentadoria do RPPS não consegue pagar todas as suas despesas, seus gastos com medicamentos mensais são de grande monta.

Assim, ela pleiteia junto a um posto de atendimento do INSS o benefício assistencial ao idoso. A autarquia federal não possui mecanismos eletrônicos para controlar os idosos que já possuem alguma renda oriunda de um regime de previdência diverso do seu, porém, tem mecanismos para descobrir através de visitas não agendadas de assistente social no domicílio desta idosa para averiguar a real necessidade desta cidadã. Assim, observamos que existe a possibilidade de fraude e simulação quando do requerimento de um benefício é possível, mas normalmente quando existem fraudes envolvendo um benefício previdenciário, sempre há por trás a participação de um servidor da autarquia federal. Nos comentários dos requisitos 2.5 e 2.6, irei informar qual a percentagem da concessão destes benefícios é autoriza

mediante ordem judicial.

e) Para o idoso: idade superior a 65 anos, para homem ou mulher:

Neste requisito, é preciso trabalhar a falta de comunicação ou até mesmo de planejamento entre os legisladores, a discrepância começa pelo Estatuto do Idoso Lei número 10.741 de 1 de outubro de 2003 que em seu artigo. 1º assegura que idoso é todo aquele com idade igual ou superior a 60 anos. Mas, para fins de receber benefício assistencial a história muda conforme artigo 34 - Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS. Como o legislador estabelece dois momentos para se tornar idoso, 60 anos se ele for capaz de se prover e 65 anos caso necessite de benefício assistencial. “Velhice neste país como o Brasil, por si só é uma tragédia, acompanhada de pobreza é qualquer coisa inominável”. (OLIVEIRA, 2001, p. 170).

Lado outro, temos a Lei 8.742/93 do BPC em seu artigo 20, assegura que o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Neste íterim, voltamos ao que descrevi nas minhas breves considerações, um idoso com 65 anos de idade que resida nas regiões sul e sudeste, terá a saúde diferente daqueles residiram que a vida inteira nas regiões norte e nordeste do Brasil. Ou seja, este critério de idade deveria ser estabelecido conforme a região do país e a realidade da população e dos idosos da mesma.

Assim, abrimos uma discussão acerca da precariedade deste benefício que trata como iguais os diferentes! Em regiões como a Norte e Nordeste, muitos idosos sequer conseguem atingir esta idade, por não terem o mínimo de saúde e condições de vida, sem adentrarmos em questões que seriam ainda mais polemicas. Deixo aqui a minha crítica a este requisito para concessão do benefício para os idosos, porque a próxima discussão é tão grave quanto esta tratada nos últimos três parágrafos.

Neste tocante, esbarramos em um critério que prejudica o cálculo da renda do grupo familiar a que este idoso pertence, quando algum outro membro da família recebesse algum benefício previdenciário que não fosse benefício assistencial este valor é computado ao final para fazer o cálculo desta renda. Mesmo que o valor

ultrapasse números ínfimos, o mesmo é computado.

Quando tratamos de outro benefício assistencial, o critério aplicado até o momento tem sido outro, pelo menos neste aspecto até hoje, tem sido aplicado a regra do artigo 34 da Lei 10.741/03.

O problema reside nos casos em que o idoso, ao requerer o benefício, possui membro familiar já recebendo benefício assistencial (LOAS). Nesta situação, atendendo ao disposto na Lei n 10.741/03, art. 34, deve-se excluir da renda familiar aquela proveniente de membro da família que, contando com 65 anos ou mais, receba benefício assistencial. (FOLMANN; SOARES, 2012, p. 25).

E se a renda de algum membro deste grupo familiar for de outro idoso que é aposentado e não beneficiário de benefício assistencial. Assim tem mantido seu posicionamento o Superior Tribunal de Justiça.

Nesta linha a jurisprudência dominante pende a possibilidade da exclusão do cálculo da renda *per capita* o valor recebido por outro idoso do núcleo familiar não só a título assistencial como também previdenciário, desde que seja no valor de um salário mínimo.

O posicionamento do STJ caminhava no sentido contrário, asseverando-se que a interpretação do dispositivo da Lei 10/741/03, parágrafo único, deveria ser literal, não se podendo autorizar a exclusão de benefícios de salário mínimo que não sejam assistências.

Mas, esta posição foi abandonada em agosto de 2011, com a decisão proferida no Pet. 7.203/PE. Destarte o STJ passa a admitir a interpretação analógica do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do idoso, como já vinha sendo decidido pela Turma Nacional de Uniformização e pelos cinco TRF's. (FOLMANN; SOARES, 2012, p. 26-27).

A situação financeira vivida pelo idoso é tão penosa no Brasil, que ela só não supera a dos deficientes físicos, O autor João Candido de Oliveira (2001), no seu livro sobre “Aposentadoria – Um caminho que nem sempre leva o caminhante ao melhor lugar” aponta “que os atuais aposentados tem a ensinar aos pretendentes a essa condição”. Exemplifica de inúmeras maneiras o que é envelhecer desde o trabalho a aposentadoria passando pela sensação de vazio e o declínio físico e a dor do velho.

O direito de acesso a justiça caminha próximo a concessão do BPC idoso, 8,1 % destes benefícios são concedidos mediante ordem judicial. (ALEGRETTI, 2017).

Existem casos de idosos assistidos pelo BPC que tem carteira de trabalho a até contribuições para a autarquia federal por 14 anos e não consegue aposentar-se, porque não preencheu o quesito vigente hoje no Brasil de no mínimo 180 contribuições

para aposentar-se por idade. Ele fará jus com 65 anos ao BPC, ou seja, ele não irá usufruir daquilo que contribuiu para o INSS, nestes 14 anos. Outra situação que se enquadra como exemplo é o trabalhador rural que trabalhou e cultivou por anos a sua rocinha, plantou em regime de economia familiar, e o que sobrava levava para a cooperativa ou vendia em alguma feira, pés de alface, ovos caipira, mandioca e nunca contribuíram para a autarquia social, mas, ajudaram a construir este país com sua mão de obra e produzindo parte do alimento que tínhamos na nossa mesa de almoço ou jantar. O trabalho na zona rural começa em tenra idade, com 8 ou 9 anos, estas crianças já vão para a zona rural, até hoje em dia, ajudar os pais no plantio e colheita do que produzem. Ou seja, existem vários idosos assistidos por este programa assistencial que contribuíram para o sistema, mas não conseguiram cumprir algum requisito para aposentar-se.

Entramos no que determina a Declaração dos Direitos humanos em seu artigo 25.

Artigo 25º

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Este artigo descreve sobre o que discorri acima, de outra forma, mas, sempre visando à proteção social ao idoso, que não é cumprida, como deveria, no nosso país.

f) Para a pessoa com deficiência: qualquer idade – desde que comprove, em perícia médica, impedimentos de longo prazo (mínimo de 2 anos) de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as pessoas que não possuam tal impedimento:

Em recente pesquisa, o sítio da folha de São Paulo trouxe um número quanto a concessão dos benefícios de prestação continuada em todo o Brasil, chegou-se a conclusão que de cada 3 benefícios concedidos, dois foram implantados mediante ordem judicial, no ano de 2015. (ALEGRETTI, 2017).

O caminho que terá de ser percorrido por este beneficiário ao tentar requerer este benefício é similar ao do idoso, com um agravante, este deficiente, necessitava

passar por uma perícia médica, para comprovar a sua deficiência e se ela o incapacita para o trabalho.

Para qualificar, descrever este deficiente, o Brasil adotou a Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com deficiência (Convenção de Nova York), aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo 186, de 09/07/2008 e internalizada pelo presidente da República por intermédio do Decreto 6.949, de 25/08/2009.

[...] o que define a pessoa portadora de deficiência, não pela falta de um membro ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar. De se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem ou não portador de deficiência [...]. (ARAÚJO *apud* FOLMANN; SOARES, 2012, p. 33-34).

Partindo desta definição de deficiente físico podemos dar um passo adiante e colocar como beneficiário do BPC o portado de doenças infecto contagiosas assim como os portadores de HIV, que por preconceito, não conseguem se inserir no mercado de trabalho.

Imaginem o recém-nascido contaminado com o vírus HIV, ainda durante seu período gestacional, este bebê esta com seu futuro definido, será beneficiário do BPC e passara a vida inteira às margens da sociedade que repudia o convívio com estes infectados, assim tratamos a dificuldade para a integração social, mesmo que este portador do vírus HIV tenha plenas condições físicas e intelectuais de ingressar ou até mesmo permanecer no mercado de trabalho.

Neste requisito o legislador fez um excelente trabalho, acolhendo uma parcela da sociedade que enfrenta problemas diferentes de uma incapacidade física ou mental, mas que possuem a dificuldade de conseguir um emprego em função desta patologia, que podemos denominar de incapacidade social.

Na avaliação da renda do grupo familiar, são usados os mesmos critérios para a concessão do BPC para o idoso.

Ainda sobre este tema, mas sem aprofundar, a autarquia podia aceitar a tese de auxílio doença parental, quando este deficiente, por não ter condições de trabalho, seja de forma permanente ou temporária, passaria por uma perícia médica, mas que serviria para comprovar a sua incapacidade, mas ele não estaria às custas do governo federal e sim, as expensas de um auxílio doença parental, onde houve contribuição previdenciária e que seria concedido a um membro de sua família que poderia afastar-

se do seu trabalho, para cuidar deste deficiente. Esta tese é interessantíssima e de extrema necessidade e seria uma forma de desonerar a assistência social, já que este benefício seria fruto de um contribuinte do RGPS.

g) Estar inscrito no Cadastro Único de Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico –, antes da apresentação de requerimento à unidade do INSS. Famílias já cadastradas devem estar com cadastro atualizado no máximo há 2 anos. O requerente/beneficiário e todos os membros do seu grupo familiar devem estar cadastrados no CPF, cujos números devem ser apresentados ao pedir o benefício: (BRASIL, 2017).

Informações oficiais garantem que apenas 40% dos beneficiários de BPC estão inscritos no CadÚnico, e a intenção do Governo Federal é ter cadastrado neste sistema todos os beneficiários do BPC, pois, periodicamente existe internamente na assistência social sindicâncias para cruzar dados do CadÚnico com informações do DETRAN, Cartórios de Registro de Imóveis e em breve estes dados também serão cruzados com a Receita Federal. (PRADO, 2017).

Recentemente o atendimento a estes requerentes/beneficiários do BPC foi ampliado, o governo federal pretende extinguir postos e agências de atendimento do INSS e estão passando esta obrigação para estados e municípios, artigo 6 da Portaria Conjunta 01/2.017. No caso das perícias médicas, pelas quais os requerentes/beneficiários serão avaliados, continuarão a ser realizadas nos postos de atendimento da autarquia federal.

PORTARIA CONJUNTA Nº1, DE 3 DE JANEIRO DE 2017

Regulamenta regras e procedimentos de requerimento, concessão, manutenção e revisão do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social - BPC.

[...]

CAPÍTULO III - DO REQUERIMENTO

Seção I

Dos Canais de Requerimento

Art. 6º O BPC poderá ser requerido junto aos canais de atendimento da Previdência Social ou em outros locais acordados com os entes federados, nos termos da Portaria Interministerial nº 02 de 7 novembro de 2016. (BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E AGRÁRIO, 2017).

Pelo texto legal os benefícios de prestação continuada devem ser revisados de

2 em 2 anos, para verificação pela autarquia se a incapacidade deste beneficiário permanece. O artigo 22 da Lei 8.742/93 faz esta previsão.

Art. 22. A revisão da deficiência ocorrerá a cada dois anos, devendo ser dispensada quando a avaliação médica e social indica impedimento de caráter permanente.

Parágrafo único. A definição da situação de alta probabilidade de manutenção da condição de deficiência será definida a partir dos resultados da avaliação da deficiência. (BRASIL, 1993).

O grupo familiar também é analisado, uma vez que a renda *per capita* destas pessoas serão importantes para o critério de miserabilidade, o texto legal usa outras maneiras de expor esta orientação de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por pessoa do grupo familiar, mas no que tange a renda desta família, o critério observado é o da miserabilidade. O texto legal não faz esta previsão legal, e diz que o requerente/beneficiário tem que ir a agência do INSS apenas duas vezes, para fazer o requerimento e depois para a perícia médica, mas antes dele passar por uma perícia médica, ele recebe, sem aviso ou hora marcada a visita de uma assistente social, que fará a análise do ambiente em que vive este deficiente, o mesmo ocorre no BPC idoso. Elas avaliam questões simples da moradia e até mesmo quantos aparelhos de TV existem neste imóvel onde se encontra este deficiente, é levado em consideração. Parece um pouco distante da realidade, mas na prática, são usados todos os meios possíveis para averiguar se existe algum tipo de fraude.

CONCLUSÃO

Após toda esta explanação sobre a aplicação dos direitos da pessoa humana na concessão de benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência, poderíamos concluir que pela rigidez com que os requisitos precisam ser preenchidos, o mesmo critério deveria ser usado quando da preservação da dignidade da pessoa humana.

Neste breve estudo, ficou demonstrado a falta de conexão entre aquele que é considerado idoso para o Estatuto do idoso, em uma determinada circunstância, e quando este mesmo idoso é considerado idoso, no mesmo estatuto, quando este pula de 60 para 65 anos para ter direito a este benefício assistencial pago pelo governo federal.

Existem dois momentos em que uma pessoa é considerada idosa. E o que fica

demonstrado pelo texto do Estatuto do Idoso. O deficiente além de ter que preencher todos os requisitos de concessão que o idoso precisa preencher, ele ainda passa pelo crivo da perícia médica. Ambos os grupos familiares destes dois beneficiários também são investigados durante o processo de concessão deste benefício.

O governo federal deveria cumprir a CF/88 e coloque os recursos arrecadados para a Previdência no orçamento da seguridade social. Parar de retirar 30% do dinheiro da Seguridade Social para outros fins (DRU – Desvinculação das Receitas da União). No ano de 2.015 mais de 63 bilhões de reais foram retirados da Seguridade Social. Fiscalize as empresas que em 2.015, apenas com o trabalho assalariado, sem carteira de trabalho assinada, deixou de arrecadar 47 bilhões de reais. Deveria também reduzir ou acabar com tantas isenções, anistias e benefícios fiscais que são dados as empresas, clubes de futebol, entidades filantrópicas, igrejas, etc. Somente no ano de 2.016 houve a renúncia de mais de 69 bilhões a título de contribuições previdenciárias. (CARTILHA DO INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS, 2017, p.13)

(...) Invista em educação previdenciária ao invés de gastar dinheiro público para destruir a credibilidade da previdência Social. Mais de dez milhões de brasileiros que trabalham na informalidade não contribuem para a Previdência Social. Cumpra a legislação que desde o ano de 2.004 determina que deputados e senadores devem estar vinculados ao INSS. Atualmente os parlamentares tem um regime de previdência próprio e a PEC 287/2016 tenta legitimar a existência de regras especiais aos agentes políticos. (FRENTE MINEIRA POPULAR EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL; INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS (IEPREV); ASSOCIAÇÃO DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MINAS GERAIS (ANFIP-MG), 2017, p. 14).

O furor da Seguridade Social em monitorar, vigiar, tratar como simulação ou fraude qualquer pedido de benefício assistencial, ou até mesmo qualquer benefício previdenciário, é completamente diferente da forma com que o governo federal trata os seus devedores como citado acima com dados da cartilha do IEPREV. Muito dinheiro esta deixando de ser arrecadado, e que poderia ser aplicado na estrutura da seguridade social (previdência, saúde e assistência social), preservando e acolhendo de forma menos dura e rígida os idosos, deficientes e estrangeiros.

Esta temática tem vários aspectos que caberiam estudos e discussões, delimitei o tema quando a preservação dos direitos humanos para demonstrar que infelizmente no Brasil, ser idoso e portador de deficiência é uma penalidade.

REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Laís. Benefício para idosos pobres e pessoas com deficiência pode ter nova regra. **Folha de São Paulo**, Brasília, DF, 04 jan. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/01/1846792-beneficio-assistencialbrpode-ter-nova-regra.shtml>. Acesso em: 03 nov. 2017.

ANDRADE, Fabiano Silva de. Novas regras para o benefício assistencial LOAS/BPC: Mudanças e revisão do benefício assistencial. **Jusbrasil**, dez. 2016. Disponível em: <https://fabianompt.jusbrasil.com.br/artigos/404863452/novas-regras-para-o-beneficio-assistencial-loas-bpc>. Acesso em: 01 ago. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 ago. 2017.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 01 ago. 2017.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 dez. 1998. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm. Acesso em: 01 ago. 2017.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 01 ago. 2017.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Portaria conjunta nº 1, de 3 de janeiro de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 jan. 2017. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/assistencia_social/portarias/2017/portaria_conjunta_01_2017.pdf. Acesso em: 01 ago. 2017.

_____. Ministério do Trabalho e Previdência Social. **Benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência (BPC)**. Site Previdência social, Brasília, DF, 26 jun. 2017. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/beneficio-assistencial-bpc-loas/>. Acesso em: 01 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 567.985. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 03 out. 2013.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência (LOAS)**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2012.

FRENTE MINEIRA POPULAR EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL; INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS (IEPREV); ASSOCIAÇÃO DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MINAS GERAIS (ANFIP-MG). **PEC 287 (Substitutivo do Relator)**: Como a reforma da Previdência Social vai mudar a sua vida? Guia dos Direitos Previdenciários dos Servidores Públicos. Belo Horizonte, 28 jul. 2017. Disponível em: <http://site.serjusmig.org.br/download-jornal-informativo/258fc2dee62f151d15511330f75d647941393>. Acesso em: 01 ago. 2017.

ODYSSEOS, Louiza. Human rights, liberal ontogenesis and freedom: producing a subject for neoliberalism? **Millennium: Journal of International Studies**, v. 38, n. 3, p. 747-772, 2010. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0305829810364876>. Acesso em: 01 ago. 2017.

OLIVEIRA, João Cândido de. **Aposentadoria**: um caminho que nem sempre leva o caminhante ao melhor lugar. Belo Horizonte: Cultura, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 01 ago. 2017.

PRADO, Maeli. Idosos e deficientes pobres terão benefício reavaliado entre 2017 e 2018. **Folha de São Paulo**, Brasília, DF, 04 jan. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/01/1847081-beneficiarios-do-bpc-serao-reavaliados-entre-2017-e-2018.shtml>. Acesso em: 01 ago. 2017.

A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS AGRICULTORES FAMILIARES E CAMPONESES: análise crítica da interpretação do INSS sobre o significado do conceito jurídico de “segurado especial”

Matheus de Mendonça Gonçalves Leite⁵
Jéssica Maria Ferraz dos Santos⁶

Resumo

Este artigo científico pretende investigar o significado das categorias sociais “agricultores familiares” e “camponeses”, por meio da síntese conceitual das características distintivas apresentadas pelos respectivos modos de produção, com a finalidade de determinar a abrangência do conceito jurídico de “segurado especial”. Pretende-se, assim, esclarecer que o conceito jurídico de “segurado especial” se refere tanto aos camponeses quanto aos agricultores familiares, que se submetem, então, às mesmas regras de proteção previdenciária. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu regras jurídicas específicas para regular o dever de recolher contribuições previdenciárias e o direito de obter a proteção previdenciária, que se aplicam aos produtores rurais e aos pescadores artesanais, que explorem atividade rural em regime de economia familiar. O propósito da investigação é demonstrar que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) confunde as categorias sociais dos “camponeses” e dos “agricultores familiares”, abarcando, tão-somente, a primeira categoria no significado do conceito jurídico de “segurado especial”. Com isso, o INSS exclui os agricultores familiares da proteção previdenciária, em evidente afronta ao objetivo constitucional de assegurar o acesso universal dos agricultores familiares aos benefícios e serviços da Previdência Social. Assim, com base na perspectiva do materialismo histórico, de acordo com a qual a superestrutura jurídica surge a partir das relações de produção existentes em determinado modo de produção, pretende-se reconstruir as relações materiais dos modos de produção da agricultura familiar e do campesinato, de modo a elucidar o significado do conceito jurídico de “segurado especial” do Regime Geral de Previdência Social.

Palavras-chaves: Agricultores familiares. Camponeses. Segurado especial. Proteção previdenciária. Acesso universal e igualitário.

⁵ Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Direito Público pela PUC-Minas. Coordenador de Extensão da PUC-Minas, unidade Betim. Professor Adjunto IV da PUC-Minas, lecionando as disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito, Direitos Humanos e Fundamentais, Direito do Trabalho, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Previdenciário. Colaborador do Projeto de Extensão “Previdência Social Rural: a efetivação da proteção social dos agricultores familiares e camponeses”. Advogado e sócio do escritório “Marzinetti, Mendonça, Bedetti Mayrink & Gontijo - Sociedade de Advogados”.

⁶ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Extensionista do Projeto de Extensão “Previdência Social Rural: a efetivação da proteção social dos agricultores familiares e camponeses”.

INTRODUÇÃO

Os agricultores familiares e camponeses foram incluídos na rede de proteção social do Regime Geral de Previdência Social, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, a ordem jurídica vigente passou a assegurar o acesso universal dos agricultores familiares e camponeses aos benefícios e serviços da previdência social, 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.” (BRASIL, 1991).

E, adaptando o regime previdenciário à realidade do modo de produção dos agricultores familiares e camponeses, que, em geral, não possuem rendimentos mensais regulares em virtude da sazonalidade da produção agrícola, enfrentam os riscos de condições ambientais desfavoráveis para a produção agrícola e produzem alimentos a baixo custo em virtude do tipo de trabalho familiar utilizado na produção agrícola, a ordem jurídica vigente estabeleceu um regime contributivo diferenciado aos agricultores familiares e camponeses, no qual a comprovação do efetivo recolhimento de contribuição social para a Previdência Social não é mais requisito legal para a concessão dos benefícios previdenciários.

Assim, os agricultores familiares e camponeses são obrigados a recolher contribuições sociais correspondentes a 2,1% da receita bruta proveniente da comercialização dos produtos agrícolas, nos termos do disposto no artigo 25, inciso I, da Lei Federal n.º 8.212/91⁷. Contudo, a falta de recolhimento das contribuições sociais não prejudica a concessão dos benefícios previdenciários aos agricultores familiares e camponeses. Exige-se, tão somente, a comprovação da efetiva exploração de atividade agropecuária, em regime de economia familiar, para a concessão dos benefícios previdenciários aos agricultores familiares e camponeses que se encontrarem em risco social, em virtude da perda da capacidade de trabalho.

Pode-se afirmar, então, que, diferentemente dos trabalhadores urbanos, os agricultores familiares e camponeses não necessitam garantir um período mínimo de

⁷ 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 - 2% 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.

recolhimento de contribuições previdenciárias para adquirir o direito à concessão dos serviços e benefícios previdenciários. Basta comprovar tempo de atividade de efetiva exploração de atividade agropecuária, em regime de economia familiar, por meio de documentos que evidenciem o exercício da atividade rural e que sejam contemporâneos ao fato neles declarados.

Contudo, os agricultores familiares e camponeses não possuem o costume de formalizar suas relações de produção e, por isso, não possuem os documentos necessários para a comprovação da exploração das atividades rurais, tais como documentos referentes ao uso da terra (título de propriedade, contrato de parceria ou arrendamento etc.), notas de venda da produção rural (blocos de notas do produtor rural) ou declaração expedida pelo sindicato rural e homologada pelo INSS⁸.

⁸ Os documentos, que são aptos a comprovar a efetiva exploração de atividade rural para fins previdenciários, são indicados no artigo 106 da Lei Federal n.º 8.213/91: “Art. 106. A comprovação do exercício de atividade rural será feita, alternativamente, por meio de: I – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural; III – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar; V – bloco de notas do produtor rural; VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o [§ 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991](#), emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor; VII – documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante; VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção; IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra”. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado no sentido de que o rol de documentos indicados no artigo 106 da Lei Federal n.º 8.213/91 são meramente exemplificativos, sendo, portanto, admissíveis outros documentos não indicados na referida norma, desde que evidenciem o exercício de atividade rural, em regime de economia familiar. Nesse sentido, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.362.145/SP, ficou firmado o entendimento de que “o rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único da Lei 8.213/91, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis, portanto, outros documentos além dos previstos no mencionado dispositivo” (2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Data do Julgamento 21/03/2013, Data da Publicação 01/04/2013). O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) reconhece o caráter meramente exemplificativo do rol de documentos do artigo 106 da Lei Federal n.º 8.213/91 e, por isso, estatui uma relação de outros documentos, que são admitidos pela autarquia previdenciária para a comprovação da atividade rural: “Art. 54. Considera-se início de prova material, para fins de comprovação da atividade rural, entre outros, os seguintes documentos, desde que neles conste a profissão ou qualquer outro dado que evidencie o exercício da atividade rural e seja contemporâneo ao fato nele declarado, observado o disposto no art. 111: I - certidão de casamento civil ou religioso; II - certidão de união estável; III - certidão de nascimento ou de batismo dos filhos; IV - certidão de tutela ou de curatela; V - procuração; VI - título de eleitor ou ficha de cadastro eleitoral; VII - certificado de alistamento ou de quitação com o serviço militar; VIII - comprovante de matrícula ou ficha de inscrição em escola, ata ou boletim escolar do trabalhador ou dos filhos; IX - ficha de associado em cooperativa; X - comprovante de participação como beneficiário, em programas governamentais para a área rural nos estados, no Distrito Federal ou nos Municípios; XI - comprovante de recebimento de assistência ou de acompanhamento de empresa de assistência técnica e extensão rural; XII - escritura pública de imóvel; XIII - recibo de pagamento de contribuição

A precária organização empresarial, contábil e jurídica dos agricultores familiares e camponeses ocasiona a falta de concessão dos benefícios previdenciários, em virtude da falta de documentação comprobatória da efetiva exploração de atividade agropecuária, de modo individual ou em regime de economia familiar.

Em outras palavras, para que os agricultores familiares e camponeses façam jus aos benefícios previdenciários instituídos pela ordem jurídica vigente, é necessária a comprovação do efetivo exercício de atividade agropecuária, por meio de início razoável de prova documental da produção agropecuária, durante o lapso temporal exigido pela legislação previdenciária, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, em conformidade com o disposto no art. 11, inciso VII, art. 39, art. 55, § 3.º, e art. 106, todos da Lei Federal n.º 8.213/91⁹.

Nesse contexto, o projeto de extensão “A inserção dos agricultores familiares e camponeses do Estado de Minas Gerais na rede de proteção social do Regime Geral de Previdência Social”¹⁰ presta assistência jurídica aos agricultores familiares e

federativa ou confederativa; XIV - registro em processos administrativos ou judiciais, inclusive inquéritos, como testemunha, autor ou réu; XV - ficha ou registro em livros de casas de saúde, hospitais, postos de saúde ou do programa dos agentes comunitários de saúde; XVI - carteira de vacinação; XVII - título de propriedade de imóvel rural; XVIII - recibo de compra de implementos ou de insumos agrícolas; XIX - comprovante de empréstimo bancário para fins de atividade rural; XX - ficha de inscrição ou registro sindical ou associativo junto ao sindicato de trabalhadores rurais, colônia ou associação de pescadores, produtores ou outras entidades congêneres; XXI - contribuição social ao sindicato de trabalhadores rurais, à colônia ou à associação de pescadores, produtores rurais ou a outras entidades congêneres; XXII - publicação na imprensa ou em informativos de circulação pública; XXIII - registro em livros de entidades religiosas, quando da participação em batismo, crisma, casamento ou em outros sacramentos; XXIV - registro em documentos de associações de produtores rurais, comunitárias, recreativas, desportivas ou religiosas; XXV - (Revogado pela [IN INSS/PRES nº 85, de 18/02/2016](#)); XXVI - título de aforamento; XXVII - declaração de aptidão fornecida para fins de obtenção de financiamento junto ao Programa Nacional de Desenvolvimento da Agricultura Familiar - PRONAF; e XXVIII - ficha de atendimento médico ou odontológico” (Instrução Normativa INSS/PRESS n.º 77, de 21 de janeiro de 2015).

⁹ Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui entendimento firmado no sentido de que não é possível comprovar o exercício de atividade rural, para fins previdenciários, por meio de prova exclusivamente testemunhal, sendo, portanto, imprescindível a apresentação de documentos que evidenciem o exercício da atividade rurícola. Esse entendimento foi expresso na Súmula n.º 149/STJ, que possui o seguinte enunciado: “A prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário”.

¹⁰ O projeto de extensão é financiado pela Pró-Reitoria de Extensão da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) desde o ano de 2015, contando com o envolvimento de professores e alunos da PUC-Minas, que, além de esclarecer aos agricultores familiares e camponeses sobre seus direitos previdenciários e orientá-los sobre a maneira apropriada de exercê-los, especialmente em relação aos documentos imprescindíveis à comprovação da atividade rural para fins previdenciários, promovem a defesa administrativa e judicial dos direitos previdenciários dos agricultores familiares e camponeses.

camponeses na obtenção da proteção previdenciária contra o risco social da perda da capacidade de trabalho.

O projeto de extensão promove, inicialmente, uma reunião nas comunidades rurais por ele atendidas, com a participação dos interessados em obterem informações sobre os direitos previdenciários dos agricultores familiares e camponeses, e o modo de acesso à proteção previdenciária assegurada pelo exercício destes direitos, especialmente em relação aos documentos que servem de início de prova material da atividade rural. O objetivo da reunião é difundir o conhecimento sobre a legislação previdenciária aos agricultores familiares e camponeses, explicando os requisitos legais que condicionam a concessão de cada um dos benefícios previdenciários e os documentos imprescindíveis para a comprovação da efetiva exploração da atividade rural, em regime de economia familiar, para fins previdenciários.

Foto 1 – Reunião na Comunidade Rural de Morro



Fonte: o autor

Foto 2 – Reunião na Comunidade de Morro do Paiol, zona rural do município do Serro



Fonte: o autor

Foto 3 – Reunião no Assentamento de Reforma Agrária 2 de Julho, zona rural de Betim



Fonte: o autor

Foto 4 – Reunião no Assentamento 2 de Julho



Fonte: o autor

No final da reunião comunitária, realiza-se a inscrição das entidades familiares interessadas em receber orientação jurídica para a formalização de suas relações jurídicas de produção, com a elaboração dos documentos apropriados a comprovar o efetivo exercício de atividade rural para fins previdenciários, e para a apresentação de requerimento administrativo ou a propositura de procedimento judicial, no qual se pleiteia a concessão dos benefícios previdenciários a que fazem jus os agricultores familiares e camponeses.

As orientações jurídicas são prestadas em visitas técnicas, realizadas por equipe extensionista formada por professores e alunos da PUC-Minas, nas casas dos agricultores familiares e camponeses. Nas visitas técnicas, faz-se a análise dos documentos relativos à produção rural de que já são portadores os atendidos pelo projeto de extensão, o levantamento das características da exploração da atividade agropecuária e a elaboração dos documentos jurídicos necessários para servirem de

início de prova documental da qualidade de segurados especiais do Regime Geral de Previdência Social.

Nas visitas técnicas, faz-se a identificação dos agricultores familiares e camponeses que fazem jus ao recebimento de algum benefício previdenciário, por terem preenchido os requisitos legais para a obtenção da proteção previdenciária. Nestes casos, os agricultores familiares e camponeses são encaminhados ao Serviço de Assistência Judiciária da PUC-Minas, para a propositura de procedimentos judiciais destinados a obter a tutela jurisdicional dos direitos previdenciários dos agricultores familiares e camponeses.

O projeto de extensão promoveu, então, a apresentação de 215 requerimentos administrativos para a obtenção de diversos benefícios previdenciários, perante a agência do INSS do município do Serro; e, a propositura de 127 procedimentos judiciais para a obtenção de diversos benefícios previdenciários, perante o juízo de direito da comarca do Serro. Na comarca de Betim, foram propostos 10 procedimentos judiciais para a obtenção de diversos benefícios previdenciários, especialmente a aposentadoria por idade híbrida.

Ao longo da execução do projeto de extensão, percebeu-se que o INSS possui uma compreensão falsa das características distintivas da categoria social do “agricultor familiar”, confundindo-a com a categoria social do “camponês”. Pois, na visão da autarquia previdenciária, o agricultor familiar é entendido como aquele utiliza técnicas relativamente precárias e atrasadas de produção agrícola, sem inserção nos mercados locais, regionais, nacional e mundial e, que, por isso, não auferem renda mensal acima de 1 (um) salário-mínimo proveniente da atividade rural realizada.

Isso acarreta que, na perspectiva institucional adotada pelo INSS, o conceito jurídico de “segurado especial” se refira apenas aos camponeses, com a exclusão dos agricultores familiares.

Assim, em reunião realizada no Conselho de Desenvolvimento Rural Sustentável do Município do Serro, no dia 02 de fevereiro de 2015, com a finalidade de discutir as causas do grande número de indeferimentos dos requerimentos administrativos apresentados pelos agricultores familiares e camponeses, os servidores da agência do INSS do Serro afirmaram que a produção de cachaça, que denotaria processo avançado de beneficiamento de produtos agrícolas, descaracterizaria a condição de segurado especial do agricultor familiar. Afirmaram, ainda, que a circunstância de auferir renda mensal acima de 1 (um) salário-mínimo

proveniente da atividade rural descaracterizaria, também, a condição de segurado especial.

Percebe-se, então, que, no julgamento dos requerimentos de concessão dos benefícios previdenciários apresentados pelos agricultores familiares, os técnicos de seguro social do INSS adotam o entendimento do senso comum de que a agricultora familiar é um empreendimento de dimensões reduzidas, que utiliza técnicas relativamente precárias e atrasadas de produção agrícola, cuja produção se destina ao consumo da própria entidade familiar, sem qualquer inserção nos mercados locais, regionais, nacional e mundial.

Essa compreensão da agricultora familiar é, contudo, falsa por não corresponder ao modo de produção agrícola realizado no âmbito de empreendimentos familiares, bem como por não ser compatível com as normas jurídicas reguladoras da produção agrícola familiar, que, por serem fenômenos superestruturais, se originam, e, portanto, são expressões, das relações materiais de produção das quais emanam.

Ora, conforme se demonstrará a seguir, a agricultura familiar se caracteriza por adotar técnicas produtivas avançadas, para a produção de mercadorias destinadas à comercialização nos mercados locais, regionais, nacional e mundial, com o traço distintivo de a propriedade, direção, organização e execução dos trabalhos se desenvolverem com base em relações familiares. Pretende-se, então, demonstrar que é falso o senso comum utilizado pelos técnicos de seguro social do INSS, para a caracterização dos agricultores familiares, na execução da política pública de proteção previdenciária.

Este artigo científico possui, então, o propósito de reconstruir as forças produtivas e as relações materiais engendradas pelos modos de produção da agricultura familiar e do campesinato, de modo a desvelar os critérios objetivos para a construção do significado do conceito jurídico “segurado especial”.

Pois, na perspectiva do materialismo histórico e dialético, as normas jurídicas se originam e se fundamentam nos modos de produção material da existência humana. E, por isso, o significado das normas jurídicas deve ser construído com base nas características objetivas dos modos de produção existentes, que são as bases materiais sobre as quais se elevam as diferentes normatividades jurídicas.

Nesse sentido, Karl Marx sustenta que:

Na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; essas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência. (MARX, 2008, p. 47).

Adota-se, criticamente, a perspectiva do materialismo histórico, para a compreensão dos modos de produção da agricultura familiar e do campesinato, bem como da normatividade jurídica, especialmente do direito previdenciário, que se origina destes modos de produção material da existência humana. Isso significa que a abordagem apresentada neste trabalho não se coaduna com a aplicação das teses marxistas feitas por Lênin (na obra *O Desenvolvimento do Capitalismo na Rússia*) e Kautsky (na obra *A Questão Agrária*), na tentativa de compreender as leis gerais do desenvolvimento do capitalismo na agricultura¹¹.

Pois, ao contrário das previsões de Kautsky e Lênin, que sustentavam que a expansão do modo de produção capitalista para a produção agrícola acarretaria a ruína, desintegração e diferenciação do modo de produção camponês, a agricultura

¹¹ Nesse sentido, Ricardo Abramovay sustenta que, apesar de Marx não ter elaborado uma teoria sobre as leis gerais do desenvolvimento do capitalismo na agricultura, há passagens na obra de Marx que demonstrariam que a permanência do trabalho familiar na agricultura não seria incompatível com a expansão do modo de produção capitalista. Nesse sentido, Ricardo Abramovay (1992, p. 4) afirma que: “[...] Particularmente sobre o campesinato, pode-se encontrar uma abordagem política carregada de profundo ceticismo no *Dezoito Brumário de Louis Bonaparte* (o famoso saco de batatas) e uma intuição teórica genial e precursora no Livro III d’*O Capital*, onde Marx mostra que o “[...] preço dos cereais em países em que prepondera a propriedade parcelaria está a nível mais baixo que nos países com modo de produção capitalista. Uma parte do mais-trabalho dos camponeses que trabalham sob as piores condições é dada gratuitamente à sociedade e nem sequer entra na regulação dos preços de produção ou na formação do valor em geral. Esse preço mais baixo é, portanto, um resultado da pobreza dos produtores e, de modo nenhum da produtividade de seu trabalho (Marx, 1890/1986: 261). Como bem assinalou Tepicht (1973:14), entretanto, transformar essa passagem em teoria sobre o tema pode ser reconfortante, mas não faz avançar em nada o conhecimento científico [...]”. Abramovay afirma que o objetivo de Marx era compreender as relações sociais decorrentes da reorientação de toda a vida social na produção de mercadoria, descobrindo, assim, as causas da opressão e exploração nas sociedades capitalistas. Por isso, Marx não se preocupou em pesquisar o modo de produção baseado nas relações familiares, que fogem da lógica de produção capitalista. Conclui, então, que “não é possível admitir que Marx pudesse ter em mente qualquer tipo de previsão quanto ao desaparecimento iminente do campesinato e mesmo quanto à sua inexistência quando do começo da construção do socialismo”. (ABRAMOVOY, 1992, p. 9).

familiar é o modo de produção de gêneros alimentícios que predomina na estrutura agrária nos países de capitalismo avançado¹².

Assim, com base na perspectiva do materialismo histórico e dialético, pretende-se reconstruir teoricamente os modos de produção do campesinato e da agricultora familiar, que subsistem à expansão do modo de produção capitalista na agricultura. Este trabalho teórico almeja identificar, na realidade da produção material de gêneros alimentícios nos países de capitalismo avançado, as normatividades jurídicas imanentes às relações sociais desenvolvidas no âmbito dos diferentes modos de produção existentes. Pois, considerando que as leis jurídicas são, apenas, a expressão formalizada de normatividades dinâmicas que existem nos modos de produção material da existência humana, a descoberta destas normatividades factuais permite desvelar o conteúdo objetivo das leis estatais, especialmente o significado do conceito jurídico “segurado especial”.

A RECONSTRUÇÃO DAS CATEGORIAS SOCIAIS DO “AGRICULTOR FAMILIAR” E DO “CAMPONÊS” PARA A DEFINIÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE SEGURADO ESPECIAL

A estrutura social da agricultura nos países capitalistas avançados se baseia em unidades familiares de produção, que são as responsáveis pela maior parte da produção de alimentos imprescindíveis à reprodução da força de trabalho. Em outras palavras, a agricultura familiar se insere no modo de produção capitalista, na medida em que viabiliza a produção de alimentos a baixo custo, barateando, assim, a reprodução material da força de trabalho.

¹² Nesse sentido, Clério Plein e Eduardo Erneste Filippi sustentam que: “as teses marxistas clássicas apontavam para o desaparecimento da agricultura familiar com o desenvolvimento das relações capitalistas na agricultura, sobretudo nas obras de Kautsky e Lênin. Kautsky apontava a superioridade técnica do grande estabelecimento, afirmando que “quanto mais a agricultura se identifica com os padrões capitalistas, tanto mais se diferenciam qualitativamente as diferenças técnicas empregadas pelos grandes estabelecimentos das empregadas pelos pequenos”. (KAUSTKY, 1986, p. 87). Lênin falava da ruína, desintegração e diferenciação camponesa, dizendo que “o processo de decomposição dos pequenos agricultores em patrões e operários agrícolas constitui a base sobre a qual se forma o mercado interno na produção capitalista” (LENIN, 1985, p. 35). Entretanto, constatou-se o predomínio da agricultura familiar na estrutura agrária nos países onde o modo de produção capitalista mais se desenvolveu, sobretudo no período pós-guerra (1945-1973). De acordo com Veiga (1991, p. 188), “durante o grande impulso do desenvolvimento capitalista (meados da década de 1930 ao início da década de 1970) foi a agricultura familiar que acabou se firmando em todos os países do chamado Primeiro Mundo”. Para Abramovay (1992, p. 19), “é fundamentalmente sobre a base de unidades familiares de produção que se constitui a imensa prosperidade que marca a produção de alimentos e fibras nas nações mais desenvolvidas” (PLEIN; FILIPPI, 2011, p. 99-100).

Nesse sentido, Ricardo Abramovay sustenta que o papel da agricultura familiar no desenvolvimento do mundo capitalista é propiciar:

[...] a oferta abundante de produtos agrícolas a preços declinantes e que, sobretudo, permitissem que parte cada vez menor do orçamento familiar fosse dedicada ao consumo de alimentos. [...] a agricultura tem um papel decisivo no processo de rebaixamento permanente do custo de reprodução da força de trabalho. Neste sentido, o mecanismo de preços permite uma verdadeira transferência intersetorial de renda, onde se beneficiam não só os setores que lidam diretamente com a compra de produtos agrícolas e a venda de insumos e máquinas, mas o conjunto do sistema econômico, pelo caminho da redução da parte do orçamento das famílias dedicada diretamente à alimentação. (ABRAMOVAY, 1992, p. 267-271).

Assim, ao contrário das teses marxistas clássicas, que apontavam para o desaparecimento da agricultura familiar com o desenvolvimento das relações capitalistas no campo, o modo de produção familiar nas atividades produtivas rurais não apenas sobreviveu, mas se transformou, na verdade, em elemento imprescindível ao barateamento do custo de reprodução da mão-de-obra para o modo de produção capitalista.

Ora, dentre a multiplicidade de elementos que proporcionaram a sobrevivência, no capitalismo, das unidades agrícolas baseadas no trabalho familiar, destaca-se a capacidade de produção de alimentos a baixo custo, por meio da internalização de técnicas mais produtivas e dos baixos custos de produção (ausência de lucro e capacidade de suportar a variação de renda), proporcionando, assim, a redução dos gastos com a reprodução da força de trabalho necessária à continuidade do próprio capitalismo.

No capitalismo brasileiro contemporâneo, as atividades rurais são desenvolvidas a partir de três modos de produção diferentes, que, por sua vez, constituem três classes sociais que se distinguem a partir de sua posição dentro do circuito de produção, quais sejam: o modo de produção camponês; o modo de produção do agricultor familiar; e, o modo de produção capitalista.

O modo de produção capitalista possui três características fundamentais: 1) as relações de produção se baseiam na propriedade privada dos meios de produção; 2) na divisão da sociedade em classes, ou seja, capitalistas (donos dos meios de produção) e assalariados (que vendem sua força de trabalho aos primeiros); e, 3) na acumulação de capital com extração de mais-valia, sendo o objetivo a produção de mercadorias que proporcionem lucro.

No campo, o modo de produção capitalista se desenvolve por intermédio do agronegócio, que, com base em técnicas produtivas avançadas, na mecanização da produção rural e na utilização de trabalho assalariado, produz commodities agrícolas (mercadorias), destinadas à comercialização no mercado internacional, com a finalidade de obtenção de lucro por meio da extração da mais-valia.

Por outro lado, subsiste, ainda, um modo de produção camponês, que se caracteriza pela circunstância de a produção material ser realizada por meio da utilização da mão-de-obra da própria entidade familiar, com a finalidade de assegurar a reprodução do próprio núcleo familiar, por meio do consumo familiar da maior parte do que é produzido e da realização de pequenas trocas com outros núcleos familiares.

Desta forma, o modo de produção do campesinato possui duas características fundamentais: o agricultor é, ao mesmo tempo, administrador, proprietário dos meios de produção e detentor da força de trabalho; e, a produção é voltada, prioritariamente, para a autossatisfação da unidade familiar.

A categoria social do camponês deve ser entendida como englobando aquelas pessoas que vivem no meio rural e trabalham na agricultura, na criação de animais de pequeno e médio porte, no extrativismo vegetal, na pesca e caça artesanais e no cultivo de florestas nativas ou exóticas, juntamente com sua família, e cuja produção material se desenvolve de acordo com os traços étnicos culturalmente diferenciados constituintes da identidade étnica da comunidade tradicional a que pertence, que se distinguem da forma de produção capitalista¹³.

O modo de produção camponês se transforma em modo de produção da agricultura familiar, no momento em que, apesar de se manter a mão-de-obra familiar

¹³ No texto intitulado *O fenômeno bonapartista*, Karl Marx define os camponeses da seguinte maneira: “Os pequenos camponeses constituem uma imensa massa, cujos membros vivem em condições semelhantes, mas sem estabelecerem relações multiformes entre si. Seu modo de produção os isola uns dos outros, em vez de criar entre eles um intercâmbio mútuo. [...]. Seu campo de produção, a pequena propriedade, não permite qualquer divisão do trabalho para o cultivo, nenhuma aplicação de métodos científicos e, portanto, nenhuma diversidade de desenvolvimento, nenhuma variedade de talento, nenhuma riqueza de relações sociais. Cada família camponesa é quase autossuficiente; ela própria produz inteiramente a maior parte do que consome, adquirindo assim os meios de subsistência mais através de trocas com a natureza do que do intercâmbio com a sociedade. Uma pequena propriedade, um camponês e sua família; ao lado deles outra pequena propriedade, outro camponês e outra família. Algumas dezenas delas constituem uma aldeia, e algumas dezenas de aldeias constituem um Departamento. A grande massa da nação francesa é, assim, formada pela simples adição de grandezas homólogas, da mesma maneira que batatas em um saco constituem um saco de batatas. Na medida em que milhões de famílias camponesas vivem em condições econômicas que as separam umas das outras, e opõem o seu modo de vida, os seus interesses e sua cultura aos das outras classes da sociedade, estes milhões constituem uma classe” (MARX, 2012, p. 223-224).

como fator de produção, a atividade agrícola é realizada com a finalidade de produzir mercadoria para o mercado local, regional, nacional ou mundial, não se destinando mais à autossatisfação do núcleo familiar.

Assim, a categoria social do agricultor familiar deve ser entendida como englobando aquelas pessoas que vivem no meio rural e trabalham na agricultura, na criação de animais de pequeno e médio porte, no extrativismo vegetal, na pesca e caça artesanais e no cultivo de florestas nativas ou exóticas, juntamente com sua família, abarcando uma diversidade de formas de fazer agricultura e pecuária, que se diferencia segundo tipos diferentes de famílias, de contexto social, de inserção na economia de mercado local, regional, nacional e global, de interação com os diferentes ecossistemas, de acesso às formas de crédito, das técnicas e tecnologias produtivas disponíveis etc.

É importante esclarecer que o agricultor familiar não se confunde mais com o camponês. Pois, enquanto o agricultor familiar se insere nas técnicas e lógicas produtivas do capitalismo, com a manutenção do trabalho familiar como fator de produção, o camponês é aquele que não se integra ao mercado e a produção agrícola transcorre no interior de uma forma de vida comunitária e tradicional, na qual os laços pessoais são fundamentais para a reprodução material da comunidade.

Nesse sentido, Ricardo Abramovay explica que a ruptura entre a agricultura camponesa e a agricultura familiar foi provocada pela crescente inserção da agricultura familiar no sistema de mercado. Nas palavras do autor, os agricultores familiares:

[...] integram-se plenamente a estas estruturas nacionais de mercado, transformam não só sua base técnica, mas sobretudo o círculo social em que se reproduzem e metamorfoseiam-se numa nova categoria social: de camponeses, tornam-se agricultores profissionais. Aquilo que era antes de tudo um modo de vida converte-se numa profissão, numa forma de trabalho. O mercado adquire a fisionomia impessoal com que se apresenta aos produtores numa sociedade capitalista. Os laços comunitários perdem seu atributo de condição básica para a reprodução material. [...] Da mesma forma, a inserção do agricultor na divisão do trabalho corresponde à maneira universal como os indivíduos se socializam na sociedade burguesa: a competição e a eficiência convertem-se em normas e condições da reprodução social. (ABRAMOVAY, 1992, p. 139).

E, dentre a multiplicidade de elementos que proporcionam a sobrevivência, no capitalismo, das unidades agrícolas baseadas no trabalho familiar, destaca-se a

capacidade de produção de alimentos a baixo custo, por meio da internalização de técnicas mais produtivas e dos baixos custos de produção (ausência de lucro e capacidade de suportar a variação de renda), proporcionando, assim, a redução dos gastos com a reprodução da força de trabalho necessária à continuidade do próprio capitalismo.

As categorias sociais dos camponeses e dos agricultores familiares foram, juridicamente, englobadas numa única categoria jurídica denominada “agricultor familiar” e “empreendedor familiar rural”, por meio da Lei Federal n.º 11.326, de 24 de julho de 2006, que estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional de Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares¹⁴.

A Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais se aplica aos agricultores familiares e aos camponeses. Contudo, é preciso ter cuidado na execução das políticas públicas de inserção da produção familiar nos mercados locais, regionais, nacional e global, para não se descaracterizar a forma de vida dos camponeses (índios, quilombolas, ribeirinhos etc), cuja produção material está inserida numa forma de vida, que lhe assegura o significado e a função na reprodução material e simbólica da comunidade. Em outras palavras, é preciso construir modelos produtivos que respeitem a forma de vida dos grupos étnicos diferenciados (camponeses), na medida em que esses grupos apresentam, muitas vezes, formas de vida incompatíveis com a mercantilização da produção agrícola.

De qualquer maneira, o modo de produção da agricultura familiar, que exclui o modo de produção camponês, se caracteriza, atualmente, pela adoção de técnicas

¹⁴ A lei define agricultura familiar nos seguintes termos: “Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se agricultor familiar e empreendedor familiar rural aquele que pratica atividades no meio rural, atendendo, simultaneamente, aos seguintes requisitos: I - não detenha, a qualquer título, área maior do que 4 (quatro) módulos fiscais; II - utilize predominantemente mão-de-obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento; III - tenha percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo; IV - dirija seu estabelecimento ou empreendimento com sua família. [...] § 2º. São também beneficiários desta Lei: I - silvicultores que atendam simultaneamente a todos os requisitos de que trata o caput deste artigo, cultivem florestas nativas ou exóticas e que promovam o manejo sustentável daqueles ambientes; II - aqüicultores que atendam simultaneamente a todos os requisitos de que trata o caput deste artigo e explorem reservatórios hídricos com superfície total de até 2ha (dois hectares) ou ocupem até 500m³ (quinhentos metros cúbicos) de água, quando a exploração se efetivar em tanques-rede; III - extrativistas que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos II, III e IV do caput deste artigo e exerçam essa atividade artesanalmente no meio rural, excluídos os garimpeiros e fiscadores; IV - pescadores que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos I, II, III e IV do caput deste artigo e exerçam a atividade pesqueira artesanalmente. V - povos indígenas que atendam simultaneamente aos requisitos previstos nos incisos II, III e IV do caput do art. 3º; VI - integrantes de comunidades remanescentes de quilombos rurais e demais povos e comunidades tradicionais que atendam simultaneamente aos incisos II, III e IV do caput do art. 3º”.

produtivas avançadas, na mecanização da produção rural, orientada para a produção de mercadorias a serem comercializadas nos mercados local, regional, nacional e mundial, baseando-se, contudo, na utilização da mão-de-obra familiar, sem a utilização permanente de mão-de-obra assalariada.

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social, os agricultores familiares e camponeses são abrangidos pelo conceito jurídico “segurado especial”, cujas características distintivas estão previstas no artigo 11, inciso VII, da Lei Federal n.º 8.213/91, nos seguintes termos:

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;
2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

§ 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes. (BRASIL, 1991).

E, de acordo com a Lei Federal n.º 8.213/91, não há qualquer norma jurídica que ampare o entendimento do INSS de que a obtenção de rendimento mensal acima de 1 salário-mínimo e a utilização de processo de beneficiamento de produtos agrícolas descaracterizariam a condição de segurado especial do agricultor familiar.

Na definição do regime de economia familiar, a expressão legal “indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar” não significa que a entidade familiar deva utilizar a produção agrícola para o autoconsumo, sem a possibilidade de comercialização para a obtenção de renda pecuniária.

Esse tipo de interpretação descaracteriza o próprio modo de produção da agricultura familiar existente nos países capitalistas, que se tornaram o modo de produção predominante na produção de alimentos a baixo custo, contribuindo para o barateamento da reprodução de mão-de-obra e, conseqüentemente, para a diminuição dos custos de produção e o aumento da extração da mais-valia. É preciso lembrar que, nos países capitalistas, o agricultor familiar se insere nos mercados locais, regionais, nacionais e internacionais, adquirindo insumos agrícolas e comercializando a produção agrícola para a satisfação do mercado consumidor.

A expressão legal acima indicada significa, apenas, que a produção agrícola é realizada com a utilização de mão-de-obra familiar, sem o uso de empregados permanentes, diferenciando-a, assim, do modo de produção capitalista do agronegócio, que se caracteriza por uma produção de grande porte, com a utilização de empregados permanentes.

Ademais, a compreensão do INSS é falsa por ser incompatível com a Lei Federal n.º 11.718/08, que, além de não estabelecer limite à renda mensal do agricultor familiar para sua caracterização como segurado especial, dispõe, explicitamente, que a utilização de processos de beneficiamento ou industrialização artesanal não descaracteriza a condição de segurado especial. Assim, o § 8.º, do art. 11, da Lei Federal n.º 8.213/01, dispõe que:

§ 8º. Não descaracteriza a condição de segurado especial:

[...]

V – a utilização pelo próprio grupo familiar, na exploração da atividade, de processo de beneficiamento ou industrialização artesanal, na forma do § 11 do art. 25 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991; e

[...]

VII - a incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI sobre o produto das atividades desenvolvidas nos termos do § 12. (BRASIL, 2001).

Assim, para caracterização da condição de segurado especial do Regime Geral de Previdência Social, são irrelevantes as técnicas produtivas utilizadas e a renda mensal decorrente da atividade rural. O que importa é que a gestão, a

propriedade/posse e a maior parte do trabalho sejam exercidas por indivíduos que mantêm entre si laços de sangue ou de parentesco¹⁵.

Esclareça-se, também, que a condição de agricultor familiar não se refere a uma situação de pobreza ou miserabilidade, decorrente da situação de não possuir renda. A agricultura familiar se refere, na verdade, a um modo de produção, que prevalece na produção de alimentos a baixo custo nos países capitalistas, adotando técnicas produtivas avançadas e inserindo-se nos mercados locais, regionais, nacionais e internacionais.

Por isso, é correto afirmar que, para fins previdenciários, os agricultores familiares e os camponeses estão abrangidos pelo conceito jurídico de segurado especial, na medida em que se caracterizam por possuírem a gestão da produção rural, com a utilização preponderante de mão-de-obra familiar na execução das atividades produtivas.

Ora, é facilmente perceptível que a autarquia previdenciária confunde as categorias sociais do agricultor familiar e do camponês, que foram acima expostas e diferenciadas, utilizando as características do modo de produção camponês para a definição do conceito jurídico de “segurado especial”, para fins de concessão dos benefícios previdenciários previstos no Regime Geral de Previdência Social. Em outras palavras, quando se fala em segurado especial, a autarquia previdenciária logo

¹⁵ Nesse sentido, a jurista Jane Lucia Wilhelm Berwanger explica que “a quantidade ou valor da produção agrícola não devem mesmos ser considerados na análise da condição de segurado especial. Primeiro, porque isso afrontaria o princípio da legalidade, pois não são critérios expressos na legislação. Não se deve estabelecer regras para o caso concreto, pois, se assim fosse, cada um, quer seja servidor do INSS, administrativamente, ou juiz, em caso de processo judicial, traçaria os limites que entenderia dentro ou fora do conceito de regime de economia familiar. Segundo, porque a produção seria um critério relativo. Se a quantidade de produção for elevada e o preço não for bom, a renda será baixa. Se o custo do plantio e cultivo for elevado, a rentabilidade é pequena. Um conceito jurídico não pode conter elementos subjetivos e variáveis, de modo que provoque a perda de sua unidade. Um conceito não pode se amoldar à experiência, de modo que seja insuscetível de unidade. [...] Por outro lado, não se encontra no conceito de regime de economia familiar o termo exclusivamente para subsistência, o que significa dizer que o excedente não descaracteriza a condição de segurado especial. Devido a fatores climáticos, de relevo, de solo, e outros inerentes à atividade produtiva agrícola, os agricultores não produzem todos os alimentos. Produzem em excesso alguns e não produzem outros. Assim, há excedente para comercializar e, de outro lado, preciso adquirir produtos. Não há previsão constitucional, nem legal, para excluir da condição de segurado especial aquele que produz e comercializa excedente. Se houvesse dispositivo na lei previdenciária, estaríamos diante de flagrante inconstitucionalidade, pois o disposto na Constituição, lembremos, diz que o produtor, parceiro, meeiro, arrendatário, bem como o cônjuge que trabalhem em regime de economia familiar contribuirão sobre o resultado da comercialização da produção, ou seja, prevê justamente a contribuição sobre o excedente. Se não se admitir excedente, se subsistência seria apenas plantar para consumo próprio, como seria possível contribuir sobre a produção comercializada? Entendemos que a subsistência tem um sentido mais amplo, de diferenciação com relação à agricultura empresarial, de grande porte, que não trabalha em regime de economia familiar, mas com empregados permanentes. (BERWANGER, 2014, p. 194-195).

afirma se tratar daquele empreendimento agrícola de dimensões reduzidas, trabalhando com técnicas relativamente precárias e atrasadas, sem inserção nos mercados locais, regionais, nacional e mundial, e no qual a entidade familiar não consegue auferir renda superior a 1 (um) salário-mínimo.

Contudo, a compreensão da autarquia previdenciária é falsa por não corresponder à realidade da agricultura familiar dos países capitalistas contemporâneos, confundindo as categorias sociais da agricultura familiar e da agricultura camponesa. O regime contributivo diferenciado dos agricultores familiares se justifica, porque, na medida em que este modo de produção é responsável pela produção de alimentos a baixo custo, por meio da internalização de técnicas mais produtivas e dos baixos custos de produção (ausência de lucro e capacidade de suportar a variação de renda), o regime contributivo diferenciado proporciona a redução dos gastos com a reprodução da força de trabalho necessária à continuidade do próprio capitalismo.

CONCLUSÃO

A efetividade da proteção previdenciária dos agricultores familiares é prejudicada pelo falso entendimento do INSS de que a obtenção de rendimento mensal acima de 1 salário-mínimo e a utilização de processo de beneficiamento de produtos agrícolas descaracterizariam a condição de segurado especial do Regime Geral de Previdência Social.

Por não compreender a base econômica material do modo de produção da agricultura familiar, que predomina na produção de alimentos a baixo custo, o INSS distorce a legislação previdenciária em vigor, que se origina a partir da base econômica material, prejudicando a função da economia familiar de produzir alimentos a baixo custo, rebaixando o custo de reprodução da mão-de-obra. Pois, a exigência de recolhimento mensal de contribuições previdenciárias do agricultor familiar acarretará, provavelmente, um aumento do preço dos alimentos, aumentando, assim, custo geral de reprodução da mão-de-obra na economia capitalista, com repercussão negativa na extração da mais-valia.

Ademais, a exigência de recolhimento mensal de contribuições previdenciárias do agricultor familiar poderá acarretar, também, a sua exclusão da proteção previdenciária. Pois, a renda dos agricultores familiares é comprimida pelos altos

preços dos insumos agrícolas e pelos baixos preços dos produtos agrícolas, atingindo um patamar que se mostra insuficiente para a satisfação das necessidades materiais da entidade familiar e, conseqüentemente, para o recolhimento mensal de contribuições previdenciárias.

Portanto, o regime contributivo diferenciado dos agricultores familiares se justifica, na medida em que este modo de produção é responsável pela produção de alimentos a baixo custo, por meio da internalização de técnicas mais produtivas e dos baixos custos de produção (ausência de lucro e capacidade de suportar a variação de renda). O regime contributivo diferenciado proporciona a redução dos gastos com a reprodução da força de trabalho necessária à continuidade do próprio capitalismo.

Pode-se afirmar, então, para caracterização da condição de segurado especial do Regime Geral de Previdência Social, é irrelevante as técnicas produtivas utilizadas e a renda mensal decorrente da atividade rural. O que importa é que a gestão, a propriedade/posse e a maior parte do trabalho sejam exercidas por indivíduos que mantêm entre si laços de sangue ou de parentesco. E, por isso, os agricultores familiares e os camponeses estão abrangidas pelo conceito jurídico de segurado especial, fazendo jus, portanto, à proteção previdenciária independente da comprovação de recolhimento de um número mínimo de contribuições sociais, mas desde que comprove a efetiva exploração de atividade rural, em regime de economia familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Ricardo. **Paradigmas do capitalismo agrário em questão**. São Paulo: Unicamp, 1992.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Previdência rural: inclusão social**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Segurado especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual**. Paraná: Juruá, 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 jul. 1991.

_____. **Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 jul. 1991.

_____. **Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 06 de maio de 1999.

_____. **Instrução Normativa INSS/PRESS n.º 77, de 21 de janeiro de 2015.** Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de janeiro de 2015.

CORDEIRO, Marcel. **Previdência Social Rural.** Campinas: Millennium, 2008.

KAUTSKY, Karl. **A questão agrária.** Brasília: Linha Gráfica, 1998.

LÊNIN, Vladimir Ilich. **O desenvolvimento do capitalismo na Rússia.** São Paulo: Nova cultural, 1985.

MARX, Karl. **Contribuição para a crítica da economia política.** São Paulo: Editora Expressão Popular, 2008.

_____. O fenômeno bonapartista. *In*: NETTO, José Paulo (Org.). **O leitor de Marx.** São Paulo: Civilização Brasileira, 2012.

MOURA, Margarida Maria. **Camponeses.** 2. ed. São Paulo: Ática. 1988.

PLEIN, Clério; FILIPPI, Eduardo Ernesto. Capitalismo, Agricultura Familiar e Mercados. **REDES**, Santa Cruz do Sul, v. 16, n. 3, p. 98-121, set/dez 2011.

AS VANTAGENS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA CONSECUÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

Marina Morais Silva¹⁶

Resumo

O presente trabalho se propõe a realizar um exame prático e claro sobre as vantagens existentes ao persistir no âmbito administrativo tendo em vista que este é um meio capaz de garantir ao segurado o efetivo direito na concessão do benefício de Aposentadoria na categoria especial. Para tanto, o artigo discorrerá sobre os aspectos e condições legais exigidos para concessão deste benefício, bem como apresentará jurisprudências administrativas que corroboram o entendimento defendido *supra*.

Palavras-chaves: Aposentadoria Especial. Processo administrativo previdenciário. Vantagens da via administrativa. Posicionamento jurisprudencia.

INTRODUÇÃO

O tema proposto reveste-se de extrema importância especialmente se articulado com as hodiernas características da esfera jurídica, vez que apresenta o fluxo processual administrativo como via possível para assegurar o melhor direito aos segurados, quebrando os paradigmas de um consciente coletivo que tende a direcionar para o Juízo competente a solução de celeumas que potencialmente poderiam ser solvidas pelos caminhos recursais propostos pela própria Autarquia Previdenciária, revelando-se este, quiçá, tão ou mais efetivo e profícuo para consecução de direitos tangentes, em específico, à Aposentadoria Especial.

O trabalho propõe-se a analisar especificamente sobre a criação e desenvolvimento do benefício de Aposentadoria Especial, suas principais alterações legislativas, colocando em relevo seu conceito e características.

Em útil e necessária comparação, as páginas futuras abordam o fluxo que marca e particulariza o Processo Administrativo Previdenciário, trazendo à baila os fundamentos normativos e as garantias constitucionais que, por óbvio, se preservam inclusive nesta órbita.

Para fins de intersecção das ideias expressas, sugestionamentos prudentes apresentam-se proveitosos para a ponderação acerca dos problemas destacados. Nesta conjuntura, imperioso relevar a opção pelo Processo Administrativo

¹⁶ Especialista pela Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Previdenciário.

Previdenciário como instrumento destinado à minoração dos litígios judiciais, a fim de que o sistema de reconhecimento de direitos como um todo possa ser beneficiado.

Em decorrência do exposto, traçar-se-á um paralelo contabilizando as peculiaridades existentes entre o Processo Judicial e o Administrativo, com ênfase, repita-se, no que tange ao direito ao benefício de Aposentadoria Especial, evidenciando as vantagens em persistir em vias administrativas tendo em mente as interpretações já consolidadas e mais favoráveis ao segurado.

APOSENTADORIA ESPECIAL

Conceito

A Aposentadoria Especial é um benefício previsto pelo Regime Geral da Previdência Social e pela Constituição da República de 1988, disciplinado no § 1º do artigo 201 da CR, no artigo 22, inciso II da Lei nº. 8.212/1991 e nos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/1991, que dispõem sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

Maria Helena Carreira Calvim Ribeiro define Aposentadoria Especial como um benefício que pretende garantir ao segurado um ressarcimento ao desgaste gerado pelo trabalho prestado em condições prejudiciais à sua saúde ou integridade física.

O artigo 57 da Lei nº 8.213/31, dispõe:

Art. 57. Aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a Saúde ou integridade física durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos como dispuser a lei. (RIBEIRO, 2012, p. 25-26).

Wladimir Novaes Martinez conceitua Aposentadoria Especial como:

espécie de aposentadoria por tempo de serviço devido aos segurados que, durante 15 ou 20 ou 25 anos de serviços consecutivos ou não, em uma ou mais empresas, em caráter habitual e permanente, expuseram-se a agentes nocivos físicos, químicos e biológicos, em níveis além da tolerância legal, sem a utilização eficaz de EPI ou em face de EPC insuficiente, fato exaustivamente comprovados mediante laudos técnicos periciais emitidos por profissional formalmente habilitado, ou perfil profissiográfico, em consonância com dados cadastrais fornecidos pelo empregador (DSS 8.030 e CTPS) ou outra pessoa autorizada para isso. (MARTINEZ, 2001, p. 21).

Destarte, Aposentadoria Especial trata-se de benefício assegurado ao trabalhador que laborou exposto a agentes agressivos prejudiciais à saúde ou à integridade física durante certo período estabelecido por lei. Por fim, ainda é necessário destacar que este benefício não se materializa tal qual uma “benesse” como intuem alguns, pois seu caráter preventivo e o afastamento do segurado antecipadamente do seu ambiente de trabalho revela-se como um sólido direito deste.

Evolução Histórica

Segundo a Lei nº. 3.807, de 26 de agosto de 1960, Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS conceder-se-ia o benefício de Aposentadoria Especial ao segurado que preenchesse os seguintes requisitos: mínimo de cinquenta anos de idade e quinze anos de contribuição e que houvesse laborado em atividade caracterizada como *penosa, insalubre ou perigosa* por pelo menos, quinze, vinte ou vinte e cinco anos, com a respectiva, e óbvia, contribuição. (BRASIL, 1960).

Inste-se que em 1960 o Decreto 48.959-A, criou o Quadro de Atividades Profissionais consideradas insalubres, perigosas e penosas. Já em 1964 o Decreto 53.831/64 instituiu um Quadro Anexo listando uma relação de agentes químicos, físicos e biológicos e as atividades profissionais classificadas como insalubres, perigosas ou penosas.

O Decreto 60.501 de 1967 inovou ao considerar como tempo de serviço o período em que o segurado esteve em gozo do benefício de Auxílio Doença ou Aposentadoria por Invalidez, se à data do afastamento estivesse laborando com exposição a agentes nocivos. (BRASIL, 1967).

Mais tarde, em maio de 1968, a Lei nº 5.440-A, suprimiu da legislação a exigência da idade mínima (cinquenta anos de idade) e posteriormente a Lei 5.890 de 1973 trouxe alterações quanto à carência, cambiando-a de 180 (cento e oitenta) para 60 (sessenta) contribuições. Destaca-se ainda que a Lei 6.210 de 1975 revogou a Lei 5.890/73 quanto à suspensão da aposentadoria por motivo de retorno à atividade.

Em 1979, a Lei 6.643/79 possibilitou o cômputo do tempo de exercício de administração ou representação sindical para fins de aposentadoria especial. Neste mesmo ano o Decreto 83.080/79 trouxe os Anexos I e II listando os Agentes e Atividades enquadradas como especiais.

Um marco importante no benefício de Aposentadoria Especial foi à autorização da conversão do tempo especial até mesmo para as aposentadorias por tempo de contribuição, através da Lei 6.887 de 1980.

A Lei n°. 8.213, de 24 de julho de 1991, retomou a exigência de 180 contribuições para fins de carência estabelecendo que para concessão de Aposentadoria Especial o exercício da atividade profissional deveria ser aquele que prejudicasse a saúde ou a integridade física do segurado.

Todavia as alterações mais relevantes foram protagonizadas pela Lei n°. 9.032 de 1995 que modificou as Leis n. 8.212 e 8.213 de 1991, colocando fim ao enquadramento por categoria profissional e trazendo a necessidade de exercício do labor em condições especiais com a efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde, de maneira permanente, não ocasional nem intermitente. Outra mudança implementada pela Lei 9.032, refere-se à impossibilidade de conversão do tempo comum em tempo especial, para fins de concessão de aposentadoria especial, permanecendo apenas o direito às conversões para fins de aposentadoria por tempo de contribuição.

Destaca-se ainda que a Lei na 9.528, de 10 de dezembro de 1997, definiu que o Poder Executivo seria responsável pela elaboração da relação dos agentes nocivos considerados para fins de aposentadoria especial sendo que a comprovação da exposição aos agentes nocivos far-se-ia mediante apresentação de documento específico emitido pelo empregador, com a observância de algumas exigências.

A Lei na 9.732, de 11 de dezembro de 1998, por sua vez, estipulou um custeio particular para a aposentadoria especial, determinando ainda, que o laudo técnico das condições do ambiente do trabalho deveria conter informações sobre a utilização de tecnologia de proteção individual. Por fim, proibiu o retorno à atividade que deu origem à aposentadoria especial sob pena de cancelamento do benefício.

Importante citar o Decreto 3.048 de 1999 que apresentou a Classificação dos Agentes Nocivos no Anexo IV e o Decreto 4.827 de 2003 que manteve o direito à conversão de tempo especial em comum.

Por fim, destaca-se ainda que a Lei na 10.666, de 8 de maio de 2003, inovou ao permitir a concessão da Aposentadoria Especial ao cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção que labora sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

CONDIÇÕES LEGAIS PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO NA CATEGORIA ESPECIAL

Assevere-se sem medo de incorrer em erros que a Aposentadoria Especial é uma “espécie” de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário para o jubramento, vez que o desgaste causado pela exposição à nocividade revela-se como um motivo razoabilíssimo para a minoração do lapso em que tais segurados se veem obrigados a laborar.

Assim, dependendo do agente nocivo e desde que o segurado apresente o aporte documental idôneo e previsto na legislação da época em que exerceu estas atividades, é possível aposentar-se com 25 (vinte e cinco), 20 (vinte) ou 15 (quinze) anos de contribuição, observando também a exigência da carência mínima (180 contribuições).

Fato importante e que matiza o tom de diferenciação da Aposentadoria Especial para as demais intersecciona-se com o método de cálculo do valor do benefício, vez que na espécie de aposentadoria supracitada não há a incidência do Fator Previdenciário na respectiva apuração. Cabe também pontuar que a Lei 9.032/95 transferiu ao segurado o ônus da prova, ou seja, é seu dever a comprovação da exposição a agentes agressivos.

Ocorre que, conforme destacado alhures, até 28/04/1995, data da Lei 9.032, o reconhecimento de tempo de trabalho exercido sob condições especiais baseava-se na Categoria Profissional, sendo necessário comprovar o exercício da atividade constante nos decretos.

Portanto, para enquadramento por categoria profissional até 28/04/1995, a exibição da CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social contendo expressamente a função ou cargo é um documento que se reveste de presunção *juris tantum*, revelando-se prova idônea e suficiente para a comprovação da atividade especial.

Destaca-se que a apresentação de formulários (SB-40, DISES-BE 5235, DSS-8030 e DIRBEN 8030) para comprovação de exposição a agentes nocivos somente passou a ser exigida após 05/03/1997.

Ressalta-se que os formulários SB-40, DISES-BE 5235, DSS- 8030 e DIRBEN 8030 são aceitos para períodos trabalhados até 31/12/2003 desde que emitidos até esta data. A partir de 01/01/2004 o legislador passou a exigir o formulário denominado PPP – Perfil Profissiográfico Previdenciário, documento regulamentado pela Instrução Normativa 99/2003, que deverá ser desenvolvido com base nas informações constates no laudo técnico. Importante salientar que após esta data, conforme previsto na legislação, o PPP tornou-se documento indispensável para comprovação de exposição.

Advirta-se que o LTCA – Laudo Técnico de Condições Ambientais passou a ser exigido a partir de 13 de outubro de 1996, data da Medida Provisória nº. 1.523, que posteriormente foi transformada na Lei 9.528/1997. Veja-se que o laudo técnico denota particularidades quando de sua confecção, quais sejam, o documento deverá ser assinado por engenheiro de segurança ou médico do trabalho, poderá ser individual ou coletivo e deve ser observado se o laudo é contemporâneo ao período laborado pelo segurado.

Todavia importante ponderar que para a comprovação do agente ruído é imprescindível que os formulários SB-40, DISES-BE 5235, DSS-8030 e DIRBEN 8030 estejam acompanhados de laudo técnico. Para os demais agentes nocivos tal exigência teve gênese a partir da Lei 9.528/1997.

PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO E SUAS VANTAGENS

Do Processo Administrativo Previdenciário

Prima facie importante destacar que as demandas previdenciárias podem ser ventiladas na via administrativa resguardando às partes o Devido Processo Legal, à Ampla Defesa e o Contraditório, com os meios e recursos a elas inerentes.

Segundo os doutrinadores João Batista Lazzari e Carlos Alberto Pereira de Castro,

o Processo Administrativo Previdenciário é o conjunto de atos administrativos praticados através dos canais de atendimento da Previdência Social, iniciando-se com o requerimento formulado pelos interessados, de ofício pela Administração ou ainda por terceiro interessado. (LAZZARI; CASTRO, 2015, p. 530).

Já o litígio inicia-se quando a decisão administrativa apresenta-se desfavorável ou ainda quando o benefício pleiteado for concedido fora dos parâmetros legais, trazendo algum prejuízo ao segurado, seus dependentes ou terceiros.

Importante salientar que, a princípio, não deve haver interesse contraposto entre segurado e administração, haja vista que o servidor do INSS tem o dever de orientar e conceder o melhor benefício e conduzir o processo administrativo sem causar óbices desnecessários. (LAZZARI; CASTRO, 2015).

Todavia, com o início do contencioso administrativo, o segurado se colocará em situação antagônica ao INSS na busca da prestação previdenciária efetiva e justa.

Assim, cientificado das decisões proferidas pela Autarquia Previdenciária concernente ao seu direito, ao beneficiário é garantido o prazo de 30 (trinta) dias para interposição de recursos à Junta de e/ou posteriormente às Câmaras de Julgamento que juntas compõe o Conselho de Recursos do Seguro Social, órgão responsável pelo controle da legalidade das decisões do INSS em matéria de benefício.

Quanto à interposição de Recurso Ordinário às Juntas de Recursos, o mesmo poderá ser apresentado na Agência da Previdência Social onde o requerimento foi realizado. Todavia importante lembrar que o protocolo do recurso também poderá ser feito em qualquer agência da previdência, inclusive ser enviado pelos correios.

O Recurso Ordinário será apreciado caso o processo seja reavaliado pelo INSS e a autarquia não se retrate da decisão que indeferiu o benefício ou o revisou.

Sendo desfavoráveis as decisões proferidas pelas Juntas de Recursos, caberá recurso especial às Câmaras de Julgamento, exceto nos casos de decisões colegiadas.

Atente-se pelo fato de que o prazo para interposição dos recursos e contrarrazões é de 30 (trinta) dias tanto para a autarquia quanto para o interessado. Observa-se ainda que interessado poderá agendar o protocolo de sua irresignação através do telefone 135 ou pelo sítio eletrônico, sendo considerada a data de interposição do recurso o dia do agendamento.

Contra as decisões das Câmaras de Julgamento ao interessado é facultado ainda interpor, no prazo de 30 (dias), recurso de Embargos de Declaração quando existir no acórdão obscuridade, ambiguidade ou contradição, Uniformização de Jurisprudência ou ainda Reclamação ao Conselho Pleno, observando os critérios estabelecidos pela Portaria Ministerial 548/2011 Regimento do CRSS.

Nada obstante, esgotado o fluxo processual administrativo e ainda não convencido quanto ao acerto das decisões indeferitórias proferidas pelo INSS, não se apresenta ao segurado maiores alternativas a não ser polarizar uma demanda judicial, revestindo a gênese desta como instrumento de consecução de direitos, crê-se, ceifados pela Autarquia Previdenciária.

Das vantagens da via administrativa no Reconhecimento da Atividade Especial

O cerne deste trabalho converge na clarificação das vantagens advindas da via administrativa previdenciária quanto na demonstração da efetividade do respectivo procedimento, podendo se perfazer como um caminho vantajoso, e quiçá, menos áspero para o alcance da expectativa relacionada à aposentação. Consequência do ora verbalizado apresentem-se algumas regras que gravitam a órbita administrativa.

Acerca da gênese do processo previdenciário, forçoso por em destaque uma vantagem proporcionada pela via administrativa concernente ao local de apresentação do requerimento, haja vista que, diferentemente do contencioso judicial em que há rigorismos quanto à fixação de competência, a pretensão administrativa poderá ser viabilizada em qualquer agência da Previdência Social, independentemente do local de domicílio do interessado.

Pertinente ao conteúdo probatório há que se destacar a faculdade de, em esfera administrativa, inserir provas documentais ao longo do fluxo processual até o julgamento de eventual recurso ante o CRSS (Conselho de Recursos do Seguro Social). Imperioso rememorar ainda que a ausência de documentos não obsta a análise de outras espécies de prova, uma vez que, havendo indícios materiais, é admitida a prova testemunhal.

Neste sentido, quanto à comprovação de atividade especial, a IN- Instrução Normativa 77/2015 prevê a realização da Justificação Administrativa, quando o segurado não dispuser dos documentos necessários para comprovação da especialidade de seu labor. Assim, poderá o segurado se valer da J.A. – Justificação Administrativa, meio de prova testemunhal na via administrativa, para reconhecimento e enquadramento de seu trabalho por categoria profissional e exposição a agentes nocivos.

Quanto à fluência dos prazos administrativos, advirta-se que tais são contínuos e improrrogáveis e cujo termo *a quo* é marcado através da ciência das decisões.

Reveste-se ainda de peculiaridade o transcorrer dos atos ante o INSS tendo em mente que os prazos recursais são idênticos, tanto para segurado quanto para administração, fato que não ocorre na órbita judicial, uma vez que a Autarquia detém prazo em dobro para recorrer e quádruplo para contestar, materializando assim algum grau de vantagem em relação ao administrado.

Despicienda é a presença ou formalização de recursos através de advogado no âmbito administrativo, detendo os segurados o poder de confeccionar a respectiva irresignação e até mesmo realizar suas considerações oralmente antes do julgamento. Sem embargo, caso creia ser conveniente, pode o pretense beneficiário nomear procurador, advogado ou não. Já no processo judicial a dispensa da presença de advogado somente é permitida nos Juizados Especiais Federais, exclusivamente no primeiro grau de jurisdição. Em estágio recursal a subscrição dos atos por um advogado é inegociável.

Outro aspecto relevante tange à gratuidade da via administrativa, comparativamente à via judicial onde, na melhor das hipóteses (JEF) no primeiro grau de jurisdição é dispensado o pagamento de custas, taxas ou despesas, entretanto, em grau de recurso, caso indeferida a assistência judiciária gratuita, é obrigatoriamente exigido o preparo.

Importante notar que, a Previdência Social não exige do segurado e interessado o domínio à legislação previdenciária, assim, havendo falhas e omissões o CRSS-Conselho de Recursos do Seguro Social, sanará de ofício, em atenção ao princípio *lura novit curia*.

Outra proficuidade apresentada no âmbito administrativo remete à tempestividade dos recursos, já que quando a mesma for evidenciada e declarada intempestiva, ainda assim, o recurso deverá ser instruído e analisado quanto ao mérito. Isso porque no processo administrativo previdenciário vigora a informalidade e a busca pela verdade material. Na via judicial, a perda do prazo para interposição de recurso gera a preclusão do direito.

Adverta-se que o julgador administrativo não se vincula aos laudos desde que nos autos contenham elementos que o convença do contrário, em atenção ao princípio do livre convencimento baseado em sólido fundamento do direito. Lado outro, hodiernamente a grande maioria dos magistrados motivam suas decisões exclusivamente baseadas nas conclusões apuradas pela perícia judicial.

Ainda neste sentido, importante ponderar que na via administrativa caberá ao INSS realizar diligências tais como: emissão de Carta de Exigência quando identificada a insuficiência de provas, ofício à empresas e Órgãos Públicos quando necessário, realização e a pesquisa *in locu* com o fito de averiguar o direito. Todavia, caso seja necessária realização de perícia judicial complexa no JEF, o Juízo alega incompetência e remete o processo para a Justiça Federal, postergando o andamento do feito.

Impossibilidade de decisões *extra petita* ou *ultra petita* deverá ser analisada com cautela uma vez que a Autarquia tem o dever de conceder a prestação ainda que formulada diferentemente.

Como destacado nas linhas pretéritas, além do INSS ter o dever de conceder o melhor benefício ao segurado, quando identificada à satisfação dos requisitos para mais de uma espécie de benefício, deverá oferecer ao segurado o direito de opção.

Assim, diante do exposto alhures, resta evidente que o processo administrativo previdenciário é a via mais vantajosa ao segurado.

DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL NA VIA ADMINISTRATIVA

Promovendo uma análise conjunta entre o fluxo processual administrativo e judicial e, obviamente, das decisões que dali provenha tem-se, neste estágio a constatação de que a persistência recursal viabilizada pela própria Autarquia Previdenciária tem potencial para a garantia de direitos eventualmente obstados por uma primeira instância.

Passando da generalidade teórica para a especificidade dos casos concretos promova-se a ponderação sobre o seguinte conteúdo jurisprudencial¹⁷.

Posição do CRSS – Agente Agressivo Ruído

Rememore-se primeiramente que a depender da época trabalhada, o nível do ruído pode ser considerado nocivo ou não. Atividades desempenhadas até 04.03.1997 eram consideradas nocivas quando a exposição a ruído fosse superior a 80 decibéis.

¹⁷ Importante destacar que a os acórdãos selecionados abaixo foram extraídos das aulas ministradas pela Professora Ana Paula Fernandes no Curso de Processo Administrativo Previdenciário, no Instituto de Estudos Previdenciários - IEPREV.

De 05.03.1997 a 17.11.2003 o limite de tolerância era de 90 decibéis, sendo enquadrado como especial exposições acima de 90 dB, e por fim a partir de 18/11/2003 seria enquadrado como especial exposição acima de 85db.

Uma vez que restou comprovado que o segurado laborou durante todo o lapso temporal exposto a ruídos acima dos limites de tolerância, e em atenção ao Decreto 53.831/74, no código 1.1.6, Decreto 83.080/1979, no Anexo I, código 1.1.5 e o atual Decreto 3.048/99, Anexo IV, o CRSS negou provimento ao recurso do INSS, veja:

NÚMERO DO PROCESSO: 44232.086656/2014-67. EMENTA: APOSENTADORIA ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL DO INSS. EXPOSIÇÃO A RUÍDO ACIMA DO LIMITE DE TOLERÂNCIA. CONVERSÃO DE PERÍODO ESPECIAL. IMPLEMENTADO O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EXIGIDO PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. MANTIDO O ATO RECORRIDO. BASE LEGAL: ART.58, §§ 1º E 2º DA LEI 8.213/91, ART.56, COMBINADO COM O ART.64, DO DECRETO 3.048/99 E PARECER/CONJUR/MPS/Nº 616/2010, ENUNCIADO N. 21 DA JR/CRPS. RECURSO CONHECIDO E NEGADO AO INSS. (grifo nosso).

Posição do CRSS – Perfil Profissiográfico Previdenciário prova plena a partir de 01/2004

Pondere-se que o Perfil Profissiográfico Previdenciário é um documento elaborado pelas empresas ou preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e informando se no exercício do seu labor houve exposição a agentes nocivos. Este documento foi introduzido no art. 58, § 4º da Lei n.º 8.213/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.528/97.

Ressalta-se que a partir de 01/01/2004, este documento passou a ser exigido para a análise e comprovação do período cuja especialidade fora postulada. Neste sentido, abaixo o voto divergente no processo nº. 44232.099272/2014-12:

Posição do CRSS – Exposição à eletricidade acima de 250 volts

Cumprase asseverar que até 05/03/1997 a exposição a tensões elétricas superiores a 250 volts era considerada nociva à saúde, com previsão expressa no Código 1.8.8 do Quadro Anexo ao Decreto n. 53.831/64.

A partir de 06/03/1997, passou a vigor o Decreto n. 2.172, o qual revogou os regulamentos anteriores e trouxe, no seu Anexo IV, novo rol de agentes nocivos, do qual foi excluída a eletricidade. Entretanto, embora a eletricidade tenha sido excluída da lista de agentes nocivos do Decreto n. 2.172/97, seu enquadramento é totalmente possível, vez que tal lista é meramente exemplificativa, e não taxativa. Este é o entendimento na via administrativa, *ipsis litteris*:

*Número do Processo: 44232.140241/2013-65.. EMENTA: APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO. ENQUADRAMENTO DE PERÍODO POSTERIORMENTE A 28.04.1995 ATÉ 05.03.1997. TODO O LABOR EXERCIDO EM ÁREAS ENERGIZADAS. TEMPO ENQUADRADO E CONVERTIDO. TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO SUFICIENTE À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA INTEGRAL. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: CÓDIGO 1.1.8, ANEXO III DO DECRETO 53.831/1964. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. ARTIGO 56 DO DECRETO N.º 3.048/1999 **RECURSO CONHECIDO E PROVIDO AO SEGURADO***

(grifos acrescidos)

Posição do CRSS – Hidrocarbonetos Aromáticos – Benzeno

Salienta-se Benzeno é um agente químico cancerígeno, com enquadramento qualitativo, ou seja, sua simples presença no ambiente de trabalho, independentemente de quantidade, torna o trabalho insalubre e enquadrável como especial. Inclusive, este agente foi reconhecido e declarado como cancerígeno pela Portaria Interministerial nº. 9/2014 e está inserido no Grupo 1 da LINACH-Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para humanos.

Ressalte-se ainda que, de acordo com os §§ 1º e 4º do art. 68 do Decreto 3.048/99, a exposição do trabalhador a BENZENO é passível de enquadramento como especial. Mantendo este entendimento, a Autarquia decidiu neste sentido. Confira-se:

*HIDROCARBONETO AROMÁTICO – BENZENO –
SIMPLES EXPOSIÇÃO. BENEFÍCIO 42/164.236.896-6*

(...)Por tal razão, foi publicada a PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 9, DE 7 DE OUTUBRO DE 2014 com

a Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos (LINACH) definindo o benzeno no “Grupo 1 - Agentes confirmados como carcinogênicos para humanos”

O Decreto 8.123/13 alterou o Decreto 3.048/99 e assegurou, no § 4º do art. 68, que: “A presença no ambiente de trabalho, com possibilidade de exposição a ser apurada na forma dos

§§ 2º e 3º, de agentes nocivos reconhecidamente cancerígenos em humanos, listados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, será suficiente para a comprovação de efetiva exposição do trabalhador.”

Ainda, tal reconhecimento do benzeno como cancerígeno foi reconhecido pelo próprio INSS.

(...) que expediu o Memorando-Circular 08/DIRSAT/INSS de 08.07.2014, orientando a todos os servidores a reconhecer como especial quando houver informação de exposição a esse agente, os quais devem ser reconhecidos como especiais por ordem do § 4º do art. 68 do Decreto 3.048/99 e código 1.2.10 do Anexo I do Decreto 83.080/79, DEVENDO SEU MODO DE AVALIAÇÃO SER QUALITATIVO, nos termos da recentíssima decisão interna do INSS Memorando- Circular 08/DIRSAT/INSS de 08.07.2014.

Assim, mostra-se imperioso constatar ainda que incipientemente que a insistência em vias administrativas previdenciárias pode, com grau considerável de êxito, consolidar-se como um caminho eficaz para o perfazimento do direito.

CONCLUSÃO

A ponderação expressa pelo presente trabalho trata-se de uma realidade multifocal que merece ser observada por todas as suas faces. Há, como se verbalizou, vantagens evidentes no fluxo processual administrativo previdenciário quanto à concessão de Aposentadoria Especial, que potencialmente o torna mais célere e eficaz.

Pondera-se que mesmo diante das inúmeras condições legais deprecadas para comprovação e conseqüentemente a consecução do direito à aposentadoria na categoria especial, a via administrativa se perfaz um caminho mais benéfico, mais simples e menos burocrático ao segurado.

Como demonstrado, o posicionamento jurisprudencial no âmbito administrativo, matiza consistentes vantagens na persistência no âmbito do Processo Administrativo Previdenciário. Posto isso a priorização da esfera administrativa no que tange à análise - ou mesmo reanálise - meritória dos casos postos a exame, revela-se como via profícua para consecução ou preservação de direitos. Afasta-se assim o automatismo viabilizado pelo senso comum de que somente a seara judicial seria idônea à solução de celeumas sociais, tais quais as polarizadas entre segurado e o Instituto Nacional do Seguro Social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Decreto no 8.123, de 16 de outubro de 2013**. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, no que se refere à aposentadoria especial. Brasília, DF: Presidência da República. [2013]. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/2013/8123.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. **Decreto no 3.038, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. **Decreto no 53.831, de 25 de março de 1964**. Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei no 3.807, de 26 de agosto de 1960. Brasília, DF: Presidência da República, [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D53831.htm. Acesso em: 16 abr. 2017.

_____. **Decreto no 83.080, de 24 de janeiro de 1979**. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, [1979]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83080.htm. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. **Instrução Normativa no 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e

beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. [2015]. Disponível em: http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. **Instrução Normativa no 1 de 20 de Dezembro de 1995.** Avaliação das concentrações de benzeno em ambientes de trabalho. Ministério do Trabalho e Emprego. Brasília, DF: Presidência da República, [1995]. Disponível em: http://portal.mte.gov.br/data/files/ff8080812bd96d6a012bda74dd71230f/in_19951220_01.pdf. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. **Instrução Normativa no 2 de 20 de Dezembro de 1995.** Vigilância da saúde dos trabalhadores na prevenção da exposição ocupacional ao benzeno. Ministério do Trabalho e Emprego. Brasília, DF: Presidência da República, [1995]. Disponível em: <http://www.inteligenciaambiental.com.br/sila/pdf/finssst2-95.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2017.

_____. **Lei no 3.807, de 26 de agosto de 1960.** LOPS - Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, [1960]. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1960/3807.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. **Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 18. maio 2017.

_____. **Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 18 maio 2017.

_____. **Lei no 5.890, de 8 de junho de 1973.** LOPS - Altera a Legislação de Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1973/5890.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. **Lei no 6.514, de 22 de dezembro de 1977.** Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Norma regulatória nº 15 – Atividades e operações insalubres. In: Segurança e Medicina do Trabalho, normas regulamentadoras (NR) aprovadas pela Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978. 68. ed. São Paulo: Atlas, 2011. (Manuais de legislação Atlas).

_____. **Lei no 9.528, de 10 de dezembro de 1997.** Altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1997/9528.htm>. Acesso em: 13 maio 2017.

_____. **Lei no 10.666, de 08 de maio de 2003.** Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. Diário Oficial. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.666.htm. Acesso em: 13 maio 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário:** atualizado de acordo com o novo CPC. 19. ed. São Paulo: Forense, 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

KERTZMAN, Ivan. **Direito Previdenciário.** 14. ed. rev., amp. e atual, JusPodivm, 2016.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial:** teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2013.

LAZZARI, João Batista. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Manual de Direito Previdenciário. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de direito previdenciário.** 4. ed. Saraiva, 2016.

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

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial:** regime geral da previdência social. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social.** 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário.** 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AOS REFUGIADOS: uma análise crítica

Silvania Aparecida Diniz¹⁸

Resumo

O presente artigo aborda a questão das políticas públicas assistenciais dispensadas aos refugiados, no contexto jurídico-espacial brasileiro, tendo em vista os 25 anos da Lei Orgânica de Assistência Social que é um marco importante para a discussão do tema de relevante interesse da sociedade, onde o cenário jurídico internacional há tempos se verte para a proteção do Direito dos refugiados, garantindo-lhes proteção pública da assistência social. Nesse viés, através de uma pesquisa analítica, objetivou-se uma análise crítica da eficácia das normas jurídicas da assistência social, destinada aos refugiados, onde se verifica que os mesmos são legitimados à percepção das prestações assistenciais, mas, encontram barreiras no âmbito administrativo para usufruí-las, mesmo que sejam direitos consagrados na Constituição Federal, na legislação interna e nos pactos internacionais. Ao final, espera-se oferecer uma nova perspectiva de combate à discriminação entre nacionais e estrangeiros.

Palavras-chave: Benefício de assistência social. Refugiados. LOAS. Normas jurídicas. Discriminação.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, observamos que o mundo se tornou mais uma vez palco de um cenário desordenado de penúria humana, não visto desde as grandes guerras mundiais, cujos deslocamentos em massa de seres humanos exprimem elevado grau de sofrimento e destruição de vidas. A presença de estrangeiros no Brasil historicamente é parte constituinte do crescimento econômico brasileiro e de nossa vida social. Contudo, nos últimos dias, tem sido significativo o número de estrangeiros que aqui abarcaram, seja por fatores históricos culturais, perseguição política e religiosa, ou seja em busca de melhores condições de vida e trabalho. Tanto o imigrante quanto o refugiado residente no país, inserido na comunidade, participa do

¹⁸ Mestranda em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (2016/2018). Professora das disciplinas PPSBI e PPSBII do Curso de Pós-graduação em Direito Material e Processual Previdenciário da PUC/MG (BH). Pós-graduada em Direito Previdenciário pelo Instituto Nacional de Ensino Superior e Pesquisa - Faculdade INESP (2015). Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/MG, Presidente da Comissão de Direito Previdenciário da 17ª Subseção da OAB/MG (triênio 2013/2015). Coordenadora Adjunta no Sul de Minas do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) e Advogada atuante na área do Direito previdenciário. E-mail: advsilvaniadiniz@gmail.com

esforço mútuo e a responsabilidade é assim, compartilhada e múltipla em termos de política pública, tal qual o acesso ao mercado de trabalho, saúde, seguridade social e direitos humanos.

Dessa forma, ainda que tardiamente, o Brasil ratificou a Convenção de 1951, por meio do Decreto 50.215 em 1961, assumindo então a obrigação de se comprometer com esse pacto de Direito Internacional Público, importante instrumento de tutela do Direito dos Refugiados, com a condição de cumpri-la, inclusive quanto à proteção pública, a qual se traduz no âmbito interno em assistência social. Para tanto, a Constituição Federal em seu art. 6º, consagrou a assistência aos desamparados como um direito social instituído independentemente de qualquer contribuição, na forma de assistência social, sendo direito de quem dela necessitar. Como corolário, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) em seu art. 1º, refere-se ao direito do cidadão, e, após a regulamentação pelos Decretos 6.214/07, e 7.617/11, passou-se a exigir a naturalização como requisito para a concessão do benefício de prestação continuada ao estrangeiro residente no Brasil. Tais concepções geraram controvérsias quanto ao direito do estrangeiro, notadamente aos imigrantes e refugiados, até que o recente julgamento do Recurso Especial 587970 ocorrido em 22/09/2017, pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral decidiu por afastar a limitação apontada, passando-se a permitir a prestação do referido benefício ao estrangeiro, destacando que a nacionalidade não é óbice para a concessão do referido benefício (BPC), quer pela inexistência de vedação constitucional, ou até mesmo por ser o Brasil signatário de tratados internacionais, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Razão disso, parte-se da hipótese que as normas jurídicas internas não têm observância plena na prática, principalmente frente à autarquia previdenciária, que obedece ao fundamento disposto em suas Instruções Normativas onde adota o fator territorialidade aplicado ao estrangeiro, como excludente de direito a concessão do benefício. Assim, o presente artigo pretende discutir a partir de uma perspectiva crítica, a necessidade de uma leitura eficaz a aplicabilidade do direito ao benefício assistencial de prestação continuada ao refugiado, como resultado de uma construção social consequente daqueles que detêm o poder de definição. Assim, buscaremos responder a questão central que se traduz no questionamento se o gestor da concessão do Benefício - INSS concede aos refugiados o referido benefício.

Através de uma metodologia analítica, iremos descrever em curta síntese as diferentes formas de lidar com a concepção do direito a assistência social ao longo do tempo, descrevendo sua característica principal como direito fundamental social, e em seguida os principais fundamentos de sua legalidade e consequente violação ao direito dos refugiados no Brasil; para ao final sob o pano de fundo da decisão proferida no RE 587970 do STF numa análise crítica, discorrer sobre o a concessão do benefício no órgão administrativo da Previdência Social - INSS.

O presente artigo, abarca tema atual como dito acima, de extrema relevância social para o meio acadêmico e sociedade em geral, haja vista, que o dever de solidariedade social transcende o vínculo da nacionalidade, com especial ênfase nos casos que tratam da observância de direitos fundamentais.

A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Garcia (2017), diz que desde o advento da Constituição Federal de 1988, a Assistência Social passou à condição de Política Pública, equiparando-se ao mesmo nível da Previdência Social e da Saúde, formando o tripé constitucional da Seguridade Social, ou um subsistema de proteção que incorpora a Previdência Social, com fito de cumprir os objetivos fundamentais elencados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Briscoe (2011), assenta que do ponto de vista da história geral, a Assistência Social remonta a período antigo (século XV para o século XVI) surge na Inglaterra, com a Antiga Lei dos Pobres (*Poor Law*)¹⁹, instituída pela coroa inglesa, por meio de sua rainha Elizabeth juntamente com o parlamento, com o intuito de deliberar ajuda aos miseráveis para compra do trigo destinado a sobrevivência.

¹⁹ A Lei dos Pobres foi criada em 1601, no final do reinado da Rainha Elizabeth. Assim como temos hoje, na época houve a necessidade da criação dessa lei, a partir de alguns fatores básicos que contribuíram para isso, dos quais, são: o aumento excessivo da população, o fato da igreja pregar que era dever do estado suprir as necessidades dos menos favorecidos e, por último um controle hegemônico perante a população. Agora percebe a coincidência, a Lei dos Pobres consistia basicamente em: Um fundo monetário a todos que não tinham trabalho ou condição de sustentar seus filhos, mas tinha força o suficiente para trabalhar, assim, essas pessoas deveriam trabalhar para o estado e para a igreja. (Disponível em: <http://literatortura.com/2012/06/27/o-bolsa-familia-e-a-lei-dos-pobres-de-1601/>. Acesso em: 05. Jan. 2018).

Rocha e Savaris discorrem que nos primeiros colégios gregos e romanos, criados por Teseu em Atenas, sendo denominado hetérias²⁰, era permitido celebrar convenções, desde que não contrariassem as regras do Estado. Todo o relevo dos colégios se deu em razão de sua natureza mutualista, pois buscavam finalidades religiosas e econômicas, e mantinham um costume de ajuda recíproca aos membros da sociedade. (ROCHA; SAVARIS, 2014, p. 32).

Com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) foi consagrado o direito humano a proteção social em seu art. 22. Todavia, Rocha e Savaris (2014) sustentam que a assistência social no Brasil surgiu mais recentemente, posto não existir como um direito subjetivo a proteção social, sendo prestada apenas como caridade por instituições religiosas, sobretudo pela Igreja Católica e as Santas Casas de Misericórdia.

E foi a Constituição Federal de 1988²¹, que estabeleceu o amparo social como dever do Estado, na condição de direito social de assistência aos desamparados sem qualquer contraprestação, bastando que esteja o necessitado sob o manto da pobreza. Para tanto, foi instituído o chamado Benefício de Prestação Continuada (BPC) ²², benefício individual, não vitalício e intransferível, também denominado de amparo assistencial, que é a tradicional prestação pecuniária da assistência social. (BRASIL, 1988).

Como corolário dessa assistência, em 1993, foi promulgado a Lei 8.742, denominada a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), que passou a regulamentar o direito constitucional à assistência social, estabelecendo seus princípios informadores, suas diretrizes assistenciais e suas normas de organização²³. (BRASIL, 1993).

²⁰ Tem referência na Lei de Sólon, conservada no digesto – Livro XXII, lei 4^a: De Collegiis et corporibus. (ROCHA, SAVARIS, 2014, p. 32).

²¹ 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.

²² Art. 203. A Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social e tem por objetivos - [...], 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. (BRASIL, 1988, p. 72).

²³ Art. 1º - A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, são 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 às necessidades básicas. (BRASIL, 1993, p.1599).

Assistência Social, nas palavras de Wladimir Novaes Martinez, pode ser entendida como:

[...] direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (art. 1º), ideia aduzida com o parágrafo único do art. 22: Realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, a garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais). (MARTINEZ, 2010, p. 189).

Com intuito de assistir o idoso e a pessoa com deficiência comprovadamente pobre na forma da lei, foi estabelecido na referida Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), o Benefício de Prestação Continuada (BPC)²⁴.

A referida lei estabelece ainda, programas e projetos de assistência social e serviços, tais como os benefícios eventuais, para situações de emergência, como a prestação de auxílio quando do nascimento ou morte em famílias de baixa renda, e casos de calamidade pública. Já os serviços têm cunho sócio assistencial, ou seja, atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações devem ser voltadas para as necessidades básicas, observando os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos. Dentre as ações, programas e projetos, o de maior destaque é o BPC que foi regulamentado pelo Decreto n. 6.214, de 26 de setembro de 2007²⁵, que em seu art. 7º ²⁶ traz, de forma inadequada, como requisito da concessão do referido benefício a nacionalidade brasileira (nata ou naturalizada), excluindo, desse modo, todos os imigrantes do rol. Razão dessa distinção, é que abordaremos a seguir, a legitimação e a violação desse direito.

²⁴ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) (Lei n. 8.742/1993). (2010, p. 190).

²⁵ O Decreto n. 6.214/2007 revogou o antigo Decreto n. 1744/1995 e sofreu algumas alterações a partir dos Decretos n. 6.564/2008 e n. 7.617/2011 e 8.805/2016.

²⁶ Art. 7º O Benefício de Prestação Continuada é devido ao brasileiro, nato ou naturalizado, e às pessoas de nacionalidade portuguesa, em consonância com o disposto no [Decreto nº 7.999, de 8 de maio de 2013](#), desde que comprovem, em qualquer dos casos, residência no Brasil e atendam a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento. (2007, p. 16, original).

DIREITO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL AOS REFUGIADOS NO BRASIL - legitimação e a violação

Boubeker (2007), diz que a história política das migrações, assim como a cidadania constitui uma série de emergências descontínuas, muito distante da integração, mas sim, de lutas pelo reconhecimento.

A dinâmica do capitalismo neoliberal estrutura os deslocamentos de pessoas ao transformar os modos de produção e acumulação do capital e ainda criar um mercado global de capitais (mercadoria e trabalho precário), mas, com controle que atenda as demandas de flexibilização e redução de custos. Por outro lado, as lutas dos imigrantes, são reivindicações concretas de mobilidade que forçam as fronteiras da cidadania, que nas palavras de Mezzadra é um terreno de luta e a migração em sentido concreto, é um exercício de liberdade, onde

a cidadania se põe nesta perspectiva como aquele espaço ao mesmo tempo objetivo (ou seja, institucional e soberano) e subjetivo (de movimento, de ação), em que a política encontra a cada vez, em circunstâncias historicamente determinadas, a própria instável representação de conjunto. (MEZZADRA, 2006, p. 22).

Ainda no campo das migrações, em recente pesquisa divulgada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR há mais de 65 milhões de pessoas deslocadas pelo mundo, sendo a maior parte de pessoas na condição de Refugiadas, ou seja, o maior número já registrado na história²⁷. (ACNUR, 2016).

O Estatuto dos Refugiados de 1951²⁸ conceitua refugiado como sendo “as pessoas que se encontram fora do seu país por causa de fundado temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, e que não possam ou não queiram voltar para casa”. Ainda com o intuito de amparar internacionalmente os refugiados, há também outros

²⁷ Somente no Brasil, o número de solicitações aumentou 2.868% entre os anos de 2010 e 2015, passando o país a ter 8.863 refugiados reconhecidos, sendo a maior parte advinda da Síria (ACNUR, 2016).

²⁸ A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 consolida a proteção aos Refugiados na legislação internacional, estabelecendo padrões básicos de tratamento aos Refugiados e cláusulas principiológicas essenciais, desde a própria definição de Refugiado até a positivação de Princípios já consagrados no direito Internacional, como o Princípio do Non-Refoulement (não-devolução), o qual possui força de *jus cogens* - norma imperativa a qualquer nação. (ACNUR, 2016).

instrumentos e convenções regionais, como a Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA) de 1969, que acresceu ao conceito de refugiado que

[...] qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. (ACNUR, 1969, art. 1º, p. 2)

Entretanto, foi a Declaração de Cartagena (1984) que trouxe um conceito de Refugiados mais abrangente, definindo-o como

a pessoa que, tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.²⁹ (ACNUR, 1984).

Foi por meio do Decreto 50.215 em 1961³⁰, que o Brasil, ratificou a Convenção de 1951, se comprometendo ao cumprimento, instituindo verdadeiro princípio de proteção pública.

Jubilut (2007) assenta que a partir da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997 - Lei dos Refugiados, o Brasil passou a reconhecer o *status* de refugiado, estabelecendo critérios e procedimentos para a concretização da Justiça, criando inclusive, um órgão administrativo competente para tratar do tema, o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE)³¹, cuja competência dentre outras estabelecidas é a de “orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados”, bem como a de “declarar o reconhecimento da condição de Refugiado”.

²⁹ Esse mesmo conceito foi trazido no art. 1º da Lei 9.474 de 1997 promulgada no Brasil, onde restou estabelecido que cabe a mesma Lei definir os mecanismos de implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determinar outras providências. (BRASIL, 1997).

³⁰ Art. 23 os Estados Contratantes darão aos refugiados que residam regularmente no seu território o mesmo tratamento em matéria de assistência e de socorros públicos que é dado aos seus nacionais.

³¹ O CONARE é o órgão do governo brasileiro responsável pela elaboração de políticas públicas e elegibilidade dos casos de refugiados, é formado por representantes do MJ, Ministério das Relações Exteriores (MRE), Ministério da Educação, Ministério do Trabalho (MT), Ministério da Saúde (MS), Departamento da PF, Organização não governamental ligada à temática dos refugiados (Caritas) e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), como membro convidado, com voz, porém sem voto.

Nesse viés, a nossa Carta Magna, em seu art. 5º, *caput*, assegura aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade de seus direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, tanto quanto aos brasileiros. E o art. 203 dispõe que: “a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição social”. (BRASIL, 1988). Da mesma forma, o Estatuto do Estrangeiro (1980), em seu art. 95 preconiza que: “o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis”, o que, obviamente podem ser aplicados aos Refugiados, que se adequem a condição estrangeiro, embora haja algumas peculiaridades próprias diferente dos demais estrangeiros.

Partindo dos apontamentos acima que legitimam a condição de refugiado, Waldman (2015, p. 123) assenta que ao abordarmos a solidariedade como um dos princípios da seguridade social, tem-se que a estrutura econômica, social e política que compele os imigrantes a tomar a decisão de imigrar é internacional. Com essa premissa, tem-se que o correto deveria ser tratamento igualitário a todos os residentes, não podendo ser óbice contra princípios constitucionais - direitos fundamentais, a sua regularização no país estrangeiro. Contudo, mesmo diante de normas internas e internacionais, é comum encontrar na própria legislação algumas contradições aos direitos dos refugiados. É o caso da assistência social, que restringe o direito aos refugiados quando estabelece que “é devido o Benefício de Prestação Continuada ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento” (art. 7º). Em contrapartida, a própria Constituição Federal prevê a prestação do benefício a quem dela necessitar. (BRASIL, 1988).

Com essa imposição da norma legal, percebe-se que a condição de naturalização é requisito primordial para a percepção do Benefício de Prestação Continuada. Nessa linha de raciocínio o próprio art. 1º da referida LOAS, que também se contrapõe a norma constitucional, quando limita a assistência social como direito do cidadão, da mesma forma condiciona a percepção do BPC. Aqui a legislação infraconstitucional, estaria limitando a previsão constitucional da Assistência Social para quem dela necessitar, uma vez que excluem de seu rol os refugiados, fazendo figurar a condição de cidadão, obviamente obedecidos os critérios inclusive eleitorais.

Castro e Lazzari (2014, p. 70), afirmam que um dos basilares princípios da seguridade social - a universalidade da cobertura e do atendimento se traduz que a

proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite, não fazendo, portanto, a norma constitucional qualquer distinção entre nacionais e estrangeiros.

Entretanto, ainda nessa esteira de que a exclusão de um direito fundamental humano do refugiado mostra-se incoerente com o nosso ordenamento jurídico, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome³², através do Ofício Circular Conjunto n. 02/2004 – SENARC/MDS e SNAS/MDS DE 11/02/2014³³, descreveu que o Benefício de Prestação Continuada é direito único dos cidadãos brasileiros (art. 7º do Decreto 6.214/2007³⁴); o Instituto de Seguro Social (INSS), por meio da Resolução INSS/PRES n. 435 de 18/03/1997³⁵, e ainda, Portaria Conjunta MDSA/INSS nº 1, de 03 de janeiro de 2017³⁶ - dou de 04/01/2017, determinam a nacionalidade como condição de recebimento do Benefício.

Diante desse cenário incongruente, essa discussão tornou-se palco de indignação no tratamento dos refugiados provocando no ano de 2010 o Ministério Público Federal do Estado de São Paulo a propor Ação Civil Pública para a concessão do BPC a três palestinos refugiados no Brasil. (BRASIL, 2010). Entretanto, foi a ação extinta sem resolução do mérito, ante o entendimento de ilegitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais em discussão. Outro caso amplamente divulgado trata-se de um cidadão palestino que perdeu toda família num atentado no Iraque e passou a viver em campos de refugiados. Na época, com mais de 70 anos,

³² É quem autoriza a inscrição de estrangeiros no Cadastro Único e acesso ao Programa do Bolsa Família.

³³ Contudo, estão vedados aos estrangeiros que residem legalmente no Brasil, os direitos expressamente reservados aos cidadãos brasileiros. No tocante ao acesso aos serviços sociais, o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC trata-se de direito exclusivo de brasileiros, conforme definição do artigo 7º do Decreto 6.214/97. Segundo o regulamento deste benefício, o BPC é devido ao brasileiro nato ou naturalizado, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios legais.

³⁴ Art. 7º O Benefício de Prestação Continuada é devido ao brasileiro, nato ou naturalizado, e às pessoas de nacionalidade portuguesa, em consonância com o disposto no [Decreto nº 7.999, de 8 de maio de 2013](#), desde que comprovem, em qualquer dos casos, residência no Brasil e atendam a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento

³⁵ 4. São também beneficiários os estrangeiros idosos e portadores de deficiência, naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem, bem como os indígenas.

³⁶ Art. 7º Para fazer jus ao benefício, a pessoa idosa e a pessoa com deficiência, além de atender aos critérios definidos na [Lei nº 8.742, de 1993](#) e nos art. 8º e 9º do [Decreto nº 6.214, de 2007](#), devem: I - ter nacionalidade brasileira, nata ou naturalizada, ou portuguesa;

II - Possuir residência no território brasileiro; III - estar inscritas no Cadastro Único, com os dados atualizados, conforme normas específicas que regulamentam o instrumento.

ele veio morar no Brasil por meio do Programa de Reassentamento Solidário do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), de onde recebia auxílio-moradia no valor de R\$ 500, 00, mas não era suficiente para cobrir suas despesas de moradia e medicamentos. O palestino teve negado o Benefício de Prestação Continuada pelo INSS e por meio da Defensoria Pública da União foi-lhe requerida a prestação do Benefício de Prestação Continuada, visto que ele não possuía o mínimo necessário para o seu provento e manutenção. A autarquia previdenciária alegou que não existe nenhum tipo de obrigação do Brasil quanto a prestação do benefício ao Refugiado, por conta da ausência de um acordo de reciprocidade entre o Brasil e a Palestina para a prestação assistencial, tanto de palestinos no Brasil, como de brasileiros na Palestina. A sentença proferida pelo 3º Juízo Federal de Canoas/RS possibilitou a concessão ao Palestino o Benefício de Prestação Continuada desde a data da solicitação administrativa. No caso relatado, tanto quanto outros, o caminho seguido encontra-se longe do ideal, isso porque, em regra, o Instituto Nacional de Seguridade Social deveria conceder o benefício uma vez comprovados os requisitos da lei. (BRASIL, 2015). Em contrapartida, o jornal BBC, divulgou em matéria circulada em 14/11/2015, centenas de sírios que refugiados no Brasil encontraram amparo assistencial do Programa de transferência de renda, o Bolsa Família. (BANDEIRA, 2015). Contudo, essa assistência social na condição de transferência de renda encontra-se em desacordo com o verdadeiro sentido da assistência social cravada no art. 203 da Constituição Federal. A primeira, o denominado programa “o bolsa família” tem caráter assistencialista, já o BPC, se destaca pelo direito fundamental da dignidade da pessoa humana. (BANDEIRA, 2015).

Todas essas incongruências na assistência social estampadas e outras inúmeras, e notadamente o grande crescimento no volume de processos judiciais para obtenção do BPC aos refugiados e estrangeiros de uma forma geral, acabou por provocar o Supremo Tribunal Federal a lançar a decisão no Recurso Extraordinário (RE) 587970, de repercussão geral. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005). O referido processo teve sua origem em 2005, quando a autora uma imigrante italiana, solicitou ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) a concessão do BPC. Mesmo preenchendo todos os requisitos definidos na legislação, o INSS negou seu pedido, alegando que o benefício se restringe a brasileiros. A imigrante italiana ingressou com ação previdenciária onde a decisão de primeira instância concedeu o referido benefício, sustentando que a mesma cumpria todos os requisitos legais e, por

isso, condenou o INSS a fazê-lo, sob pena de multa diária. Em segunda instância, alegou o INSS, que a italiana não se naturalizou brasileira, não fazendo *jus* ao BPC. No entanto, a Justiça Federal negou provimento ao recurso do INSS, por entender que o artigo 203-A da Constituição Federal de 1988 estende a assistência social “a quem dela necessitar”. Razão disso, o INSS, promoveu recurso extraordinário alegando desta vez, violação do o artigo 203-A, V, da Constituição Federal ao argumento de que a lei regulamentadora, qual seja a Lei federal 8.742/1993 (LOAS), condiciona a concessão do benefício aos “cidadãos”, excluindo estrangeiros não naturalizados. Consequência disso, esse tema foi julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no recurso extraordinário, passando-se a permitir a aplicação do Benefício de Prestação Continuada ao estrangeiro e, por conseguinte, ao refugiado.

Diante desse quadro de legitimação e violações, da necessidade de pronunciamento do poder judiciário para a concessão do BPC ao refugiado, torna-se de extrema relevância descrever a decisão adotada por nossa Corte maior, que teve a seguinte ementa:

ASSISTÊNCIA SOCIAL – ESTRANGEIROS RESIDENTES NO PAÍS – ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE. A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais. (BRASIL, 1988).

Em uma curta síntese, observa-se que os fundamentos opostos na decisão, ensejam uma análise crítica a partir de uma leitura sistêmica, haja vista, que os conteúdos constitucionais não condicionam a concessão do benefício a um fato, seja ele territorialidade ou até mesmo cidadania, o que permite pensar que os sistemas devem agir com maior eficácia e de acordo com os processos do mundo natural e econômico.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO

Partindo da decisão acima transcrita, têm-se que seu fim precípua foi no sentido de que conteúdos constitucionais condicionam a concessão do benefício aos avanços culturais e dos choques que inevitavelmente ocorrem no exercício dos direitos fundamentais previstos, apenas de modo abstrato, no texto maior. A lei tem papel

crucial na definição dos limites necessários. Essa é atividade essencial à manutenção da normatividade constitucional, que, para ter efetividade, precisa estar alicerçada no espírito, na cultura e nas vocações de um povo.

Embora a decisão tenha esse raciocínio fulcral, a realidade prática da Advocacia Previdenciária, demonstra que essa efetividade do direito, ainda está a passo distante da realidade de um povo – os refugiados. Ao contrário, essa inefetividade do direito ocorre, em primeiro momento, no próprio procedimento administrativo de requerimento do BPC, perante o órgão gestor, o INSS (Instituto Nacional de Seguro Social) e persegue na atuação judicial de sua procuradoria.

Fato é que ao longo de quase cinco décadas, a comunidade internacional não atribui o devido destaque ao direito humano à seguridade social. A Justificativa comum no cenário internacional se dá pela ineficiência dos sistemas jurídicos em tratar o fenômeno da pobreza extrema, invocando o princípio da proteção progressiva, como corolário daquele mito segundo o qual o crescimento econômico e aumento de renda tendem a beneficiar naturalmente os setores mais pobres, de modo que a amplitude e qualidade da proteção social aumentariam automaticamente.

Entretanto, segundo dados divulgados pelo [CONARE](#) no relatório “Refúgio em Números”, o Brasil reconheceu, até o final de 2016, um total de 9.552 refugiados de 82 nacionalidades. Dos 9.552 refugiados historicamente reconhecidos pelo Brasil, 8.522 foram reconhecidos por vias tradicionais de elegibilidade, 713 chegaram ao Brasil por meio de reassentamento e a 317 foram estendidos os efeitos da condição de refugiado de algum familiar. (ACNUR, 2016).

Nesse contexto, a única proteção social que o Brasil, oferece a esses refugiados, se dá através do programa “Bolsa Família”, que tem como finalidade transferir renda (dinheiro), às famílias em situação de extrema pobreza, de modo que consigam superar a situação de vulnerabilidade e pobreza. O referido programa beneficia cerca de 29.638 estrangeiros inscritos nesse programa, incluindo aqueles estrangeiros que pediram refúgio no Brasil. Portanto, não há registros de nenhuma outra proteção de direito humano de seguridade social. (BRASIL, 2004).

Para a afirmação acima, fora realizado pesquisa em todos os sites dos órgãos protetores e defensores dos direitos dos refugiados, tais quais, da Previdência Social, do Ministério do Combate a Fome, etc., ACNUR, CONARE, a fim de se verificar se haveria informação ou possibilidade do requerimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC) pelo refugiado. O que verificamos é que em nenhum deles há

qualquer informação nesse sentido. Perante a Previdência Social (INSS), o cidadão tem a opção de requerer através de vários sites³⁷ o benefício que tem interesse. Contudo, ao acessar o site meu INSS, de plano, o usuário deve apresentar *login* e senha. Para ter acesso ao cadastro de *login* e senha, o cidadão deverá comparecer pessoalmente a uma agência do INSS ou se fazer representar por procurador imbuído de procuração do mesmo, efetuar o cadastramento do código de acesso (CADSENHA), para posteriormente cadastrar seu *login* e senha, ou se preferir utilizar o fale previdência através da central 135, que determinará que o cidadão compareça pessoalmente a uma agência do INSS.

Acessando o portal da previdência social, ao invés do meu INSS, ele não encontrará a opção de requerimento de benefício assistencial ao estrangeiro ou refugiado, somente a opção benefício assistencial ao portador de deficiência e ao idoso. Sendo o estrangeiro/refugiado idoso ou deficiente escolhendo uma dessas opções, deverá preencher o requerimento que inicialmente requer o número do NIS³⁸. Se ele for beneficiário de algum programa social concedido pelo Brasil, a exemplo o “bolsa família”, ele terá o número do NIS, se ainda não tiver, sequer conseguira preencher o formulário seja *on line* de requerimento. Contudo, ele tem a opção de fazer esse requerimento pessoalmente, podendo se deslocar a uma agência do INSS (Previdência Social) e requerê-lo pessoalmente. Todavia, se não tiver a inscrição do NIS, da mesma forma, não terá seu requerimento cadastrado. Admitindo-se a hipótese de o refugiado já possuir seu número de inscrição no NIS, ao requerer o benefício seja na condição de imigrante, refugiado, etc., deverá apresentar toda a documentação pertinente. Depois de realizado o estudo social, o INSS se pronunciará sobre a concessão ou não do referido benefício.

Realizado todos esses passos pelo refugiado e atendidos os requisitos legais³⁹, e ainda, e mesmo considerando a decisão maior proferida pelo STF acima

³⁷ A pesquisa e requerimento de benefícios previdenciários poderão ser realizadas nos seguintes endereços eletrônicos: <https://meu.inss.gov.br/central/index.html#/agenda>; <http://www.previdencia.gov.br/>; <https://www.inss.gov.br/>; etc.

³⁸ NIS - significa Número de Identificação Social. Todo o cidadão com cadastro na previdência social, no Ministério do Trabalho, ou em benefícios sociais possui esse número que pode ser encontrado no [cartão cidadão](#), carteira de trabalho (CTPS) ou cartão do bolsa família responsável pela inscrição do vínculo empregatício com a Previdência Social e entre outros benefícios sociais vinculados a Caixa Econômica Federal.

³⁹ É um benefício da Política de Assistência Social, individual, não vitalício e intransferível, que garante a transferência mensal de 1 (um) salário mínimo **ao idoso, com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, e a pessoa com deficiência, de qualquer idade**, com impedimentos de longo prazo, de

colacionada, a negativa é certa, pois permanece o órgão administrativo obedecendo a seu comando interno disposto na portaria conjunta MDSA/INSS Nº 1, de 03 de janeiro de 2017⁴⁰, que tem como base a [Lei nº 8.742, de 1993](#) e o [Decreto nº 6.214, de 2007](#), que estabelecem os critérios de nacionalidade e cidadania como condição à concessão. Não diferentemente, recentes julgados dos Tribunais Federais Regionais, demonstram a necessidade da intervenção jurisdicional, para decisão já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. (WALDMAN, 2015). À exemplo trazemos:

[...] A autarquia alega, em suas razões recursais, que o estrangeiro estaria obstado à condição de beneficiário do BPC desde o primeiro artigo da Lei de Assistência Social, pela menção ao "cidadão". Ademais, postula que o Decreto 6546/2008 dispunha em seu artigo quarto que os beneficiários deveriam ser apenas brasileiros natos e naturalizados. Ainda, argui que a exclusão do estrangeiro do rol de beneficiários é dotada de razoabilidade administrativa baseada na reserva do possível. **O Supremo Tribunal Federal, no RE 587.970, reconheceu a repercussão geral da discussão sobre a possibilidade de conceder a estrangeiros residentes no país o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal. O referido recurso extraordinário ajuizado pelo INSS passou por julgamento no dia 20/04/2017, ao que o recurso foi desprovido e fixou-se a seguinte ementa: ASSISTÊNCIA SOCIAL - ESTRANGEIROS RESIDENTES NO PAÍS- ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ALCANCE.** A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais. [...]. (TRF4a Região. Recurso Cível n.o 5013915-72.2016.4.04.7000/PR, Relator Vicente de Paula Ataíde Junior, grifo nosso).

Waldman (2015), assevera que em uma democracia não se pode tolerar que indivíduos que compõem uma mesma população sejam privados de direitos e que os vínculos que se estabelecem entre Estado e indivíduos não são exclusivos de modo discriminar os estrangeiros em razão da nacionalidade, pois também possuem

natureza física, mental, intelectual ou sensorial, **que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.**

⁴⁰ Art. 7º Para fazer jus ao benefício, a pessoa idosa e a pessoa com deficiência, além de atender aos critérios definidos na [Lei nº 8.742, de 1993](#) e nos art. 8º e 9º do [Decreto nº 6.214, de 2007](#), devem: I - ter nacionalidade brasileira, nata ou naturalizada, ou portuguesa; II - possuir residência no território brasileiro; III - estar inscritas no Cadastro Único, com os dados atualizados, conforme normas específicas que regulamentam o instrumento.

vínculos com o país de destino, não sendo justo aplicar normas administrativas (regular ou não regular) para questões de direito fundamentais.

Sem a necessidade de grandes esforços, é fácil constatar a incompatibilidade do ato administrativo que denega o Benefício de Prestação Continuada, pois não obstante as normas imperativas de Direito Público Internacional e a legislação interna observa-se que não há qualquer justificativa para a concessão do BPC somente aos nacionais, como fez o Decreto 6.214/2007 (art. 7º). A exclusão do refugiado de um direito fundamental humano mostra-se incoerente com o nosso ordenamento jurídico, isso porque não pode um decreto que regulamenta um benefício, diminuir seu rol de potenciais beneficiários estabelecido constitucionalmente por um critério de nacionalidade. Assim, ainda que tenha o refugiado conquistado direito à percepção do benefício que lhes trarão em parte dignidade humana, por outro lado, o caminho a ser percorrido é árduo até o momento da concessão.

CONCLUSÃO

A concessão do benefício assistencial aos refugiados é tema atual e de grande relevância social. Nesse viés, a decisão proferida pelo STF no RE 587970 estabeleceu que o artigo 203, inciso V, da Constituição, deve ser interpretado de forma a conferir proteção a quem for incapaz de garantir sua subsistência, independentemente, portanto, de ser o indivíduo estrangeiro ou brasileiro. Da mesma forma, estabelece o artigo 5º de nossa Carta Maior, o princípio da igualdade e o tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros residentes no País. Destaca-se ainda que nem a Constituição, nem a LOAS preveem a nacionalidade como critério para a concessão do benefício. Somado a isso, o Brasil é signatário de tratados internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos, etc.), e incorporou no seu ordenamento jurídico com *status* constitucional a Convenção de Nova Iorque, através do Decreto presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, nos termos do § 3º do artigo 5º da CF, vedando expressamente qualquer forma de discriminação em relação às pessoas com deficiência, onde se vê que o legislador originário reforçou essa impossibilidade de discriminação na assistência social tão somente pelo fato da nacionalidade.

É certo afirmar, que o dever de solidariedade social transcende o vínculo da nacionalidade, principalmente em observância de direitos fundamentais e desse

modo, foi possível constatar a legitimação dos refugiados no Brasil à percepção do Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC). Entretanto, o caminho a ser percorrido pelos refugiados é árduo, pois encontram barreiras no âmbito administrativo e judicial para usufruí-los, mesmo que sejam direitos consagrados constitucionalmente, na legislação interna e nos tratados internacionais.

Embora o Supremo Tribunal Federal, tenha se pronunciado sobre a temática em sede de repercussão geral, assegurando aos estrangeiros o direito à percepção do BPC, a negativa administrativa persiste mesmo se mostrando injustificada e cruel na ofensa aos direitos fundamentais constitucionais, bem como, à recepção pelo Estado aos tratados internacionais de direitos humanos e direitos sociais, pois na realidade fática se baseia ou se funda em uma instrução normativa (interna) e em um decreto regulamentar.

Razão disso foi possível concluir ao final que é preciso uma ampliação das políticas públicas sociais, com maior interação entre os poderes do Estado, além da necessidade de criação de estrutura para integração da aplicação das decisões judiciais no âmbito da Previdência Social, a fim de combater a discriminação entre nacionais e estrangeiros.

A pesquisa é embrionária, mas tem o fito de fomentar discussões acerca da temática, e firmar a posição no sentido da possibilidade da concessão administrativa do BPC ao refugiado, sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário, bastando o cumprimento por parte do órgão gestor da Previdência Social, do princípio fundamental constitucional e humano de isonomia e dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR) (Org.). **Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA)**. Suíça, 1969. Disponível em: www.acnur.org/t3/portugues/.../documentos/?tx... Acesso em: 06 fev. 2018.

_____. (Org.). **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)**. Suíça, 1951. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados. Acesso em: 06 fev. 2018.

_____. (Org.). **Dados sobre refúgio no Brasil: Balanço até abril de 2016**. Suíça, 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>. Acesso em: 06 fev. 2018.

_____. (Org.). **Declaração de Cartagena**. Suíça, 1984. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena. Acesso em: 06 fev. 2018.

BANDEIRA, Luiza. Sem programa específico para refugiados, Brasil põe centenas de sírios no Bolsa Família. (2015). Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151013_bolsa_familia_sirios_lab. Acesso em: 12. mar. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Regulamenta o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social Devido à Pessoa Com Deficiência e Ao Idoso de Que Trata A Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, Acresce Parágrafo ao Art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de Maio de 1999, e Dá Outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acesso em: 08 jan. 2018.

_____. **Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011**. Altera O Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, Aprovado Pelo Decreto no 6.214, de 26 de setembro de 2007. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7617.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

_____. **Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961**. Promulga A Convenção Relativa Ao Estatuto dos Refugiados, Concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)**. Brasília, DF: Presidência da República. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 06 fev. 2018.

_____. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://tinyurl.com/zrp3wtt>. Acesso em: 12. mar. 2017.

_____. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre A Organização da Assistência Social e Dá Outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

_____. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras

providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm. Acesso em: 07 jan. 2018.

_____. **Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004.** Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm. Acesso em: 12.mar. 2018.

_____. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência (estatuto da Pessoa Com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 13. mar. 2018.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Instrução Operacional Conjunta nº 02 SENARC/SNAS/MDS.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/bolsa_familia/instrucoes_operacionais/2014/IOOn02%20conjunta%20SNAS_SENARC_PETI_final_05_08_2014.pdf. Acesso em: 06 fev. 2018.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário; Instituto Nacional do Seguro Social. **Portaria, que regulamenta regras e procedimentos de requerimento, concessão, manutenção e revisão do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/64/MDSA-INSS/2017/1.htm>. Acesso em: 06 fev. 2018.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. **Portaria, estabelece normas e procedimentos para a operacionalização do Benefício de Prestação Continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.portalinclusivo.ce.gov.br/phocadownload/legislacaoidoso/resolucao%20inss%20n.%20435.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2018.

_____. Ministério Público Federal. **Ação civil pública nº 0023528-28.2010.4.03.6100(2010).** Brasília, DF. Disponível em: www.prsp.mpf.gov.br/prdc/sala-de-imprensa/pdfs-das-noticias/ACP_Palestinos.pdf. Acesso em: 07 jan. 2018

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Seção Judiciária de Canoas/RS. (2015). Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/justica-federal-em-canoas-rs-concede-beneficio-assistencial-a-refugiado-palestino/>. Acesso em: 12. mar. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Jurisprudência nº 5013915-72.2016.4.04.7000/PR. Relator: Juiz Federal VICENTE DE PAULA ATAÍDE JUNIOR. Curitiba, PR, 15 de fevereiro de 2018. Diário Eletrônico da Justiça Federal. Curitiba, 15 fev. 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=4&documento=9428798&termosPesquisados=IGJwYyBlc3RyYW5nZWlybyA. Acesso em: 13. mar. 2018.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Concessão de benefício assistencial a estrangeiros residentes no Brasil.** Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2621386&numeroProcesso=587970&classeProcesso=RE&numeroTema=173>.

Acesso em: 06 jan. 2018.

BOUBEKER, Ahimed. L'héritage de l'immigration postcoloniale comme expérience vécue D'une mémoire politique des luttes à l'écriture de l'histoire. In @mnis Revue de Civilisation Contemporaine de l'Université de Bretagne Occidentale.

EUROPES/AMÉRIQUES (pags. 1/8 -2007). Disponível em: <http://www.Dialnet-LheritageDeLimmigrationPostcolonialeCommeExpierenc-2650673.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2018.

BRISCOE, Alexandra. **Poverty in Elizabethan England.** 2011. Disponível em:

http://uaqedvirtual.uaq.mx/campusvirtual/lenguas/pluginfile.php/14801/mod_resource/content/2/POVERTY%20IN%20ELIZABETHIAN%20ENGLAND.pdf. Acesso em: 06 fev. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito da Seguridade Social: Previdência Social, Saúde e Assistência Social.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados: e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário.** São Paulo: Ltr, 2010.

MEZZADRA, Sandro. **Diritto di Fuga: Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione.** Verona: Ombre Corte, 2006.

ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio Savaris. **Curso de Direito Previdenciário.** Curitiba: Alteridade, 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (Coord). **Benefício Assistencial: Lei 8.742/93. Temas Polêmicos.** São Paulo: LTr, 2015.

WALDMAN, Tatiana Chang. **O Direito dos Imigrantes ao Benefício de Prestação Continuada: Uma Questão de Cidadania, in Benefício Assistencial – Lei 8.742/93. Temas Polêmicos.** São Paulo: LTr, 2015.

DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA ANTECIPADA: uma análise crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Sandro Lucena Rosa⁴¹

Resumo

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é uma autarquia que já habituada com a lide. Em muitos casos, sabe-se que alguns atos por ela praticados (indeferimento, cessações) dão causa a litígios que podem gerar perigo de dano. A depender da gravidade da situação, nem sempre o segurado pode contar com a demora da tramitação processual. Nesses casos, pode ser necessário o requerimento de tutela antecipada para se evitar as agrúrias da demora do processo. O presente trabalho tem o objetivo de investigar se os valores de benefícios previdenciários recebidos a título de tutela antecipada merecem devolução. Se é certo que a tutela de urgência tem como requisito a reversibilidade da medida, não menos certo é que a Constituição Federal alça ao patamar de verba alimentar as prestações previdenciárias – e existe uma razão de ser, extraída de outros dispositivos da Carta Magna. Far-se-á, neste trabalho, investigação sobre os institutos processuais atinentes ao caso, às questões de ordem constitucional e o posicionamento da jurisprudência sobre o assunto, em especial a do Superior Tribunal de Justiça. Para isso, serão empregados os métodos dedutivo, hermenêutico, bem como a análise de casos concretos para que se possa analisar de maneira crítica a jurisprudência sobre o assunto.

Palavras-chave: Tutela antecipada. Repetibilidade. Valores. STJ.

INTRODUÇÃO

Por muito tempo o processo civil foi amarrado a uma perspectiva formalista, ideal, tecnocrata. Após experimentar uma evolução na doutrina, passou-se a considerá-lo instrumento, não mais um fim em si mesmo. Um tema em especial foi merecedor de destaque: o fator tempo. Inicia-se o presente artigo com célebre e conhecida citação do ilustre Rui Barbosa: “justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Algumas situações, pela sua urgência, não podem se dar ao luxo de aguardar a tramitação processual. São emergentes. É o caso, por exemplo, de pensão alimentícia; de um tratamento de saúde negado; de um remédio que depende de

⁴¹ Advogado, pós-graduado em Direito Previdenciário, vice-presidente do Instituto de Estudos Avançados em Direito (IEAD), membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/GO.

burocrática aprovação; e, mais afeto ao mundo do Direito Previdenciário, a manutenção ou concessão de determinado benefício, não reconhecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Felizmente existem métodos para que o Estado-juiz tutele essas situações e não deixe o jurisdicionado perecer em suas necessidades, tornando o processo *efetivo*. O Código de Processo Civil, em seu art. 300, prevê a concessão de tutela de urgência (espécie do gênero tutela provisória), trazendo como requisito a reversibilidade da medida.

Lado outro, sabe-se que os valores recebidos a título de benefício previdenciário têm caráter alimentar, forte no que dispõe a própria Constituição Federal (art. 100, §1º). (BRASIL, 1988). Essa especial classificação há uma razão de ser: são verbas que se destinam ao suprimento das necessidades mais elementares do ser humano.

Se de um lado existe o requisito da reversibilidade da medida, de outro existem bens jurídicos também carecedores de tutela, o que leva o julgador a ter que analisar o caso concreto e, após devida ponderação, optar pela mitigação de algum.

Até o ano de 2013 a jurisprudência pátria era mansa e remansosa sobre o assunto e encartava o entendimento de que os valores recebidos a título de tutela antecipada, nos casos de benefícios previdenciários, eram irrepetíveis, não merecendo devolução. Também foi criado critério atinente à existência de boa-fé, que era conferida no caso concreto diante da decisão judicial que concedeu a tutela antecipada.

Tamanha era a tranquilidade desse entendimento que a própria Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU) chegou a editar a Súmula 51 assentando a premissa da desnecessidade de devolução dos valores sob comento. Esse entendimento, todavia, mudou.

A partir de 2013 iniciou-se uma mudança no entendimento acerca do assunto. Em especial, foi julgado o tema 692 pela técnica de recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e fixou-se a tese da necessidade de devolução – o que foi confirmado em precedentes posteriores, como aconteceu em 2017.

O presente trabalho tem por objetivo investigar os institutos jurídicos pertinentes ao tema para, ao final, tecer comentários críticos avaliando a mudança no entendimento da Corte Cidadã. Para tanto, será realizado previamente o resgate teórico da questão das tutelas, da natureza alimentar do benefício previdenciário e do princípio da boa-fé.

A TUTELA DE URGÊNCIA E O REQUISITO DA REVERSIBILIDADE

Inicia-se perquirindo o conceito de tutela de urgência, o que antes passa pela definição de tutela provisória. Mais: pelo próprio conceito de tutela. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como paradigma o Estado Democrático de Direito, superando o arcaico paradigma do Estado de Polícia. Um dos reflexos diz respeito à inafastabilidade da prestação jurisdicional, prevista no art. 5º, XXXV da Carta Magna, que prescreve: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

A função da Justiça consiste, pois, em *tutelar direitos*. Sobre o assunto, Humberto Theodoro Júnior observa: “uma coisa, porém, é a tutela e outra a técnica que se serve o Poder Judiciário para realizar, nas diversas situações litigiosas, a tutela adequada”. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 778).

É cediço que o processo demora certo tempo e esse fator não foi tão relevante para os processualistas durante considerável período. Hoje é possível sustentar que a abordagem formalista, meramente preocupada com a abstração e as formas perfeitas dos atos processuais está relativizada, senão superada. Nesse sentido, ensina Luiz Guilherme Marinoni *et al.* que:

os sinais enviados pela prática mostraram, no entanto, que uma adequada distribuição do ônus do tempo no processo e a percepção de que a técnica processual só tem sentido se vista na perspectiva da tutela dos direitos são imprescindíveis para que a administração da justiça civil consiga obter seus fins de forma idônea. (MARINONI *et al.*, 2017, p. 135)

Visando abrandar a questão da morosidade em casos cuja demora na prestação jurisdicional cause prejuízos (ou pelo menos risco de prejuízos) para as partes, foram criadas as técnicas de sumarização, para que “o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça”. (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 778).

O Código de Processo Civil de 2015 abandonou a distinção outrora existente, entre processo principal e processo cautelar. Sob a nomenclatura de “tutela

provisória”, prevê a tutela de urgência (art. 300) e a tutela de evidência (art. 311). A primeira tem por intento combater perigo de dano decorrente da demora do processo, ao passo que a segunda se justifica pela extrema densidade da prova e visa “eliminar, de imediato, a justiça de manter insatisfeito um direito subjetivo que, a toda evidência, existe e assim merece a tutela do Poder Judiciário”. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 780).

É certo que ambas possuem pontos de encontro e que até merecem trabalho apartado. Balizando a presente investigação, ressalta-se ponto fundamental comum: são configuradas pela *provisoriedade*, vale dizer, “não se revestem de caráter definitivo e, ao contrário, se destinam a durar por um espaço de tempo delimitado”. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 787). Essa característica, aliada à *sumariedade* da cognição dos fatos, justificam a possibilidade de revogação ou modificação das tutelas eventualmente concedidas no processo.

A tutela de urgência pode ser classificada, ainda, entre cautelares (conservativas) e antecipatórias (satisfativas). A primeira busca tão somente assegurar o resultado útil de um processo que, pela demora, pode até mesmo perder seu objeto. A segunda, por sua vez, tem por escopo a imediata aferição, realização do direito pretendido.

O art. 300 do Código de Processo Civil estabelece como requisito para a concessão da tutela de urgência a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Adiante, em seu §3º, expressamente veda a concessão quando “houver perigo de irreversibilidade da decisão”. Consequência lógica, expressa no art. 302, I, é que a parte responde pelo “prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa se a sentença for desfavorável”. (BRASIL, 2015).

Encerrada brevemente essa incursão teórica, interessa-nos prestar atenção exatamente nesse ponto: reversibilidade da medida, que é o epicentro da controvérsia acerca da devolução dos valores. Sabe-se que a tutela de urgência, quando conferida em seu caráter antecipado, não pode jogar a carga da outra parte o ônus do perigo da demora, pura e simplesmente. Caso a caso, o julgador deverá avaliar se merece ou não a concessão, ponderando o contexto fático-probatório.

Nada obstante, referido requisito pode (e deve) ser mitigado, em casos cuja urgência compensar a “redistribuição” do ônus da demora do processo. Veja-se o caso, extremamente comum, da fixação de alimentos provisórios: entre eventual

irreversibilidade da medida e a falta de provimento básico para uma criança, concede-se a tutela de urgência, corriqueiramente – ainda que se mitigue o critério da reversibilidade.

Com esse raciocínio concorda Humberto Theodoro Júnior ao afirmar que

[...] sempre ocorreu com os alimentos provisionais e outras medidas tutelares, no âmbito do direito de família, em que o caráter provisório nunca se apresentou como impedimento a que fossem tomadas as providências satisfativas de natureza irreversível. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 800)

Ainda sobre o assunto, pertinente transcrever o comentário do ilustre doutrinador Ovídio Araújo Baptista da Silva:

em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática. (SILVA, 1996, p. 142).

Acabou-se de citar um exemplo em que o requisito é relativizado: fixação de alimentos provisórios. Outros ainda podem ser citados, quando a tutela consiste na prestação de remédios ou continuidade de tratamento médico. Imagine-se: sob o argumento de ser irreversível a tutela, deve o Estado-juiz deixar uma pessoa à míngua, podendo até chegar em caso fatal? Não parece uma escolha razoável.

No caso do Direito Previdenciário, não seria de se espantar a necessidade de afastamento do critério da reversibilidade, pois trata-se de um ramo que tem por finalidade tutelar situações em que as crises jurídicas envolvem contingências sociais.

Não existem benefícios previdenciários que “chegam em boa hora”. Todos eles estão ligados a alguma situação que revela, por si só, precariedade ou urgência. Os benefícios programados (aposentadoria), por exemplo, precedem uma situação de senilidade que naturalmente traz desgaste à saúde, além de quase impossível realocação no mercado de trabalho. No caso dos benefícios por incapacidade, a necessidade é ainda mais latente: o segurado encontra-se incapaz de exercer

atividade remunerada que lhe garanta a subsistência, efetivamente depende de manutenção externa.

É natural (e devido) que, nesses casos, haja a concessão da tutela de urgência, o que frequentemente é requerido – seja em caso de concessão ou restabelecimento de benefícios cessados. Nada obstante, observa-se que a jurisprudência pátria, mormente com o julgamento do REsp 1401560-MT refluíu de entendimento, tendo por um dos argumentos a questão da reversibilidade.

Esse posicionamento deve ser visto com bastante parcimônia, por duas razões. A primeira delas, decorre do quanto já foi exposto: a jurisprudência diverge sobre o assunto e mitiga, em casos análogos, o requisito da reversibilidade. Por razões de segurança jurídica (pedra fundamental em um Estado Democrático de Direito), deveria o mesmo entendimento ser aplicado para os casos de benefícios previdenciários, que em diversos casos demonstram mais urgência e necessidade de concessão do que até mesmo em casos de tratamento médico ou de alimentos provisórios⁴².

A segunda razão diz respeito à necessidade de se fazer uma interpretação constitucional, em cada caso, sobre esse requisito. Se, por um lado, existe a regra da reversibilidade para a concessão, também existe o princípio da efetividade da jurisdição⁴³ – vale dizer, não há que se falar em prestação jurisdicional tardia, inócua, que após anos tutela um direito apenas de maneira formal.

Da mesma forma, em arremate, não é demasiado ressaltar que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e que deve nortear a interpretação e a aplicação do instituto sob comento. É muito comum que as demandas que envolvem questões previdenciárias tratem de pessoas hipossuficientes que, sem a concessão da tutela antecipada, terão sérias privações, constrangimentos, humilhações, fato que não pode passar despercebido pelos olhos do Poder Judiciário.

Dessa maneira, não se ignora que com o Novo Código de Processo Civil houve expressa menção à necessidade de reversibilidade para a concessão de tutela de urgência (art. 300, §3º), porém deve ela ser mitigada em casos pontuais, em homenagem ao próprio princípio da efetividade da jurisdição. Passa-se agora à análise de outra característica que muito contribui para a elucidação da questão: a

⁴² Ainda que não se ignore, aqui, a extrema necessidade desses casos.

⁴³ Que inclusive foi alçado ao patamar de direito processual fundamental (art. 4º) com o Novo Código de Processo Civil.

natureza das verbas referentes a benefícios previdenciários. (BRASIL, 2015).

A NATUREZA ALIMENTAR DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Como demonstrado, a questão da irreversibilidade abarca tanto a prestação de benefícios previdenciários como também a fixação de pensões alimentícias. O fundamento do quanto se afirma decorre de expressa disposição constitucional, quando o art. 100, §1º estabelece: “Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez (...)”. (BRASIL, 1988).

O ilustre doutrinador Yussef Sahid Cahali nos ensina que os alimentos correspondem “às pretensões relacionadas à satisfação de demandas primárias do indivíduo, atendidas por meio da aferição contínua de valor aptos a proverem a preservação imediata da vida”. (CAHALI, 2002, p. 18)

Pode-se inferir, com serenidade, que as verbas de natureza alimentar merecem tratamento especial, pois estão ligadas diretamente à subsistência básica dos indivíduos. Isso pode ser extraído não apenas pelo art. 100, §1º da Constituição Federal, mas pela inteligência protetiva encartada na Carta Magna como um todo.

Como já mencionado, em seu art. 1º, I, estabelece como fundamento da nossa República a dignidade da pessoa humana; ao depois, no *caput* do art. 5º, que estabelece os direitos e garantias fundamentais, prevê: “todos são iguais perante à 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 (...); por fim, no art. 6º alçou ao patamar de 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 (...)”. (BRASIL, 1988).

Nota-se, dos dispositivos transcritos, que a prestação previdenciária, que tem natureza alimentar, serve exatamente para tutelar aquilo que o constituinte estabeleceu como prioridade no Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil. Diz respeito à parte dogmática da Constituição, como leciona Gilmar Mendes:

o constituinte proclama direitos fundamentais, declarando e instituindo direito e garantias individuais, como também direitos econômicos, sociais e culturais. O constituinte marca, então, o tom que deve nortear a ação do Estado e expressa os valores que tem como indispensáveis para uma reta ordem na comunidade. (MENDES, 2017, p. 74).

Calha transcrever, sobre a questão da aplicabilidade dos direitos fundamentais no que tange ao Poder Judiciário, a lição de Jorge Miranda:

a vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais. (MIRANDA, 2012, p. 284).

Dessa maneira, deve-se⁴⁴ reconhecer que a natureza alimentar dos benefícios previdenciários tem *status* especial, não podendo ser confundida ou comparada com mera antecipação de um pagamento qualquer. Há uma razão em sua prestação, que envolve a manutenção da subsistência básica, que está diretamente relacionada aos dispositivos constitucionais observados acima.

Toda essa incursão na Constituição Federal fez-se necessária para fixar premissa importante para o presente trabalho: por estarem ligadas à manutenção básica dos indivíduos (alimentação, vestuário, moradia), as verbas alimentares são e **devem** ser irrepitíveis. Os valores pleiteados em sede de tutela antecipada o são feitos porque essas necessidades são urgentes, prementes e os danos decorrentes dela, igualmente, são irreversíveis. Como devolver um valor gasto para pagar aluguel, alimentação, vestuário, gastos com higiene, enfim, com sua manutenção essencial? Há uma dificuldade extrema, senão mesmo impossibilidade, no plano material.

Superada a questão da irrepitibilidade de verbas de natureza alimentar, investiga-se outro instituto tido por requisito para a averiguação da necessidade da devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada, aos olhos da jurisprudência pátria: a boa-fé.

⁴⁴ Ou pelo menos deveria.

A BOA-FÉ COMO CONDIÇÃO PARA A DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO

O instituto da boa-fé, muito afeto ao campo do Direito Civil, pode ser conceituado como “um dever de comportar-se lealmente em todas as fases do negócio jurídico, isto é, tanto nas preliminares, como na formação e execução”. (MARTINS, 2001, p. 8). Seu aspecto objetivo diz respeito à forma de comportamento das pessoas envolvidas em uma relação jurídica, que deve imprimir conduta leal, que transmita confiança em seus atos.

O aspecto subjetivo, por sua vez, liga-se mais à noção de erro (no sentido estrito), má-avaliação ou avaliação equivocada da realidade dos fatos, que afasta possível existência de malícia, vantagem, torpeza para com as outras partes envolvidas na relação jurídica, às vezes por conta da crença de estar agindo em acordo com o ordenamento jurídico.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) resguarda-se quanto a essa questão, como se depreende dos seguintes artigos da Lei nº 8.213/91: 78, §2º; art. 103-A; e o mais importante para o presente caso, que merece transcrição: “art. 115. Podem ser descontados dos benefícios: II - pagamento de benefício além do devido; §1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé”. (BRASIL, 1991).

Indaga-se: é possível concluir que um segurado que está recebendo benefício previdenciário a título de tutela antecipada está de má-fé? Não parece razoável, notadamente pelo fato que há uma **decisão judicial** autorizando o recebimento. Não há qualquer comportamento reprovável por parte do segurado que demonstre a configuração. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) parece adotar a máxima de que a boa-fé deve ser presumida. Por todos, cita-se o precedente de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que no Recurso Especial nº 956.946/PR aduziu: “a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova”.

Nada obstante fixar tão importante premissa, sua evolução jurisprudencial caminhou no sentido de que tão somente o recebimento dos valores a título de tutela antecipada já são suficientes para ser necessária a devolução, mesmo sem a comprovação de má-fé do segurado e ainda que se considere a natureza alimentar do benefício recebido.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No AgRg no AResp nº 308698/RS, de Relatoria do Ministro Humberto Martins, julgado em 24/05/2013, restou assentado que os valores recebidos a título de antecipação de tutela, posteriormente revogada, não devem ser devolvidos. Consta da ementa:

o acórdão recorrido expressou entendimento alinhado ao desta corte de Justiça, no sentido de que, em se tratando de verbas de natureza alimentar [...] os valores pagos não devem ser restituídos. Já decidi esta Corte, em caso semelhante, pela inaplicabilidade do art. 115, II da Lei nº 8.213/91, quando o segurado é recebedor de boa-fé.

O que foi utilizado de parâmetro, como se nota, foi a existência de boa-fé e a natureza alimentar dos benefícios previdenciários.

Dias depois, no Recurso Especial nº 138441/SC, de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, cujo julgamento ocorreu em 12/06/2013, restou assentado entendimento completamente divergente: “Não há dúvida de que os provimentos oriundos de antecipação de tutela (art. 273 do CPC) preenchem o requisito da boa-fé subjetiva, isto é, enquanto o segurado os obteve existia legitimidade jurídica, apesar de precária”.

E acrescentou:

do ponto de vista objetivo, por sua vez, inviável falar na percepção, pelo segurado, da definitividade do pagamento recebido via tutela antecipatória, não havendo o titular do direito precário como pressupor a incorporação irreversível da verba ao seu patrimônio.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, alinhava-se ao entendimento do primeiro precedente citado, como se depreende do AI nº 829651-MG, cuja relatoria coube à Ministra Rosa Weber e que foi julgado em 02/09/2013: “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o benefício previdenciário recebido de boa-fé pelo segurado em virtude de decisão judicial não está sujeito à repetição de indébito, dado o seu caráter alimentar”.

Ressalta-se que a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU)

havia editado a Súmula nº 51, que dispunha: “os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento”.

Referida Súmula foi cancelada em 30/08/2017, diante da virada jurisprudencial sobre o assunto. Foi julgado, sob o rito dos recursos repetitivos, o REsp nº 1401560-MT, de Relatoria do Ministro Sérgio Kukina. O tema 692 foi cadastrado como questiona se deve o litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS devolver os valores percebidos do INSS em virtude de decisão judicial precária, que venha a ser posteriormente revogada”. A tese firmada foi: “a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos”.

Esse entendimento foi reforçado por precedente recente, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, no Resp nº 1681180-SP, julgado em 21/09/2017, que assentou: “é necessária a devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada, apesar da natureza alimentar dos benefícios previdenciários e da boa-fé dos segurados”.

Assim, à luz da atual jurisprudência, mormente a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível concluir pela necessidade de devolução dos valores recebidos a título de antecipação de tutela, ainda que o caráter seja alimentar e que o segurado tenha os recebidos de boa-fé.

CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho, pode-se concluir que o cidadão, em determinados casos, necessita de prestação célere e efetiva do Estado-juiz, por não poder suportar o ônus do tempo de tramitação do processo. Nessa toada, criou-se no atual Código de Processo Civil a figura da tutela provisória (gênero), que tem por espécie a tutela de evidência e a tutela de urgência, sendo que esta última exige, para sua concessão, o requisito da reversibilidade da medida.

No caso do Direito Previdenciário, foi visto que os benefícios detêm natureza alimentar e existe uma razão de ser: destinam-se ao provimento das necessidades mais elementares e essenciais do indivíduo (alimentação, saúde, higiene, vestuário, dentre outros). Seriam, pois, irrepetíveis, pois são consumidos à medida que gastos

para a subsistência.

Além desse requisito, a jurisprudência pátria entendia que os valores recebidos de boa-fé não mereciam devolução. Um critério na verdade por exclusão: em casos de má-fé, deveriam ser devolvidos, pois a boa-fé se presume.

O entendimento atual, firmado no Resp 1401560-MT e que ensejou o cancelamento da Súmula 51 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (TNU) fixou a tese de que devem ser devolvidos os valores recebidos a título de antecipação de tutela, em virtude de decisão judicial “precária”. No Resp nº 1681180-SP, foi-se além: mesmo em casos de boa-fé e apesar da natureza alimentar dos benefícios.

Pelo quanto foi exposto no presente trabalho, não parece ter andado bem o Superior Tribunal de Justiça (STJ) com o novo entendimento, por algumas razões.

Iniciemos pela questão da reversibilidade das medidas, que parece ter dado azo para se ignorar o caráter alimentar do benefício e a questão da boa-fé. É certo que esse requisito está encartado no Código de Processo Civil, mas não parece ter sido a intenção do legislador criar a situação processual que ora se comenta.

Ao que parece, intentou evitar que se redistribuísse o ônus do tempo do processo à outra parte de maneira arbitrária, irresponsável, o que com certeza não acontece nas demandas que dizem respeito à concessão ou restabelecimento de benefícios previdenciários.

Como já ditou em outras passagens: se é certo que existe esse requisito, não menos certo é que outros bens jurídicos também merecem tutela – vida (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), educação, saúde, alimentação (art. 6º da Constituição Federal), todos eles diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Esse precedente cria graves entraves não apenas pela questão da devolução, mas porque pode reverberar em negativa de tutelas antecipadas sob o argumento de ser “irreversível” o pagamento das prestações previdenciárias, o que é bastante grave. Deveria a Corte Cidadã ter lançado mão de uma interpretação constitucional – aliás, assim expressamente orienta o Código de Processo Civil em seu primeiro artigo.

Outrossim, criam-se situações no plano material que chegam a ser esdrúxulas. Indaga-se: como devolver valores que têm natureza alimentar? Sugere-se, em algumas discussões sobre o assunto, o depósito em conta poupança. Admitida essa hipótese: qual o sentido prático da tutela eventualmente deferida, portanto, se não se

pode dela fruir e se as privações continuarão acontecendo?

O processo, nesse sentido, volta a homenagear a forma e vilipendiar a efetividade. Veja-se: apesar da existência de técnica adequada para evitar as situações em que há perigo de dano (ou risco ao resultado útil do processo), esta pode tornar-se inócua, com o indeferimento ou com a condenação à restituição dos valores que já foram gastos, no dia-a-dia.

Ademais, existem situações ainda mais complexas envolvendo a questão. Quando a crise jurídica envolver, por exemplo, acumulação de benefício, poderá o INSS descontar do benefício que se mantiver. Mas e se o caso for tão somente de concessão: de onde descontará os valores? O segurado, por vezes hipossuficiente, deverá contrair dívida, mesmo tendo confiado em uma decisão judicial – isto é, inegavelmente de boa-fé?

O próprio Poder Judiciário entra em descrédito com suas decisões, o que também não parece ter sido a intenção do legislador ao criar o critério da reversibilidade. Em resumo, não parece ter sido observado o comando do art. 8º do Código de Processo Civil:

ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2015)

Há ainda outra questão relevantíssima. Notou-se uma jurisprudência defensiva nos casos de tutela antecipada em matéria de benefícios previdenciários⁴⁵, mas não se pode dizer o mesmo de outros assuntos idênticos, como o caso da pensão alimentícia. É o que se depreende do AgInt no REsp nº 01310686-DF, julgado em 14/03/2017, em que se estabeleceu: “as prestações alimentícias, caso percebidas a maior ou indevidamente, não são passíveis de repetição, desde que recebidas de boa-fé”.

O que se pode observar, portanto, é que *sob a égide da mesma razão, não está incidindo o mesmo direito*, o que é uma afronta à segurança jurídica que, como já

⁴⁵ Ressalta-se que o tema afetado é bastante específico.

ressaltado em linhas anteriores, é pedra fundamental do Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, embora se reconheça que o atual entendimento da jurisprudência pátria obriga a devolução dos valores eventualmente concedidos a título de tutela antecipada, não parece ser o melhor entendimento, notadamente quando se procede a uma interpretação constitucional sobre o assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILA, Humberto. Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. **Lei nº 8.123, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos e Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. [1991]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 4 dez 2018.

CAHALI, Yussef Sahid. Dos alimentos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CASTRO, João Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16. ed. Rio de Janeiro: Editoria Forense, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 20. ed. Niterói: Impetus,

2015.

MARTINS, Flávio Alves. A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Flávio Alves. A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo I. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

SILVA, Ovídio Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PREVIDENCIÁRIA COMO FORMA DO EFETIVO ACESSO A JUSTIÇA NOS TERMOS PROPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Márcio José Rigueira de Queiroz⁴⁶

Resumo

Desde que foi instituído o Juizado Especial Federal, a princípio um marco ímpar de modelo positivo e justo de prestação jurisdicional, vem sofrendo esta instância judiciária, de forma generalizada e vil, inúmeras transformações e, a cada dia que se passa vem demonstrando ser um verdadeiro vilão e vilipendiador de direitos e garantias constitucionais, mormente no que diz respeito às Ações Previdenciárias, contrariamente aos fins propostos com sua criação, aquela de dar a cada o seu bom direito e derramar a justiça plena aos jurisdicionados. Ocorre que com a massificação desta instância judicial, sobretudo pelas centenas de milhares de demandas previdenciárias que abarrotam o sistema, foi se atropelando de modo aviltante as garantias constitucionais. Em nome da celeridade processual, direitos fundamentais e o devido processo legal vem sendo olvidados e a cada dia mais relegados a segundo ou terceiro planos. A essa dificuldade podemos incluir a desumanização e carência de sensibilidade latentes de grande esmagadora parcela dos magistrados, que ao invés de dar a cada um conforme lhe é devido, negam direitos, atropelam normas de direito e dizimam de forma covarde os direitos dos segurados. Como forma de fugir deste lamaçal de injustiças, temos que explorar o processo administrativo previdenciário, a fim de buscarmos a implementação do direito e fazer valer as garantias constitucionais e implementação dos direitos fundamentais, no seio da instituição securitária por excelência, o INSS, que é dotada de mais flexibilização dos procedimentos, bem como deve imperar a verdade real material o que é bem relevante, dotado de controle duplo de jurisdição de seus atos e de suas decisões, por meio de Conselhos e Junta e Câmara Recursais.

Palavras-Chaves: Processo administrativo previdenciário. Alternativa. Celeridade. Devido processo legal.

INTRODUÇÃO

É caminho sem volta, como forma de conquistar e ter satisfeito o direito dos segurados e dependentes/beneficiários ao acesso aos benefícios e serviços da previdência Social, muita das vezes negado de forma cruel pelo combalido e injusto

⁴⁶ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL. Advogado. Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direito Público pela ANAMAGES - Associação Nacional dos Magistrados Estaduais. Ex-Conselheiro por 2 mandatos da 91ª Subseção da OAB/MG de Viçosa-MG. Delegado por dois mandatos da 91ª Subseção da OAB/MG de Viçosa-MG no município de Teixeiras-MG. Ex-procurador do Município de Teixeiras-MG. Ex-Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Teixeiras-MG. Pós-Graduando *Lato Sensu* em Direito Previdenciário pelo IEPREV – Instituto de Estudos Previdenciários. E-mail: marcorigueira@yahoo.com.br. Professora-orientadora: Dra. Ana Paula Fernandes.

Poder Judiciário, notadamente pelos juizados especiais. Assim, a militância na via administrativa previdenciária é alternativa palatável e muito eficaz.

Esse caminho é o diferencial entre o êxito e a desdita nos pleitos previdenciários, eis que, possuindo um Conselho de Recurso próprio e autônomo, atuante e mais justo, vinculado ao devido processo legal e ao ordenamento jurídico, tem demonstrado em suas decisões uma alternativa singular ao caos que se instalou nos Juizados Especiais Federais - JEF's, já que não se amolda a mera fabricação de estatísticas, que podam e aniquilam direitos e garantias constitucionais.

Além de que, na via administrativa do processo previdenciário as suas decisões tem demonstrado mais efetividade e celeridade na entrega do direito aos segurados e beneficiários dependentes.

Considerando toda esta problemática que circunda o Poder Judiciário, seria então a via administrativa, uma opção mais salutar para resolução das demandas previdenciárias?

Com base na pesquisa doutrinária vamos destacar qual o papel de cada uma destas vias na solução dessas demandas de cunho social previdenciário. E qual delas tem apresentado resultado de maior pacificação social e assertividade legal.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL

No magistério de Castro e Kravchychyn e Lazzari (2016), os preceitos que são o arrimo e alicerce dos PAP (Processos Administrativos Previdenciários) encontram-se em diversas normas, com marco nos princípios processuais constitucionais gerais, esculpidos na Carta Cidadã de 1988, os da Legislação infraconstitucional, princípios do Processo administrativo Federal, Lei 9.784/99 e da mesma forma pela Lei 8.213/99, que dispõe sobre - Os Planos de Benefícios da Previdência Social - o Decreto 3.048/99 e normativas, notadamente, a Instrução Normativa 77 de 2015, e, por derradeiro o Regimento Interno do Conselho de Recurso do Seguro Social – CRSS, vide Portaria 548/2011.

Ainda na esteira dos ensinamentos dos eminentes juristas, é de se entrever que sem dúvida, no que diz respeito aos princípios administrativos, ressaí a preocupação da normativa em garantir os direitos constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa, o direito de petição, o devido processo legal, o direito à probidade, da eficiência, a fundamentação das decisões, ainda que administrativas,

enfim, a ideia de espelhar no atendimento administração pública, estes inseridos nos art. 5º e 37 da carta Magna. (LAZZARI; CASTRO; KRAVCHYCHYN, 2016, p. 244).

De igual tom, aduz com maestria José Antônio Savaris (2016), que um Estado que se fundamenta na ordem constitucional assegura aos indivíduos uma série de direitos de índole humanitária que refletem, em maior ou menor grau, históricas e evolutivas conquistas de cidadania, mas que estas conquistas não foram adquiridas a uma só vez e isso porque, mesmo a visualização dos direitos fundamentais depende do auxílio das disputas históricas, da luta de classe e das ameaças de ruptura da ordem existente, do desenvolvimento de novas concepções de direito e justiça e de outros fatores.

Ele continua com clarividência, “O que não é admissível é que o ‘Estado Juiz de sua própria causa’ e absoluto nas informações veja-se de início como um litigante no processo administrativo previdenciário, guiando-se pelo desprezo ao direito fundamental que lhe é requerido ou pela sonegação de informações cruciais ao potencial beneficiário”. (SAVARIS, 2016, p. 180).

O ilustre magistrado indo mais fundo pondera seu ponto de vista e afirma que, uma vez que o chamado processo administrativo previdenciário tenha verdadeiramente compreendido seu conteúdo processual, é pertinente invocar-se que a condução se opere com respeito ao devido processo legal. (SAVARIS, 2016, p.180, grifo nosso). Pontualiza ainda, que este princípio constitucional é reconhecidamente um feixe de precípuos constitucionais processuais que nele encontrariam fundamento, dentre os quais citamos o do contraditório e ampla defesa, o direito de petição, o princípio das motivações das decisões, além de outros princípios constitucionais afetos à administração.

No direito administrativo, segundo o escólio dos Mestres, Alexandre Schumacher Triches e Adriano Mauss (2015), os princípios são os paradigmas a serem seguidos para que os chamados atos administrativos sejam efetuados dentro dos melhores fins para os administrados. Entretanto, o seu elenco é sempre explicativo porque incompleto, diante da possibilidade de existência de outros princípios contidos em outras legislações. Segundo os professores previdenciaristas, a doutrina diverge quanto aos critérios classificatórios dos princípios. Há autores que agrupam princípios processuais apenas, processuais e materiais, constitucionais e infraconstitucionais. (TRICHES; MAUSS, 2015, p. 39).

É de se notar que todos doutrinadores são enfáticos em dizer, com voz uníssonas, de que são princípios constitucionais norteadores, de valoração e eficácia do devido processo legal, os da ampla defesa e do contraditório, princípios estes estendidos às esferas do processo administrativo, mormente ao previdenciário, sem detrimento da menção de outros princípios de igual valia e que também são imperativos ao devido processo legal.

Este, também, o magistério do professor Alexandre de Moraes que enfatiza: “Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (MORAES, 2013, p. 361).

Não é por menos que a legislação administrativa, notadamente a Lei 9.784/99 prevê que, de modo eminentemente forçoso, que a administração pública deve impor o maior respeito e observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, de modo a tornar efetiva a prestação do aparelho público aos interesses dos cidadãos, sob pena de não o fazendo ferir de morte o devido processo legal.

O princípio do devido processo legal é independente, mas deve arrimar-se principalmente nos acima referenciados.

O devido processo legal na esfera administrativa deve inteirar-se e guardar estreiteza com demais princípios atinentes as que regem os processos administrativos, quais sejam, princípios da oficialidade, da verdade material, pluralidade de instância, informalismo, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público.

Destarte, os princípios acima elencados são mecanismos ofertados e assegurados ao cidadão pela Carta Suprema de 1988 e abarcada pela legislação infraconstitucional, como eficaz forma de defesa de seus interesses junto à administração pública, enfrentando as influências, injustiças, desmandos e vícios de seus atos, que porventura firam os direitos e as garantias constitucionais.

A administração deve proferir suas decisões com finco nos princípios constitucionais e infraconstitucionais, de tal sorte que os administrados possam ter defesa contra as não incomuns decisões administrativas eivadas de vícios e de injustiças que possam vir a lhes trazerem prejuízos.

No ensinamento de Ferraz (2001), no que concerne ao processo administrativo, é de se constatar que o princípio da ampla defesa se dirige de igual forma ao prestígio do interesse público primário a ele vinculado: garantia do primor na obediência ao iter

previsto em lei e da excelente prática do ato administrativo final, e daí o motivo pelo qual a Administração é beneficiária da perfeição na obediência ao princípio.

Por fim é de se ressaltar que em obediência às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, a legislação previdenciária estabelece forma e prazos para a realização do contencioso administrativo, e que o procedimento a ser seguido pelo INSS e pelo CRSS é previsto nas instruções normativas do INSS e as portarias do Ministério afeto, respectivamente.

As decisões administrativas previdenciárias serão submetidas ao duplo grau de verificação de suas decisões administrativas que visam rever as possíveis decisões singulares por um colegiado e no âmbito do processo administrativo previdenciário os recursos são dirigidos ao Conselho de Recursos e às câmaras, que analisam sob o manto do devido processo legal, sanando e corrigindo alguma ilegalidade ou violação de direitos dos administrados.

Inegável que o devido processo legal é um princípio constitucional basilar, sem o qual não há que se falar em direito imaculado, garantias constitucionais preservadas e implemento da justiça plena, daí a doutrina enfatizar e estimular a persecução do efetivo respeito ao princípio ora em comento, como forma efetiva de entregar o bom direito e distribuir a justiça, quer na esfera judicial quer na esfera administrativa.

O devido processo legal é direito sem o qual não há transpor as barreiras das iniquidades levadas a efeito pelos atos viciados, falhos, equivocados, impraticados e/ou incompletos da administração pública, é dever do estado e da administração e direito dos administrados na defesa de todos seus interesses legítimos frente à administração pública a eficácia positiva do devido processo legal.

DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Sem sobra de quaisquer dúvidas, a implantação dos juizados especiais, foi no campo jurídico um grande marco de expectativas a impactar uma melhor efetivação de entrega da justiça, abrindo-se o leque de acesso aos cidadãos mais desprovidos de recursos à justiça.

Na concepção de Ana Paula Fernandes e Paulo Vítor Sermann:

Uma primeira perspectiva irá garantir ao cidadão o ingresso ao judiciário, ou seja, que o indivíduo, ao levar seu direito violado para a apreciação do judiciário, tivesse a certeza de que esse seria julgado;

era a garantia de mero exercício de ação, não se preocupando unilateralmente, no entanto, com questões sociais, apenas referia-se à figura do autor na lide, numa visão da relação do processo. (FERNANDES; SERMANN, 2015)

Na concepção dos Mestres referenciados, com a evolução da sociedade, esta concepção de acesso à justiça sofreu mutação gradativa, deixando de ser mero ingresso ao judiciário, para agora, com objetivos sociais, se pautar o processo como instrumento jurisdicional, de tal sorte que a população pudesse buscar a satisfação de seus direitos por meio do devido processo legal.

Desta feita, situam os juristas o acesso à justiça dentro de duas vertentes, uma de concepção formal e outra material, o que pressupõe dizer que a concepção formal consiste simplesmente no ingresso do cidadão em juízo em busca de seu direito, ao passo que a concepção material é consagrada por meio da real obtenção desses direitos. O acesso material é visto como o mais importante, mas dependente da estrutura da justiça oferecida pelo Estado e das condições de atuação do indivíduo dentro do processo.

Ato contínuo, asseveram que

o acesso à justiça é um direito fundamental que não pode ser tratado como letra morta e insignificante de lei; é direito público no qual o Estado Democrático de direito possui o dever de resguardar e efetivar, e também é direito subjetivo, inerente ao homem, fazendo parte da dignidade da pessoa humana. (FERNANDES; SERMANN, 2015)

Tatiana Bissoni Vhoss, rememorando a história dos Juizados Especiais Federais em nosso país, em seu artigo 'Ampliação do Acesso à justiça e os desafios a superar', pontua e posiciona que:

após longo tempo de espera desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu os Juizados de pequenas causas no âmbito das justiças estadual, distrital e territorial, finalmente a Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, seguida da sua regulamentação por meio da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, introduziu no ordenamento constitucional e legislativo brasileiro os Juizados Especiais Federais. (VHOSS, 2012).

Segundo nesta linha Vhoss (2012) assevera que antes mesmo da existência de lei, quando se esboçava o anteprojeto da Lei dos Juizados de Pequenas Causas, no ano de 1982, os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, do Paraná e da Bahia passaram a testar mecanismos extrajudiciais de composição de litígios. No Mato Grosso do Sul, deu-se a iniciativa em relação aos Juizados criminais. Os primeiros

Juizados de Pequenas Causas efetivamente instalados foram os de Rio Grande/RS, Curitiba/PR e Barreiras/BA, seguidos de Campo Grande/MS, com competência criminal.

A Lei nº 9.099/95 adveio para dar efetividade à norma constitucional, acolhendo em grande parte as regras contidas na Lei nº 7.244/84 (primeira a dispor sobre a criação dos juizados de pequenas causas, que desafiou boa parte de juristas e processualistas), sendo que a principal modificação trazida foi a ampliação da competência e dos poderes do Juiz na condução do processo e na produção das provas, podendo inclusive desconsiderar os efeitos da revelia (artigo 20).

Foram, porém, a Emenda Constitucional nº 22, de 18.03.1999 – que finalmente introduziu o parágrafo único no artigo 98 da Constituição Federal –, e a Lei nº 10.259, de 12.07.2001, com vigência em 13.01.2002, que trouxeram os Juizados Especiais para o âmbito da Justiça Federal, mantendo a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95, no que não fosse conflitante, especialmente na esfera criminal.

A evolução prosseguiu com a Lei nº 12.153, de 22.12.2009, criando os Juizados Especiais da Fazenda Pública. Estima-se que o acervo de processos dos Juizados Especiais Federais já supera facilmente a casa de um dígito em milhões de processos em todo o Brasil, sendo que desse total gigante, por volta de oitenta por cento de ações ajuizadas no âmbito da previdência social.

É verdade que junto dos Juizados foram trazidos princípios norteadores modernos e dinâmicos a inovar o procedimento, tais como o da informalidade, da celeridade, da economia, da oralidade e da ampliação dos poderes do juiz no diálogo com as partes. É de se entrever que o Poder Judiciário, guardião da Constituição, precisou se libertar das amarras de um sistema processual burocrático. Ocorre que tarefa árdua e não fácil, que traz consigo prejuízos aos jurisdicionados, uma vez que os princípios da oralidade e da informalidade, diante da massiva distribuição de novas demandas estão a sobrepôr, com sérias consequências, o princípio basilar, do devido processo legal, já que se atropelam efetivação dos direitos e da justiça em nome de números frios e estatísticas perversas.

Afirma, Gilmar Ferreira Mendes, sem muita razão hodiernamente, eis que atropelos e ingerências estão a minar os ideais, que os juizados especiais federais, criados pela Lei n. 10.259/2001, têm atingido seu propósito fundamental de agilizar os processos judiciais de menor expressão econômica, facilitando o acesso à Justiça e o ressarcimento de partes menos favorecidas. O professor constitucionalista, Mendes,

aduz serem os juizados especiais federais o marco, “divisor de águas na história da justiça federal”. (MENDES, 2000, grifo nosso).

Entende o polêmico e midiático Ministro que esses juizados representam um marco na história da Justiça Federal pois, ao ampliar o acesso à Justiça, fortaleceram a cidadania, ao mesmo tempo em que permitiram a desobstrução da Justiça em relação ao número excessivo de ações.

Indubitável que a criação dos juizados especiais cíveis e criminais, no âmbito da Justiça Federal, por meio da promulgação do diploma legal n. 10.259, representou verdadeira revolução na prestação jurisdicional.

Aduz se ressalvas, que à época de sua instalação, chegou a ser apontada como a mais expressiva reforma jurídica até então realizada no Brasil, justamente por beneficiar quem precisava de uma Justiça rápida e segura. A celeridade na apreciação das causas, em contraponto à morosidade da Justiça Comum, aliada à facilidade com que qualquer cidadão pode-se valer dos juizados especiais federais JEFs foram, desde o início, seus pontos basilares.

Entretanto, passados praticamente 10 anos de sua criação, são exatamente essas duas características dos JEFs, rapidez e facilidade de acesso que passaram a representar certa preocupação aos operadores do Direito.

Na visão do Ministro, bem como na dos operadores do direito em senso comum, a quantidade de causas e a morosidade de muitos juizados, que, em alguns locais, já se encontram mais lentos do que a Justiça Comum, fazem com que seja necessário repensar sua estrutura, verificando-se o que pode vir a ser alterado.

Os JEFs julgam causas cíveis cujo valor não exceda 60 salários mínimos e causas de natureza criminal relativas a infrações puníveis com pena máxima não superior a dois anos ou multa.

O valor de 60 salários mínimos foi estipulado a partir de um prognóstico feito no momento em que foram travados debates – especialmente entre o Superior Tribunal de Justiça e os juízes federais – sobre qual modelo seria mais adequado.

No âmbito dos juizados especiais federais, não há recursos automáticos, de ofício, e estão suprimidos os prazos especiais, em dobro, concedidos à Fazenda Pública (Lei n. 10.259/2001, arts. 9º e 13 e temos que importantes mudanças ocorreram desde a criação dos juizados especiais federais e a implementação do reconhecimento da repercussão geral das questões constitucionais aos processos deles oriundos, inclusive.

É fato que os JEFs têm atingido seu propósito fundamental de agilizar os processos judiciais de menor expressão econômica, facilitando o acesso à Justiça e o ressarcimento das partes menos favorecidas nas disputas contra a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, além de propiciar um resultado social louvável, ao permitir que causas de pequeno valor que afetam camadas significativas da população, como as previdenciárias e as administrativas, sejam decididas e executadas dentro de um prazo socialmente adequado.

Assim, esses juizados representam um marco na história da Justiça Federal, ilustrando transcendental contribuição para a superação da denominada “crise do Poder Judiciário” e inaugurando uma nova fase do Sistema Judiciário brasileiro.

Baseado em princípios próprios, como os declinados, temos visto apego exacerbado a um que, em sua homenagem, têm-se feito muitas injustiças, em detrimento de um processo legal justo e equânime, com igualdade de armas entre os litigantes, notadamente em demandas previdenciárias, que é o princípio da celeridade processual.

Princípio da Celeridade, segundo José Antônio Savaris e Flávia da Silva Xavier:

os Juizados Especiais parecem **representar a maior válvula de escape** de uma das grandes mazelas do **Poder Judiciário**: a morosidade. Concebe-se um rito procedimental **simples e informal**, eliminando atos desnecessários, com vistas a alcançar uma prestação jurisdicional mais justa e eficaz. (SAVARIS, XAVIER, 2016).

O inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna, assim preceitua: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, ora como se pode observar, trata-se de medida assegurada pela Constituição, porém, para que justiça seja feita, é justamente por isso que todos as partes envolvidas em litígio que tramita perante o Juizado Especial, deve contribuir abandonando atos meramente inúteis.

Segundo José Antônio Savaris e Flávia da Silva Xavier

o princípio da celeridade processual tende a ser considerado como a exigência de uma rápida solução do litígio. Tal objetivação não se alcança apenas pela simplificação dos procedimentos ou pelo trabalho excessivo por parte de juízes e

de seus auxiliares. A celeridade, no domínio dos Juizados Especiais, tem a ver com a valorização da solução dos litígios em primeiro grau e isso, tanto quanto possível, pela conciliação ou pela sentença que homologa o laudo do juízo arbitral, contra qual, lembre-se, não cabe recurso de acordo com o art. 26 da Lei n.º 9.099/95. (SAVARIS, XAVIER, 2016).

Todavia, temos sentido, nós operadores do direito e jurisdicionados, que o princípio da celeridade processual quando em confronto e massacrando o devido processo legal e seus sustentáculos, contraditório e ampla defesa, aquele em detrimento destes, que a injustiça é latente e fatal, imperando nas decisões nos dias de hoje.

Segundo explanação de ROCHA (2015, grifo do autor), o acesso à justiça se dá

Segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a observância desta viabilização de acesso à justiça caracteriza o primeiro passo de atuação estatal em um Estado Democrático de Direito, já que não se pode falar em democracia quando não permite o acesso à justiça, pois esta é o canal para a pacificação dos conflitos que envolve os cidadãos.

Os artigos VIII e X da Declaração Universal dos Direitos do Homem diz que “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição [...]”. (BRASIL, 1988)

Assim cabe esclarecer que o acesso aos Juizados Especiais Cíveis é optativo, ou seja, permite ao cidadão a livre escolha entre o procedimento adotado pela Justiça comum ou aquele adotado pelos Juizados Especiais Cíveis, o que não ocorre no Juizados Especiais Federais, que excetuando as hipóteses, previstas no artigo 109, incisos II, III e XI da Constituição Federal, sua competência é absoluta, conforme dispõe o § 3º do art. 3º da Lei 10.259/2001.

Brandão e Martins apud Mattos (2009), dizem que:

O princípio constitucional do acesso à justiça está positivado na ordem constitucional brasileira em alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. O mais importante deles está previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, que estabelece: a 'lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Embora apareça aqui somente parcela do acesso à justiça, por se tratar de disposição que aparentemente cuida do acesso ao Poder Judiciário, não se pode descurar que este compõe parte significativa daquela [...].

E conclui Fernando Pagani Mattos, que esse acréscimo ao da inafastabilidade do poder judiciário, da celeridade processual e do devido processo legal, caracterizam o acesso à justiça como um preceito ou ordem maior que, na acepção de Paulo Bonavides é "(...) a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada". (ROCHA, 2015).

Ainda referenciando-o, no entender do Ministro Mendes, dos quais discordamos veementemente com brados de repulsa, data Vênia, toda essa imensa simplificação de procedimentos permitiu a desoneração e a desobstrução da Justiça em relação ao número excessivo de ações com que já se defrontaram os magistrados federais outrora.

É que, a dura e triste realidade em que se vive hoje é bem outra, pois diante da estupenda agencialização do Judiciário, mormente pelas causas previdenciárias, fizeram com que os juizados especiais federais se tornassem verdadeiros aniquiladores de direitos e de garantias fundamentais, e, lamentavelmente, desempenhando papel totalmente contrário ao fins que foram propostos, de dar o direito e fazer a justiça de forma ágil, célere e bem posta.

Outro ponto desumano e vil, que afeta a todos os jurisdicionados e que é sentido na pele, de modo quase uníssono pelos operadores do direito, que têm que enfrentar diariamente Brasil afora, são as decisões lacônicas e desprovidas do menor senso de justiça, as negativas nefastas de realização de perícias e o latente cerceamento de defesa, em prol da 'agilidade e da efetividade' da prestação

jurisdicional, que obstaculiza e se descarta do devido processo legal em face de outros princípios de menor efetividade.

Também há de se ressaltar a nítida desumanização porque passa a magistratura, a falta de generosidade e a expressiva soberba que trazem em si grande parte dos magistrados, pois, falta-lhes a humildade e a sensibilidade para com os problemas do semelhante, jurisdicionados, tratados a rigor como meros números indesejados de estatísticas sem valor, aniquilando muita das vezes o direito dos cidadãos sem a menor compaixão.

É muito triste e desolador quando se vê que o cidadão leigo, sem ostentar instrução mais mínima, se socorre do derradeiro baluarte da justiça, o Poder Judiciário, e postula perante os juzgados especiais sem o patrocínio de advogado, nos casos em que a lei permite, e constamos que justamente estes desvalidos deveriam ter dos julgadores atenção redobrada e obter a melhor proteção ao direito pleiteado. Porém, a realidade é bem outra e vil, e hoje o que se vislumbra é a total ausência de sensibilidade e senso de justiça, ou seja, estes jurisdicionados tem igual tratamento dos que são patrocinados por profissionais, ao revés de terem acesso àquela proteção altruísta que deveria ser imperativo, recebem o desdém e atropelo de seus direitos com frieza marmórea, pois, é assim que normalmente acontece, lamentavelmente.

Seria realmente obtida a melhor justiça, num caso como o acima exposto, que o julgador tivesse verdadeiros olhos de Lince, olhos de olhar e ver e ouvidos de escutar e ouvir com a sensibilidade de verdadeiros guardiões da Carta Magna, defensores ferrenhos das premissas e garantias constitucionais, a fazer a entrega do bom direito, porém, o que se vê, no dia a dia, é justamente o contrário, os direitos sendo pisoteados e quase sempre fulminados de vez por todas, com sepultamento irremediável, por meio de negativas esdrúxulas do acesso às garantias constitucionais do cidadão.

Cumprir frisar que hoje a sensação que se tem pelos operadores do direito e pelos jurisdicionados, em eco uníssono, é que os juzgados especiais federais, devido à enorme agencialização levada a efeito notadamente pelo grandioso pleito demandatório é que, o quanto mais se puder evitar os Jesps federais, melhor para o não extermínio dos direitos dos cidadãos. Fica evidenciado o estigma de que os juzgados especiais federais se transformaram nos algozes dos desvalidos e necessitados de sua proteção judicial, mormente os hipossuficientes, verdadeira

máquina estatal de aniquilamento de direitos e garantias constitucionais, contrariamente aos fins inicialmente almejados e propostos com sua criação e quando de sua inicialização de trabalhos Brasil afora.

Como bem salientado por Ana Paula Fernandes e Paulo Vítor Sermann, “O acesso à justiça pode ser também entendido como acesso ao que é justo, ao que é devido ao cidadão de modo fácil, rápido e sem entraves burocráticos”. (FERNANDES; SERMANN, 2015).

Infelizmente a ideia altruísta que os mestres idealizam não vem encontrando eco nos juizados especiais, sem sombra da menor dúvida, o que nos faz pensar que realmente vivemos tempos sombrios onde os interesses funestos e vis do governo sobrepujam o seu dever constitucional de dar a cada um o que lhe é devido com vontade firme e constante!

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO

Como bem salientam os juristas Fernandes e Sermann (2015), no contexto brasileiro, é de se entrever que os direitos previdenciários não vem sendo respeitados pelo INSS, e estes sendo direitos sociais inerentes aos cidadãos, deveriam ser analisados e postos aos que dele fazem jus por direito, mas, não é assim que vem ocorrendo, ou seja, de forma justa, levando-se inexoravelmente a uma intervenção cada vez mais do Poder Judiciário, como forma de equalizar a equação.

Visando uma melhoria constante das prestações básicas dos serviços pela Previdência Social, foi idealizado um programa interno pela AGU, através do qual se pretendeu desenvolver junto às unidades do INSS uma plena conscientização dos servidores e procuradores da Autarquia quanto à nobreza de sua missão de servir, de atender bem aos segurados e beneficiários, de reconhecer direitos, enfim, de causar satisfação e afastar conflitos que originam as demandas judiciais.

Desta feita, o trabalho se pautou pela temática de que uma pretensão justa, porém resistida e não satisfeita na esfera administrativa, será atendida a preço maior quando desaguada em decisões judiciais. Isto considerando-se tanto o valor da condenação em si, quanto aos valores agregados gastos com a defesa processual, além do desprestígio do Instituto bem como da demora da entrega da prestação, que, de natureza alimentar, tem reflexos negativos na subsistência e no bem-estar do ser humano segurado/beneficiário.

De realçar que um processo administrativo previdenciário sempre representa uma vida de labor, de um filiado à previdência social, ou várias vidas nas quais se entende o trabalho, a imagem e a personalidade do segurado extinto.

Temos realmente visto e sentido que junto com o direito, a justiça, a moral, a ética, a probidade e a boa-fé, a Previdência social quer fazer o reconhecimento do valor humano que é presente nas folhas de um processo.

Mas sentimos da mesma forma que não é fácil a tarefa, e muito caminho árduo há de ser percorrido para que haja uma considerável humanização à altura da necessidade dos administrados, ou seja, urge imediata sensibilização com os problemas alheios que se socorrem da prestação dos serviços. Contudo, a realidade é triste e bem antagônica, perversa. É que, é da natureza humana tender endurecer seus corações, principalmente em tempos de crise, e cumpre frisar que em nosso humilhado país, essas são recorrentes, de todo jaez ferindo de morte toda sociedade e o que é ainda mais nefasto, parece não terem fim.

Essa humanização na prestação dos serviços públicos, mormente com a observância sagaz pelo servidor público, na análise e respeito ao direito do cidadão, de sua história, de suas necessidades, de seu contexto frente aos direitos inerentes aos filiados e deveres da administração e tem de ser perseguido incansavelmente.

Ocorre que a realidade é que bem outra e não raro se deparar com servidores quase sempre despreparados para os embates do dia a dia profissional. Servidores que desconhecem as normativas e a legislação previdenciária. Todas estas mazelas que já foram piores e mais evidentes, tendem a mitigar a boa prestação do serviço público, por meio de atos administrativos próprios.

Destaca-se a que a própria AGU se preocupa com o tema e enfatiza que, num novo modelo de gestão, a administração do INSS dê a importância devida ao Processo Administrativo Previdenciário, regularmente instruído com a finalidade de reunir a informação verdadeira dos fatos e servir de veículo à eficácia do Servidor, cuja atuação, cuidadosa, diligente e atenta ao regramento processual, é fundamental para o êxito da formação/instrução regular do PAP.

O Processo administrativo, em sentido amplo, é a sucessão de atos realizada com a finalidade de produzir uma manifestação de vontade, podendo ser esta a produção de um ato normativo ou de uma decisão administrativa ou judicial.

O Processo Administrativo: é um conjunto de atos administrativos, sucessivos e concatenados, praticados pela Administração Pública com o objetivo de satisfazer

determinadas finalidades de interesse público. Atente-se aos princípios constitucionais que regem o processo administrativo.

A regulamentação do processo administrativo previdenciário se baseia na (Constituição Federal, lei 8.213/99, decreto 3.048/99 e IN 77/2015), registra alguns conceitos básicos, valores, premissas ou preceitos que conduzem o pensamento do servidor na prática dos atos relativos ao processo administrativo e na aplicação das normas a ele pertinentes.

O que são princípios? Esses são valores eleitos pelo INSS como indispensáveis na prestação do serviço público e devem sempre ser lembrados quando o servidor presta o serviço público. Para os operadores do direito, esses valores são chamados de princípios.

Segundo trabalho elaborado pela Advocacia Geral da União, em Programa de Consultoria Ativa da PFE/INSS uma melhor prestação de serviços pela Autarquia deverá ser baseada nesse modelo e metodologia, com a pretensão de se retirar do Poder Judiciário o monopólio da justiça, que passará a ser feita nas APSs, por seus servidores, antes dos Juízes, antes dos processos judiciais, e, para tanto todos os envolvidos deverão zelar pela aplicação dos princípios relativos ao processo administrativo previdenciário, que são:

a) Princípio da Isonomia (art. 5º da CF/1988): significa que nenhum administrado (segurado, dependente, procurador, etc.) deverá ser tratado de maneira distinta de outro. Só se admite o tratamento desigual se houver alguma diferença entre os administrados que justifique tratá-los de modo distinto. Por exemplo: é admitido que uma gestante tenha preferência no atendimento em relação a uma mulher em condições normais.

b) Legalidade (art. 37, CF/88): De acordo com esse princípio, a Administração somente pode fazer o que a lei a autoriza; diferentemente dos particulares, que poderão fazer qualquer coisa que a lei não proíba.

c) Devido Processo Legal (art. 5º, LIV, CF/88): É o princípio que assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais.

d) Contraditório e Ampla Defesa (art. 5º, LV, CF/88): Para respeitar o princípio do contraditório, a Administração deve conceder a oportunidade de a parte interessada se manifestar, sempre que puder haver alguma alteração que lhe seja prejudicial (ex: suspensão ou cancelamento de benefício, cobrança, etc.). Já o

respeito à ampla defesa implica em admitir as mais variadas formas de defesa apresentadas pelos interessados para comprovar suas alegações, como, por exemplo, testemunhas, documentos, pesquisas externas, justificações administrativas, etc.

e) Oficialidade: significa que a Administração Pública tem o dever de dar prosseguimento ao processo, podendo, por sua conta, providenciar a produção de provas, solicitar laudos e pareceres, enfim, fazer tudo aquilo que for necessário para quase chegue a uma decisão final conclusiva.

f) Informalismo procedimental: Dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo, principalmente para os atos a cargo do particular. O princípio deve ser aplicado em benefício do administrado. Em suma, um mero erro formal não pode prejudicar o administrado, desde que seja possível aproveitar seu ato e fazê-lo atingir sua finalidade.

g) Verdade Material: No processo administrativo o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados. Legítima, por exemplo, a Pesquisa Externa e a Justificação administrativa e qualquer outra solicitação de documentos ou informações feita Administração que tenha por objetivo registrar nos autos algum fato.

h) Motivação (art. 50, Lei 9.784/1999 e art. 564, X, da IN 45/2010): Esse Princípio determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão.

O Princípio da Motivação deve ser sempre observado pelos servidores públicos, pois, além de ser da essência do próprio ato administrativo, ajuda a resguardar aqueles que praticaram os atos. Isso porque, ao deixar registrados os motivos que o levou a praticar aquele ato, o servidor poderá evitar ações de controle interno e externo, bem como poderá sempre se recordar facilmente das razões que o conduziram a determinada decisão à época.

i) Celeridade (art. 5º, LXXVIII, CF/88): Princípio segundo o qual os atos processuais devem ser praticados tão prontamente quanto possível. Não mais se admite que um processo demore um período não razoável para ser solucionado. Por isso, a Administração deve trabalhar para solucionar os processos no menor prazo possível sem prejuízo da qualidade do serviço.

O enfoque acima, quanto aos princípios que norteiam e devem ser perseguidos pelos servidores, está estampado no Manual de Processo Administrativo

Previdenciário da AGU, PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSS.

É de se concluir que o processo administrativo previdenciário se diferencia dos demais processos administrativos tanto por seu conteúdo quanto pelo sujeito passivo. É de se destacar que a **IN 77** define o processo administrativo como aquele conjunto de atos praticado através dos Canais de Atendimento da Previdência Social (artigo 658 da IN 77/2015).

O processo administrativo possui quatro fases que se inicia com o pleito a que se pretende ver atendido por meio do processado, sendo o momento que se diz o que se reivindica, sendo iniciado pelos canais próprios de atendimento da Previdência.

Na segunda fase, instrutória, se averigua e se comprova os requisitos legais para a concessão dos benefícios ou para atualização de cadastro. Nesta fase há a produção de provas que é direito do segurado, valendo frisar que todos os meios lícitos de prova são oportunizados para esclarecimento e comprovação dos fatos e do direito. Pode-se se valer de provas documentais, orais, pesquisas externas para averiguação de estado de pessoas e/ou coisas, pode se se valer da emissão de cartas de exigências, que deverão ser atendidas pelos interessados.

Vencida a segunda fase, passa-se à fase decisória administrativa previdenciária, que é momento pelo qual o servidor analisa as provas e o requerimento postulado, emitindo sua decisão administrativa, decisão esta que deverá ser feita de modo explícito, por meio de despacho sucinto com a análise das provas constante do autos e devidamente fundamentada, concluindo pelo deferimento ou indeferimento do pleito administrativo.

Como derradeiro, temos a fase recursal, direito que assiste a todos os interessados, quando inconformados com as decisões proferidas pelo INSS. Das decisões emanadas poderão interpor recurso ordinário às Juntas Recursais do CRSS, no prazo de 30 dias, contado da efetiva ciência da decisão. Vencida esta instância recursal administrativa, poderá o segurado, tão só, inconformado da decisão da Juntas Recursais, se valer de nova apreciação de seu recurso por meio da análise do colegiado das Câmaras de Julgamento, que proferirá acórdãos.

Por fim, a de se destacar que eventual recurso intempestivo não deixará de ser apreciado pelo colegiado, não gerando qualquer efeito negativo ao segurado.

O processo administrativo é concluído com a decisão administrativa não mais passível de recurso.

DAS VANTAGENS DO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA

Diante de todo o exposto, resta claro que o esgotamento da Via administrativa é mais vantajoso, em se levando em consideração que na seara administrativa, pode o segurado ou beneficiário se valer de um processo mais pragmático e célere, sempre com a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, resguardando-se desta forma o devido processo legal administrativo.

Outra vantagem é a possibilidade de se valer de recursos administrativos para as Juntas Recursais do CRSS e Câmaras de Julgamento, que têm prolatado decisões mais justas e com maior celeridade.

Por estes motivos o processo administrativo é tão convidativo e tão interessante ao segurado da previdência social, notadamente, como frisado, pelo abrandamento de prazos e a necessária abertura de cartas de exigência, e, levando-se em conta o fato relevante da existência do enunciado 5 que determina que cabe ao servidor a busca pelo melhor benefício ao qual o segurado fazer jus.

CONCLUSÃO

Considerando toda esta problemática que circunda o Poder Judiciário, seria a via administrativa previdenciária uma opção mais salutar para resolução das demandas previdenciárias, pois, ela aproxima o segurado da dignidade humana, a partir de um processo justo e eficiente além de que a via administrativa tem mais condições de propiciar isso face ao acesso material que entrega ao segurado em detrimento do acesso formal da via judicial.

Com base na pesquisa doutrinária destacamos o papel de cada uma destas vias na solução dessas demandas de cunho social previdenciário. Não restam dúvidas sobre qual delas tem apresentado resultado de maior pacificação social e assertividade legal. A exploração da seara administrativa previdenciária é mais benéfica, na maioria dos casos, em relação as demandas judiciais, com base nos argumentos acima referenciados, sendo que o devido processo legal deve ser perseguido e estar presente nos atos administrativas como forma de que seja concedido o melhor benefício aos segurados e ou beneficiários.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**: a nova mediação para processual. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2004.

BARROS, Allan Luiz Oliveira. Linhas gerais sobre o processo administrativo previdenciário. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17278/linhas-gerais-sobre-o-processo-administrativo-previdenciario>. Acesso em: 12 maio 2017.

_____. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

_____. **Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**, 22 jan. 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm#capXIV>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Lei nº 9.099, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 12 maio 2017.

_____. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 12 maio 2017.

_____. Procuradoria Federal Especializada Junto ao INSS. **Manual do Processo Administrativo Previdenciário - AGU**. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Social. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/14846762. Acesso em: 12 maio 2017.

COELHO, Janaina Firmino Sampaio. O princípio do devido processo legal sua aplicação processo administrativo previdenciário. **IEPREV**. Disponível em: <http://www.ieprev.com.br/frame/?link=>. Acesso em: 12 maio 2017.

FERNANDES, Ana Paula; SERMANN, Paulo Vítor Nazário. *Processo Administrativo Previdenciário Conselho de Recursos da Previdência Social*.

IN 77/2015. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm#capXIV>. Acesso em: 12 maio 2017.

_____. Acesso à justiça – no tocante aos benefícios previdenciários nos juizados especiais federais. *In*: SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa. (Orgs.). **Previdência social: em busca da justiça social**. São Paulo: LTR, 2015.

Castro, Carlos Alberto Pereira de; Kravchychyn, Gisele Lemos; LAZZARI, João Batista. **Guia Prática Previdenciária Administrativa**. Paraná: Atlas. 2016.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à Justiça: um princípio em busca de efetivação**. Paraná: Juruá, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Edição Comemorativa – 20 anos do CEJ - Os Juizados Especiais Federais – Um Divisor de Águas na História da Justiça Federal**. Disponível em:

<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1508/1465>. Acesso em: 12 mai. 2017.

REVISTA VIA LEGAL. Brasília, a. IV, n. XI,. Disponível em:

<https://www.cjf.jus.br/cjf/idades/ascom-1/publicacoes/revista-via-legal>. Acesso em: 10 dez. 2018.

ROCHA, Sérgio Reis Gusmão. Juizados Especiais Federais Previdenciários, **Jus**. fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/1141244-sergio-reis-gusmao-rocha/publicacoes>. Acesso em: 12 maio 2017.

SALOMÃO, Patrícia. O Devido Processo Legal e o Processo Administrativo Previdenciário. **Jurisway**. Disponível em:

https://www.jurisway.org.br/cursos/curso.asp?id_curso=1029. Acesso em: 12 maio 2017.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual previdenciário**. 6. ed. Paraná: Alteridade, 2016.

_____; XAVIER, Flávia da Silva. **Manual de Recursos nos Juizados Especiais Federais**. 5. ed. Paraná: Alteridade. 2016.

TRICHES Alexandre Schumacher; MAUSS Adriano. **Processo Administrativo Previdenciário eficiente**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

VHOSS, Tatiana Bissoni. Juizados Especiais Federais – dez anos: ampliação do acesso à justiça e os desafios a superar. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Tatiana_Vhoss.html. Acesso em: 04 dez. 2018.

O CONSELHEIRO INDEPENDENTE COMO MECANISMOS DE MITIGAÇÃO DE RISCO EM TOMADA DE DECISÕES NAS EFPC'S

Roberto Carlos Sampaio⁴⁷

Resumo

Diante dos casos apresentados na CPI dos Fundos de Pensão, onde foram investigados e constatados casos claros de desvio de conduta no processo de decisão nas quatro maiores entidades de previdência complementar fechada, foi proposto a PLP 268, que apresenta a utilização do conselheiro independente nas instâncias de governança corporativa das EFPC, a fim de mitigar os riscos envolvidos nas tomadas de decisões, trazendo mais segurança para esse processo. O objetivo desse trabalho foi verificar se a figura do conselheiro independente é um mecanismo adequado para mitigar os riscos nas decisões dos Fundos de Pensões. Como esse tipo de conselheiro é novo no mercado de previdência complementar fechado foi verificado através de uma pesquisa bibliográfica, das recomendações e normativos de práticas de governança corporativa e das atuais discussões envolvidas sobre este tema em um mercado onde a figura desse conselheiro atua, o mercado de capital. Essa pesquisa levou a conclusão que tal conselheiro está aderente e é recomendado como boa prática de governança corporativa segundo diversas instituições, inclusive no que tange menores riscos nas tomadas de decisões. No entanto, observou-se que mesmo diante da introdução da figura na tomada de decisão das EFPC é necessária uma regulamentação assertiva, clara e completa acerca da real independência desse conselheiro.

Palavras-chave: Fundos de pensão. PLP 268. Mitigação de risco. CPI. Conselheiro independente.

INTRODUÇÃO

O sistema de Previdência Complementar Fechada é dividido em previdência fechada e aberta. É previsto no caput do art. 202 da Constituição Federal de 1988 que esse regime de previdência tem caráter privado, complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime de previdência social, além de ser facultativo e baseado na constituição de reservas que garantam o benefício futuro do participante. (BRASIL, 1988).

Esse sistema além de sua atividade-fim social, possui uma importante função econômica como investidores, pois sua grande capacidade de investimento

⁴⁷ Especialista em Direito Previdenciário e Processual Previdenciário Pela Unicuritiba – PR.

alimenta diversos setores da economia, principalmente em segmentos com necessidade de capital alocado com retorno a longo prazo.

As entidades abertas (EAPC) possuem planos de benefícios acessíveis a qualquer pessoa física e fins lucrativos. Essas entidades são operadas por seguradoras ou bancos, tais como Bradesco e Banco do Brasil que oferecem planos PGBL e VGBL. Já as entidades fechadas (EFPC), conhecidas por fundos de pensões, não possuem fins lucrativos e são acessíveis aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas, como por exemplo a Petros que é o fundo de pensão dos funcionários da empresa Petrobras.

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) devem determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades organizacionais. Para tanto, deve assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à administração dos planos de benefícios em vigor.

Para isso, deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva. E ainda, o estatuto da entidade deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativos e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas. Já para as multipatrocinadas, deverá ser considerado o número de participantes vinculados a cada patrocinador ou instituidor, bem como o montante dos respectivos patrimônios.

Em 2015 foi dado início a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar os fundos de pensão: POSTALIS - Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos; FUNCEF - Fundação dos Economistas Federais; PETROS - Fundação Petrobrás de Seguridade Social, e; PREVI/BB - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil.

Essa CPI teve como foco esses fundos de pensão devido aos seus consecutivos resultados deficitários, onde foi investigado diversos casos de ingerências e influência política nos conselhos dessas entidades, que por alguns casos admitiram assumir riscos impróprios para sua atividade fim, que é pagar benefícios diante de determinado rendimento.

Diante desse contexto, foi proposto o projeto de Lei Complementar 268 de 2016 (PLP 268) que altera a Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001, para

aprimorar os dispositivos de governança das entidades fechadas de previdência complementar vinculadas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e a suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas.

O tema do presente trabalho tem o objetivo de discutir e identificar se o conselheiro independente, inserido, como proposta da PLP 268, na governança corporativa dos fundos de pensões, é um mecanismo capaz de mitigar o risco de gestão dos fundos de pensões observado através da CPI dos fundos de pensões.

A figura do Conselheiro independente, atualmente, não está inserida no cenário dos fundos de pensões. Esse conselheiro é atuante no mercado dos fundos de investimentos (mercado de capitais) e devido a isso foi observado as discussões de vários autores em relação a real independência desse conselheiro nesse âmbito profissional.

ESTRUTURA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

O Brasil instituiu, em 1923, o primeiro mecanismo legal com objetivo de criar um sistema de previdência social. O Decreto 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido como Lei Elói Chaves, determinou a constituição de um sistema de pensão capaz de cobrir os empregados de cada empresa ferroviária da época. (BRASIL, 1923).

Atualmente a Previdência Social compõe um dos direitos sociais de todos brasileiros, conforme previsto na Constituição Federal (1988), em seu artigo 6º. (BRASIL, 1988).

O objetivo da Previdência Social é amparar e resguardar direitos aos cidadãos que não podem fazer parte da força de trabalho de um País, por diversos motivos, conforme prevê no art. 1º da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.

O sistema previdenciário do Brasil é composto por três segmentos:

- a) Regime Geral de Previdência Social (RGPS);
- b) Regimento Próprio dos Servidores Públicos (RPPS);
- c) Regime de Previdência complementar.

Esse trabalho tem ênfase no regimento complementar fechado, por isso, será apresentado de forma sucinta os demais e regimes, enquanto este será apresentado de forma mais aprofundada.

O Regime de Previdência Complementar está pautado na Constituição Federal, em seu art. 202, que tem caráter complementar, organizado de forma autônoma ao Regime Geral da Previdência Social, de inscrição facultativa, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (BRASIL, 1988).

Em 2001, foram promulgadas e sancionadas as Leis Complementares ns. 108 e 109, que dispõem sobre o Regime de Previdência Complementar, revogando as Leis ns. 6.435 e 6.462, de 1977. A Lei Complementar nº 109, de 2001, dispõe de regras do regime de previdência complementar, operado por Entidades Fechada de Previdência Complementar (EFPC) e Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC), tendo patrocinadores privados ou estatais. A Lei complementar 108, de 2001, traz regras específicas para as EFPCs que possuem patrocinadoras estatais ou públicas.

O regime de previdência complementar divide-se em dois tipos: os das entidades fechadas (EFPC) e os das entidades abertas (EAPC), que se distinguem por alguns aspectos, tais como, o fim lucrativo e as fontes de contribuições do trabalhador e sua empresa.

Previdência complementar aberta

A Previdência Complementar Aberta é formada pelas Entidade Abertas de Previdência Complementar (EAPC), que operam planos de aposentadoria acessíveis a qualquer pessoal física e possuem fins lucrativos. A Lei Complementar 109, de 2001 regulamenta esse regime. Em seu artigo 36 dispõe da forma que essas entidades devem ser constituídas sob a figura de sociedade anônima e seu objetivo é de oferecer planos de benefícios em forma de renda continuada ou pagamento único, além disso esta modalidade deve ser acessível a qualquer pessoa física.

As EAPCs são bancos e seguradoras que oferecem planos de previdências, tais como PGBL ou VGBL. Elas são reguladas e fiscalizadas pelo Ministério da Fazenda, por meio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Previdência complementar fechada

A previdência complementar fechada é formada pelas entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), conhecidas como Fundo de Pensões, onde cada EFPC é uma entidade civil sem fins lucrativos, que mantém planos de aposentadoria coletiva de um grupo (fechado) de trabalhadores de uma determinada empresa ou entidade de classe.

Esses fundos de pensão utilizam-se de reservas (poupança) acumuladas para garantir o pagamento do benefício contratado. Além de sua atividade-fim social, possuem uma importante função econômica como investidores, pois sua grande capacidade de investimento alimenta diversos setores da economia, principalmente em segmentos com necessidade de capital alocado com retorno a longo prazo.

O artigo 35 da LC 109/01, dispõe que as entidades fechadas deverão manter estrutura mínima composta por conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva. E ainda, o estatuto da entidade deverá prever representação dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativos e fiscal, assegurado a eles no mínimo um terço das vagas. Já para as multipatrocinadas, deverá ser considerado o número de participantes vinculados a cada patrocinador ou instituidor, bem como o montante dos respectivos patrimônios.

As EFPCs têm sua atuação regulada pelo conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC) e sua supervisão e fiscalização são realizadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), que ainda executa as políticas e diretrizes estabelecidas pelo CNPC, de acordo com o art. 1º da Lei nº 12.154, de 2009.

Ou seja, as EFPC são empresas sem fins lucrativos que administram os Planos de Benefícios de natureza previdenciária, conhecidas como Fundos de Pensão, e que são objeto desse estudo.

As principais diferenças entre as EAPC e EFPC são apresentadas na figura a seguir:

Figura 01 – Diferença entre EAPC e EFPC

| Entidade Fechada (fundos de pensão) | Entidade Aberta (bancos e seguradoras) |
|--|--|
| Entidade sem fins lucrativos | Entidade com fins lucrativos |
| Organizadas por empresas e entidades associativas na forma de fundação/sociedade civil | Organizadas por instituições financeiras e seguradoras na forma de sociedade anônima |
| Fiscalizadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) | Fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) |
| Menores taxas de administração | Maiores taxas de administração (incidentes sobre o saldo de conta - base de cálculo do benefício) |
| Rentabilidade e superávit revertem ao plano de benefícios | Rentabilidade e superávit renumeram mais os acionistas do que os participantes |
| Autonomia na escolha das instituições financeiras | Vinculação a uma única entidade financeira |
| Tábua de sobrevivência mais aderente à sua massa, de acordo com a legislação vigente. | Tábuas de sobrevivência muito agravadas, pois consideram que o participante viverá além do estimado, fazendo com que o benefício seja menor. |
| Governança Corporativa - Conselhos Deliberativo e Fiscal composto por participantes indicados pelo patrocinador e eleitos pelos próprios participantes | Não existe a participação do associado no processo de gestão |

Fonte: ABRAAP (2014).

A vantagem de aderir um Plano de Benefício de EFPC, é a possibilidade de participação da patrocinadora do custeio (limitada a uma contribuição paritária no caso de patrocinadores submetidos à Lei Complementar nº 108/2001). Além disso, as taxas praticadas são mais atrativas do que as das EAPC, pois não há finalidade lucrativa.

A adesão a um Plano de Benefícios decorre por meio do Regulamento do Plano, que é o contrato de natureza civil, onde consta os direitos e obrigações da entidade, patrocinadores, participantes e assistidos. Assim, a adesão do participante ao plano ocorre por meio de um contrato cível, chamado de regulamento.

A alocação dos investimentos que compõem as reservas dos Planos de Benefícios será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). A Resolução CMN nº 3.792, de 2009 dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar.

Cabe ao órgão regulador e fiscalizador normatizar planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar. (Lei Complementar nº 109, de 2001, art. 7º, parágrafo único)

Planos de Benefício Definido (BD) são aqueles no qual os benefícios programados têm seu valor ou nível previamente conhecidos, de forma a assegurar sua concessão e manutenção. (Resolução CGPC nº 16, de 2005, art. 2º).

Os Planos de Contribuição Definida (CD) são aqueles no qual benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos (Resolução CGPC nº 16, de 2005, art. 3º).

Os Planos de Contribuição Variável são aqueles que possuem características mistas das modalidades de contribuição definida e benefício definido (Resolução CGPC nº 16, de 2005, art. 4º), sendo, portanto, uma composição híbrida.

Portanto, em ambiente de crise, de maior risco ou volatilidade, torna-se mais difícil manter os planos de benefício definido em equilíbrio. Desse modo, eles se tornam os maiores geradores de déficits, devido a um descasamento entre a rentabilidade obtida e os compromissos assumidos pela entidade.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E GOVERNANÇA CORPORATIVA

Segunda o IBGC, Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa baseiam-se nos princípios básicos: 1) transparência; 2) Equidade; 3) Prestação de Contas e 4) Responsabilidade Corporativa, e tem como finalidade alinhar interesses afim de preservar e otimizar o valor econômico de longo Prazo da Organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum.

No âmbito dos fundos de pensão os sócios são o(s) patrocinador(es) e os participantes, o conselho de administração é o conselho deliberativo, assim como os órgãos de fiscalização podem ser apresentados como o conselho fiscal.

Diante disso, é necessário que haja uma boa governança corporativo para que o fundo de pensão possa funcionar de forma mais plena, segura, transparente e confiável para seus sócios.

Este trabalho tem como objetivo analisar a governança dos Fundos de Pensões com Patrocinadores estatais, ou seja, aquelas regidas pela Lei Complementar 108/2001. O artigo 9º dessa lei dispõe que a estrutura organizacional é constituída de conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria-executiva.

O Conselho Deliberativo (CD) é responsável pela definição da política geral de administração da entidade e de seus planos de benefícios, e sua composição é integrada por no máximo seis membros paritários entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, cabendo a estes a indicação do conselheiro presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade.

O Conselho Fiscal (CF) é o órgão de controle interno da entidade, integrado por no máximo quatro membros paritários entre representantes de patrocinadores e de participantes e assistidos, que tem como objetivo averiguar e analisar os processos dos fundos de pensão afim de constatar se os mesmos estão adequadas e aderentes a legislação e as melhores práticas para mitigação dos riscos envolventes ao exercício.

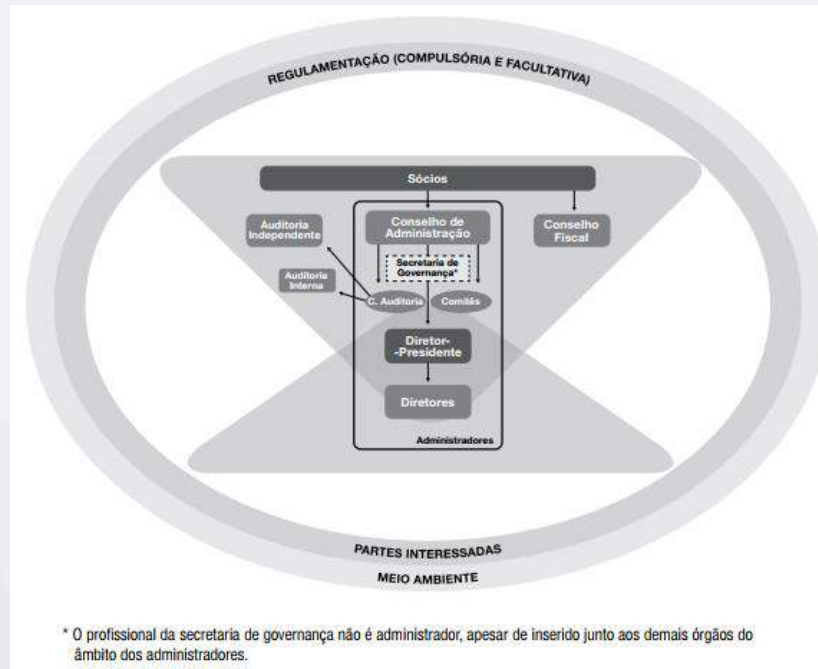
Vale salientar que as ações exercidas pelo CF não eximem os patrocinadores da responsabilidade pela supervisão e fiscalização sistemática das atividades das suas respectivas entidades de previdência complementar. Os resultados da fiscalização e do controle exercidos pelos patrocinadores serão encaminhados ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar.

A Diretoria Executiva (DEX) é o órgão responsável pela administração da entidade, em conformidade com a política de administração traçada pelo CD, composta por, no máximo, seis membros, definidos em função do patrimônio da entidade e do seu número de participantes, inclusive assistidos.

O IBGC recomenda um número ímpar de conselheiros, entre cinco e onze, para evitar empate de votos e/ou algum conselheiro com voto de desempate. Acontece que a realidade dos Fundos de Pensão está em desacordo com as melhores práticas sugeridas, onde a lei dispõe que deve haver no máximo seis membros, onde o voto de qualidade é dado pelo conselheiro indicado pela patrocinadora, ou seja, há uma tendência de gestão voltada aos interesses da patrocinadora.

Outro Ponto relativo a Governança dos Fundos de Pensão e as melhoras práticas sugeridas pela IBGC é a estrutura da governança, onde os fundos de pensões possuem somente o Conselho Deliberativo (equiparado ao Conselho Administrativo), Conselho Fiscal e Diretoria Executiva. O IBGC sugere a estrutura conforme figura a seguir, ou seja, falta nos fundos de pensões o comitê de auditoria, entretanto o mercado possui a prática de contratar, ao final de cada fechamento de exercício, uma consultoria independente para realização de auditorias.

Figura 02 - Estrutura do Sistema de Governança Corporativa



Fonte: IBGC (2012).

A FALHA NO MECANISMO DE GOVERNANÇA NOS FUNDOS DE PENSÃO NO BRASIL: o projeto de lei complementar nº 268

Em 2015 foi dado início a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar os fundos de pensão: POSTALIS - Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos; FUNCEF - Fundação dos Economizários Federais; PETROS - Fundação Petrobrás de Seguridade Social, e; PREVI/BB - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil.

Essa CPI teve como foco esses fundos de pensão devido aos seus consecutivos resultados deficitários.

O resultado deficitário de um Fundo de Pensão possui duas causas de origem. Primeiro, temos as alterações de hipóteses atuariais que não foram foco de investigação da CPI, em segundo, a rentabilidade obtida, que mesmo quando houve resultados satisfatórios, e até mesmo acima da média do sistema, investimentos individuais foram objetos de investigação da CPI.

Esse trabalho tem como objetivo analisar os fundos de pensão de patrocinadora estatal, onde nesse capítulo será dado ênfase, em fatos, na falha do

mecanismo de governança, para isso, será apresentado alguns exemplos apresentados na investigação da CPI.

A CPI dos fundos de pensão

Antes mesmo de instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito que investiga a má gestão de recursos financeiros dos Fundos de Previdência Complementar, a imprensa nacional já noticiava casos em que investimentos realizados pelo Postalís teriam sido mal sucedidos gerando prejuízos milionários ao Fundo como, por exemplo, a troca de títulos da dívida pública brasileira por títulos da dívida da Argentina e Venezuela, aquisição de cotas do Banco BVA na iminência de sua falência, o investimento na Usina Canabrava, dentre outros casos.

Muitos depoentes da POSTALIS ampararam-se ao longo da investigação que os resultados deficitários dos investimentos foram decorrentes de “risco de mercado”, porém diante de todos os fatos a CPI não se convencia desses argumentos.

Em 2005 foi instalada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para apurar as denúncias de corrupção dos Correios, que já apontou problemas na governança da Postalís. Nessa investigação já colocava uma interrogação sobre o Sr. Adilson Florêncio da Costa, que à época ocupava a gerência que assessorava diretamente o Diretor Financeiro, Sr. Hélio Pereira, apontando no relatório como responsável por gerar prejuízos milionários ao Fundo dos Trabalhadores dos Correios.

Não foi por outra razão que, dada a participação do Sr. Adilson Florêncio da Costa ainda como Gerente Financeiro, o mesmo foi apontado como um dos indiciados por aquela CPMI.

O fato é que mesmo com o apontamento do relatório final da CPMI dos Correios, o Sr. Adilson Florêncio da Costa foi promovido ao cargo de Diretor Financeiro em setembro de 2005, exercendo-o até fevereiro de 2012 quando, a partir de autuação da PREVIC, foi sancionado com a pena mais grave que pode ser aplicado a um Dirigente: a inabilitação para ocupar cargo em Fundos de Pensão por conta de irregularidades praticadas (algumas das quais figuram como casos investigados por esta CPI).

Em verdade, problemas de governança e de administração de investimento já assolavam a POSTALIS e a solução era a contratação de terceiro para prestar serviço especializado que melhoraria o monitoramento e controle sobre os investimentos.

Em outubro de 2010 foi recomendado pelo Sr. Adilson Florêncio da Costa a contratação direta do BNY Mellon como administradora fiduciária por notória especialização de modo a dispensar os procedimentos internos de contratação previstos na Resolução nº010/2004 do Postalis.

No entanto quando analisado o desempenho financeiro do Postalis verificou-se que a contratação do BNY Mellon Serviços Financeiros DTVM S/A não melhorou o acompanhamento e os controles das Carteiras de Investimento da Entidade, nem tampouco impediu a ocorrência de aplicações em ativos privados e fundos de investimentos sem a realização de estudos técnicos consistentes, onde vale ressaltar que alguns investimentos ocorreram em Fundos administrados e também geridos pelo próprio grupo BNY Mellon, isto sem falar na ocorrência de inobservância de outras regras como, por exemplo, limites de investimento (enquadramentos). Tudo isso, evidentemente, sendo regularmente remunerado mediante cobrança de taxas por cada um dos serviços prestados.

Outro caso investigado na CPI dos fundos de pensão foi o caso da Sete Brasil, por meio da FIP Sondas, onde existiu influência direta do Diretor da Petrobras, o Sr. Almir Barbassa, junto ao então Diretor de investimentos da PETROS, Carlos Fernandes Afonso, que depois veio a ser Presidente da PETROS, para que esta Fundação não só recebesse e avaliasse a proposta de investimento que era de interesse da Petrobras, como também para que estabelecesse contatos com os demais Fundos de Pensão para que também recebessem e avaliassem a proposta de investimento.

O conjunto apurado pela CPI indica também a possibilidade de ter existido influência política nas decisões da PETROS e da FUNCEF para que investissem na Sete Brasil. Apontam para isso os depoimentos de Alberto Youseff, Carlos Alberto Pereira da Costa e o termo de colaboração premiada de Pedro José Barusco Filho, nos quais surgem indícios, ainda que mínimos com relação a FUNCEF, de que o Sr. João Vaccari Neto, tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, atuava diretamente junto àquelas Fundações. Segundo a colaboração premiada do Sr. Pedro Barusco, o Partido dos Trabalhadores foi o principal beneficiado pelas propinas recebidas dos contratos da Sete Brasil Participações S/A para construção das sondas. Não é demais lembrar que o Partido dos Trabalhadores era e é o Partido do Chefe do Poder Executivo Federal, o qual indica os Presidentes e principais Diretores da PETROBRAS e da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, que, por sua vez, são os patrocinadores e indicam,

respectivamente, os Presidentes e parte das Diretorias da PETROS e da FUNCEF. Destaque-se que a PETROS e a FUNCEF foram os Fundos de Pensão que mais investiram no FIP Sondas.

A Sete Brasil Participações S/A encontrava-se em um abismo oceânico, tão profundo quanto a camada do pré-sal, e os seus investidores já reconhecem os prejuízos nos seus respectivos balanços.

Conforme apresentado no relatório final da CPI e apurado através da base de dados do Sistema de Captação de Dados Contábeis e de Investimentos da PREVIC, os prejuízos do investimento no FIP Sondas ultrapassam a casa dos bilhões de reais:

Figura 04 – Valores investidos nas FIP Sondas

| FIP SONDAS | | | |
|-----------------------|------------------|------------------|----------------|
| | FUNCEF | PETROS | PREVI |
| Valor TOTAL INVESTIDO | 1.704.538.365,06 | 1.704.538.365,06 | 222.005.267,71 |
| Valor ATUAL | 597.390.784,19 | 597.390.784,19 | 78.030.976,42 |
| Diferença: | 1.107.147.580,90 | 1.107.147.580,90 | 143.974.291,29 |

Fonte: CPI

Ou seja, observa-se que por trás de uma tomada de decisão de investimentos bilionários há um jogo político que não leva em conta o propósito de um fundo de pensão que é garantir de forma segura e sustentável o bem-estar financeiro do patrimônio dos participantes. Vale ainda dizer que conforme demonstrado aqui, diretores, conselheiros e demais gestores de fundos de pensão podem ser pessoas politicamente expostas, nomeadas diretamente pelo Presidente da República do Brasil que em muitos casos ocupam os cargos de forma temporária, em muitos casos no mesmo período de gestão de quem o nomeou.

Atualmente, não há mecanismos regulatórios que impeçam tal nomeação, que não significa, exclusivamente, que tais gestores nomeados sejam de caráter duvidoso. No entanto, um fundo de pensão é constituído de reservas que são formadas ao longo de 10, 20 e 30 anos, não seria razoável a gestão desses fundos serem formado somente por funcionários de carreira da patrocinadora, os quais sofrem impacto diretamente em seu benefício de aposentadoria futuro?

O relatório da CPI apresenta que no curso das investigações desenvolvidas junto aos fundos de pensão, foram detectadas disfunções e vulnerabilidades nos processos de governança e nas regras do ordenamento jurídico aplicável, organizadas de modo a viabilizar ocorrências de desvios de recursos ou potencializar o impacto de déficits sobre as entidades.

Proposta de lei complementar nº 268/2016

Diante da suposta ineficiência generalizada na aplicação dos recursos por parte das entidades fechadas de previdência complementar gerada pela falta de autonomia do órgão regulador e fiscalizador e a possibilidade de nomeações de conselheiros e diretores dos fundos de pensão por critérios políticos. Além disso, visando a conceder maior autonomia aos “fundos de pensão”, a proposição sugere várias inovações, especialmente no que diz respeito à estrutura organizacional das referidas entidades de previdência complementar, foi criada a proposta de Lei Complementar nº 268 de 2016.

O projeto de Lei Complementar 268 de 2016 (PLP 268) altera a Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001, para aprimorar os dispositivos de governança das entidades fechadas de previdência complementar vinculadas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e a suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas.

Em consonância da necessidade de reestruturação da estrutura de Governança Corporativa, e em linha ao que sugere o IBGC, a PLP 268, dispõe que seja alterado a Lei Complementar 108, de 2001.

Um dos pontos de alteração da lei é a utilização da figura do conselheiro independente na composição do Conselho Deliberativo (art. 11) e do Conselho Fiscal (art. 15). No entanto o conselheiro independente ainda é, por muitos autores, questionado enquanto a sua real imparcialidade e independência. Além disso, as normas vigentes não são claras e completas em relação a esse tipo de função.

O CONSELHEIRO INDEPENDENTE

Segundo Souza, nos Estados Unidos, país que tem como característica grande quantidade de ações e com ausência de grandes exemplos de companhias com um

acionista controlador bem definido, o conselheiro independente atua de forma predominante para a resolução de conflitos de agência⁴⁸ entre os acionistas e os administradores. Enquanto no Brasil, país com poucas ações e com elevados benefícios de controle, o conselheiro independente age como um garantidor de interesse de todos os acionistas da empresa, pois, pelo menos na teoria, não estar necessariamente atrelado e vinculado ao acionista controlador.

Gelman (2014) fala que o conselheiro independente deve, portanto, primordialmente, ser desvinculado, não relacionado e/ou subordinado e livre de influências tanto do acionista controlador quanto da administração da companhia. E, naqueles casos em que não há um acionista controlador definido na companhia, o que não são raros no Brasil, o conselheiro independente deve monitorar a gestão dos administradores e mitigar os conflitos de representação, os conflitos de agência.

Segundo Silva e Camargo (2015), a atuação dos conselheiros independentes é idêntica ao dos demais membros do conselho de administração, já que não há regulação, autorregulação ou estatuto que, via de regra, funções específicas aos conselheiros independentes.

O conselheiro independente passa a ser fundamental quanto a mitigação de problemas de agência. Assim sendo, em um mundo contemporâneo de grande simetria de informações e direcionamento das corporações para maximização do patrimônio de investidores, o conselheiro independente aparece como aquele que não depende dos administradores internos da companhia, tendo mais liberdade para decidir e se preocupar exclusivamente com os acionistas.

A figura do conselheiro independente se tornou, por Gelman (2014), um instrumento central no conselho de administração como prática de boa e adequada governança corporativa, tanto no ambiente disperso, quanto no ambiente concentrado, na medida em que é este que tem melhores condições de se colocar de forma independente, isenta, livre de influências pessoais, seja dos administradores, seja dos acionistas controladores, na busca pela maximização do valor da companhia.

Já Cerezetti (2011) fala que “a independência deve ser entendida como regra aplicável a todos os administradores, e não apenas àqueles qualificados como ‘independentes’”.

⁴⁸ Conflito de agência, segundo Souza, é um imbróglio entre representantes e representados.

Entretanto as definições, atualmente existente no Brasil, do que é e como se deve comportar o conselheiro independente ainda não são claras, conforme detalharemos a seguir através das definições de tal função pelo IBGC, CVM e BMBovespa.

O conselheiro independente do IBGC

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) foi pioneiro no Brasil na formulação de sugestões de governança corporativa, com o lançamento, em 1999, do primeiro código de práticas de governança corporativa do Brasil, denominado “Código Brasileiro de Melhores Práticas de Governança Corporativa”.

O IBGC, assim como nas maiorias dos códigos de boa governança mundiais, adota o método de apresentar características que um conselheiro independente não deve possuir, ao invés de apresentar uma definição propriamente dita. Diante disso o código do IBGC prevê que o conselheiro independente se caracteriza por:

- a) Não ter qualquer vínculo com a organização, exceto participação não relevante no capital;
- b) Não ser sócio controlador, membro do grupo de controle ou de outro grupo com participação relevante, cônjuge ou parente até segundo grau destes, ou ligado a organizações relacionadas ao sócio controlador;
- c) Não estar vinculado por acordo de acionistas;
- d) Não ter sido empregado ou diretor da organização (ou de suas subsidiárias) há pelo menos, 3 (três) anos;
- e) Não ser ou ter sido, há menos de 3 (três) anos, conselheiro de organização controlada;
- f) Não estar fornecendo, comprando ou oferecendo (negociando), direta ou indiretamente, serviços e/ou produtos à organização em escala relevante para o conselheiro ou a organização;
- g) Não ser cônjuge ou parente até segundo grau de algum diretor ou gerente da organização;
- h) Não receber outra remuneração da organização, além dos honorários de conselheiro (dividendos oriundos de participação não relevante no capital estão excluídos desta restrição);
- i) Não ter sido sócio, nos últimos 3 (três) anos, de firma de auditoria que audite ou tenha auditado a organização neste mesmo período;

- j) Não ser membro de entidade sem-fins lucrativos que receba recursos financeiros significativos da organização ou de suas partes relacionadas;
- k) Manter-se independente em relação ao CEO;
- l) Não depender financeiramente da remuneração da organização.

O conselheiro deve buscar a máxima independência possível em relação ao sócio, ao grupo acionário ou à parte interessada que o tenha indicado ou eleito para o cargo e estar consciente de que, uma vez eleito, sua responsabilidade se refere à organização.

Apesar do IBGC listar a necessidade de o conselheiro independente não estar vinculado a um acordo de acionistas, não há a definição com fundamentos objetivos do que seria essa ligação.

O conselheiro independente do CVM

Ressalta-se que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no exercício da sua função legal de regulamentar, desenvolver, controlar e fiscalizar o mercado de valores mobiliários do país, nunca apresentou um conceito formal de conselheiro independente, apenas indicações ou menções genéricas.

Diante disso, na “Cartilha de Recomendações da CVM Sobre Governança Corporativa”, publicada em 2002 e meramente composta de recomendações, a CVM prevê que:

[...] o conselho de administração deve ter de cinco a nove membros tecnicamente qualificados, com pelo menos dois membros com experiência em finanças e responsabilidade de acompanhar mais detalhadamente as práticas contábeis adotadas. O conselho deve ter o maior número possível de membros independentes da administração da companhia. Para companhias com controle compartilhado, pode se justificar um número superior a nove membros. O mandato de todos os conselheiros deve ser unificado, com prazo de gestão de um ano, permitida a reeleição. (CVM, 2002).

A CVM emitiu, em 2008, o Parecer de Orientação CVM nº 35, com objetivo de dá uma aplicação mais concreta e objetiva aos deveres fiduciários atribuídos aos membros do conselho de administração pela Lei das S.A.

Neste parecer a CVM trouxe o conceito de “comitê especial independente”, que é constituído para negociar a operação e submeter suas recomendações ao conselho de administração, onde no mesmo parecer prevê que:

A independência dos membros do comitê especial não pode ser determinada de antemão, devendo ser examinada a cada caso. De qualquer modo, a CVM presumirá a independência, salvo demonstração em contrário, de pessoas que atendam à definição de “conselheiro independente” prevista no Regulamento do Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo. (CVM, 2014).

Percebe-se que a referência feita pela CVM à definição de Conselheiro Independente é emprestada do conceito utilizado pela BM&FBOVESPA que definiremos a seguir. Desse modo, ao indicar que esta referência depende de não haver prova em contrário, reconhece a fragilidade da definição vigente nos regulamentos do Novo Mercado e do Nível 2 da BM&FBOVESPA, que dependeria de uma análise casuística.

Gelman (2012), fala que nesse caso, a falta de regulação desse assunto faz com que o julgamento da forma de como deve-se agir continue nas mãos do próprio agente. Ou seja, qualquer desvio de conduta independente dependerá de questionamento e comprovação de terceiros.

Portanto, observa-se que a CVM não contribuiu efetivamente com a definição do conselheiro independente, ao se abster e adotar parcialmente as definições da BM&FBOVESPA.

O conselheiro independente do BM&FBOVESPA

Diante das recomendações do Código do IBGC e das abordagens feitas pela CVM no Parecer CVM 35 e na Cartilha CVM, a única definição vigente de conselheiro independente que é, de fato, obrigatória a companhias, é a definição dos regulamentos dos segmentos especiais Novo Mercado e Nível 2 da BM&FBOVESPA.

A definição de Conselheiro Independente foi introduzida pela BM&FBOVESPA nos regulamentos do Novo Mercado e do Nível 2 no ano de 2006, e encontra-se presente tanto no “Regulamento de Listagem do Novo Mercado”⁶⁹, quanto no “Regulamento de Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa Nível 2”, no item 2.1 de termos definidos de ambos os regulamentos, e segue a mesma linha adotada pelo IBGC, de indicar todas as características excludentes que um conselheiro não

pode ter, para que seja considerado independente. Novamente, ressalta-se que tal conceito é o único que pode ser considerado como integrante do sistema normativo brasileiro, o que demonstra uma importância maior em comparação com as demais previsões brasileiras sobre esse tema.

Observa-se que a condição de acionista não descaracteriza a independência do conselheiro. Fazendo uma analogia a estrutura dos fundos de pensão, é como se o conselheiro independente pudesse ser um participante.

Além disso, não há uma descrição objetiva relativo ao que pode ser considerado “vínculo” com a companhia ou entidade relacionada ao acionista controlador. Essa subjetividade desperta diversas interpretações, tais como a de que a vinculação a acordo de acionistas de controle não seria considerada um vínculo com a companhia.

Outro ponto a se falar é o conceito de afastar o conselheiro independente do acionista controlador por ser apenas aos cônjuges e parentes até segundo grau desde acionista controlador, e isso não abrange a pessoa que viva em união estável ou que resida com o mesmo, além de tios e primos.

Vale mencionar ainda que, de maneira geral, no conceito apresentado, não são classificadas como conflituosas e excludentes da independência do conselheiro relações de emprego ou societárias entre o conselheiro e sociedades relacionadas ao acionista controlador e/ou à companhia.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo a discussão da inserção do conselheiro independente na estrutura de governança das entidades fechadas de previdência complementar dos fundos com patrocinadoras estatais. Além disso, essa pesquisa visa contribuir bibliograficamente para discussões futuras relativa a reestruturação da governança das EFPC's.

Diante do que foi apresentado nesse trabalho, não há dúvidas da necessidade imediata de revisão dos mecanismos de mitigação de risco que envolve as entidades de previdência complementar. A investigação da CPI dos fundos de pensão apresentou diversos casos de falhas no processo de tomada de decisão das EFPC.

Para contornar e mitigar essas falhas (riscos) no processo de tomada de decisão dos fundos de pensão, atualmente, há em tramitação a proposta de lei

complementar, PLP 268/2016, que apresenta uma reestruturação dos conselhos deliberativos e fiscais, bem como outros pontos necessário para melhorar a governança corporativa das entidades de previdência complementar fechadas.

Percebe-se que mesmo diante de uma paridade entre representantes das patrocinadoras e dos participantes, há uma tendência de gerenciamento por parte dos representantes das patrocinadoras, que possuem o voto de minerva.

A PLP 268/2016 utiliza o conselheiro independente como mecanismos para mitigar parcialmente os riscos envolvidos nas tomadas de decisões dos fundos.

Não obstante à essa proposta, a figura do conselheiro independente é nova no sistema previdenciário. No entanto, esse trabalho apresenta as discussões atuais de alguns autores do mercado de capitais quanto a atuação desse conselheiro nas tomadas de decisões que podem ser utilizadas como aprendizado no mercado previdenciário.

Como se pôde observar ao longo desse trabalho, não há unanimidade quando o tema é o conselheiro independente. Tanto a própria existência deste tipo de conselheiro, quanto principalmente o seu conceito e os critérios utilizados para verificar se determinado conselheiro pode ser, de fato, considerado como independente, são objeto de diversas críticas por parte da doutrina, por empresas e por pessoas e entidades atuantes no mercado de capitais.

No entanto, a boa prática de governança corporativa é bem vista por investidores que buscam o mercado de ações.

Como não há casos e nem históricos da atuação do conselheiro independente em fundos de pensões e diante do que foi levantado dessa figura nos mercados capitais, não há fatos que discordem desse mecanismo para mitigar risco de governança.

Portanto, podemos observar razoável e condizente com as recomendações de boas práticas de governança corporativa a utilização do conselheiro independente na gestão dos fundos de pensão. Entretanto, vale ressaltar que haverá aumento substancial no custo administrativo das EFPC relativo a utilização desse conselheiro independente.

Entretanto faz-se necessário uma normatização que regule e apresente de forma objetiva e claro, as características para independência desse tipo de conselheiro, pois, conforme observado nos capítulos anteriores, no Brasil, ainda falta uma descrição precisa da figura do conselheiro independente. Desse modo, sem essa

regulação, corre-se o risco de que importantes mecanismos de governança corporativa sofram pressões externas e percam aplicabilidades, o que seria muito perigoso para um mercado que possui um grande volume de investimentos e que diversas pessoas, os participantes, e seus familiares que dependente dos benefícios oferecidos pelos fundos de pensão.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (ABRAPP). **Legislação – Resoluções CGPC**. São Paulo: ABRAPP, 2014.

_____. **Relatório de Sustentabilidade dos Fundos de Pensões**. 4. ed. São Paulo: ABRAPP, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República.

_____. **Lei Complementar 108 de 29 de maio de 2001**. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências, 2001.

_____. **Lei Complementar 109 de 29 de maio de 2001**. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências – EFPC, 2001.

_____. **Projeto de lei complementar nº 268**. Comissão de constituição e justiça e de cidadania. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Administradores Independentes e Independência dos Administradores (Regras Societárias Fundamentais ao Estímulo do Mercado de Capitais Brasileiro). In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.) **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Mercado de Valores Mobiliários Brasileiro**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/menu/investidor/publicacoes/livros.html>. Acesso em: 06 dez. 2018

GELMAN, Marina Oehling. **O Conceito de Conselheiro Independente vigente na Regulamentação dos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10423>. Acesso em: 06 dez. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVO (IBCG). **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2016.
CPI dos Fundos de Pensões. Relatório Final. Câmara dos deputados. Brasília: CPI, 2015.

PARENTE, Norma. Principais Inovações introduzidas pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2011, à Lei de Sociedades por Ações. In: LOBO, Jorge (coord.). **Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controversas da Lei n. 10.303/2001**. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (PREVIC). **Guia Previc Melhores Práticas em Fundos de Pensão**. Brasília: Previc, Ago. 2010.

_____. **Guia PREVIC Melhores Práticas de Governança para Entidades Fechadas de Previdência Complementar**. Brasília: Previc, Set. 2012.

SILVA, Thiago José da; CAMARGO, André Antunes Soares de. **Conselheiros Independentes – Status e Proposições**. Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários, n. 1. São Paulo, 2015.

SOARES, Libéria Vasconcelos; COLARES, Ana Carolina Vasconcelos; MATTAR, Patrícia. **A Governança Corporativa nas Entidades Fechadas de Previdência Complementar**. In: CONGRESSO UFU DE CONTABILIDADE, 1., 2015, Uberlândia: 2015.

TALIDOMIDA E ZIKA: o que elas têm em comum? uma discussão na perspectiva previdenciária

Priscila Machado de Almeida Duarte de Sousa⁴⁹

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo principal analisar o benefício de assistência social concedido às crianças vítimas do vírus da zika que vieram a desenvolver microcefalia. Em paralelo, analisa os benefícios concedidos às crianças vítimas da “síndrome da talidomida”. Destaca o fato de ambas as doenças serem fruto de uma omissão do Estado que gerou danos permanentes e irreparáveis a essas crianças. Porém, enquanto os “filhos da zika” tiveram concessão de um benefício limitado ao prazo de 3 (três) anos, aqueles que foram vitimados pela “síndrome da talidomida”, possuem de forma acertada, dentre outros direitos, um benefício vitalício, indenizatório nos moldes de pensão especial. Com relação ao benefício concedido aos “filhos da zika”, disserta sobre a lei n° 13.301/2016 que condiciona o recebimento da prestação às regras da lei n° 8.742/1993 (LOAS), dessa forma, torna como critério obrigatório para a concessão do benefício, uma renda familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo nacional. O presente trabalho defende a necessidade de uma norma específica prevendo criação de um benefício para as crianças acometidas pela microcefalia devido à zika, em moldes similares aos benefícios concedidos as vítimas da talidomida: um benefício indenizatório, vitalício, não limitado por renda familiar a ser concedido como pensão especial.

Palavras-chave: Zika. Microcefalia. Pensão especial. Omissão do Estado. Síndrome da talidomida.

INTRODUÇÃO

Desde o século XIX, o Brasil sofre com as doenças transmitidas pelo mosquito *aedes aegypti*. Naquele período, a febre amarela era a principal preocupação. À época, o Brasil iniciou uma grande campanha de erradicação do mosquito e em 1955 o país se viu livre desse inseto. (TEIXEIRA, 1996).

Porém, os esforços brasileiros foram vencidos pela negligência de outros países que não controlaram os focos de proliferação do mosquito em seus territórios. Assim, em 1967, constatou-se novamente a presença do *aedes aegypti* no Brasil.

⁴⁹ Advogada. Formada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Possui MBA em Gestão de Pessoas pela PUC-RIO. Atualmente cursa especialização em Direito do Trabalho na PUC-MINAS e em Direito Previdenciário no Legale/SP.

Em 1981, na cidade Boa Vista, Roraima, foi confirmada a primeira epidemia de dengue⁵⁰ em território nacional. (TEIXEIRA, 1996). Desde então, os brasileiros continuaram a viver reféns desse mosquito. O Estado, se aquietou e negligenciou as políticas de controle do *aedes aegypti*.

A reprodução desse mosquito, é uma questão de saúde pública. A evolução da incidência das doenças provocadas pelo *aedes aegypti* no Brasil, é um caso de omissão das autoridades no combate ao mosquito: omissão na fiscalização⁵¹, omissão no tratamento dos doentes⁵², omissão no emprego dos mecanismos de controle (como por exemplo, o carro fumacê). Em 1955 conseguimos erradicar o *aedes aegypti* no Brasil, período em que o país não dispunha da evolução tecnológica atual.

Evidente a omissão do Estado.

Esse mosquito é um potencial transmissor de várias doenças. Era apenas uma questão de tempo, até que mazelas mais agressivas viessem a se proliferar no país usando o *aedes aegypti* como vetor.

ZIKA VÍRUS E SEU ASPECTO SOCIAL

O primeiro caso de zika⁵³ diagnosticado no Brasil data de 2015, mas estudos mostram que o vírus pode ter entrado no país em 2013. (CASTRO, 2016). Essa doença, para além de uma virose comum, se tornou um martírio para todas as mulheres em idade reprodutiva. Em especial, as que moram na região nordeste do Brasil, região tradicionalmente esquecida pelas políticas públicas. A zika tem causado sofrimento permanente a todas as mães, que, infelizmente, foram contaminadas pelo vírus durante a gestação ou logo antes de engravidarem⁵⁴. A contaminação pelo vírus

⁵⁰ Uma das muitas doenças transmitidas pelo *aedes aegypti*.

⁵¹ Apenas em 2016 com a Lei 13.301/2016 é que os agentes públicos começaram a poder ingressar de forma forçada em imóveis públicos e particulares em situação de abandono para verificação da existência de criadouros dos mosquitos.

⁵² Em 2015, quando se confirmou a alta incidência dos casos de Zika e sua relação com a microcefalia, os hospitais (públicos e particulares), não dispunham de meios para diagnosticar com precisão a doença. Muitas mulheres, em idade reprodutiva, não tiveram o diagnóstico correto da doença.

⁵³ Doença transmitida pelo *aedes aegypti*.

⁵⁴ Estudos divergem sobre quanto tempo depois da contaminação pelo vírus da zika seria seguro engravidar sem o risco de o feto desenvolver microcefalia. Alguns estudos chegaram a indicar que uma gestação ocorrida em até 2 anos após a contaminação pelo vírus poderia gerar riscos ao feto, outros mais recentes, indicam 6 meses e até 2 meses como limite de segurança.

da zika, causa alterações no sistema nervoso central do feto, gerando a microcefalia, o que acaba por afetar o desenvolvimento típico da criança.

Abaixo, tabela extraída do Portal do Ministério da Saúde indicando os prováveis casos de microcefalia decorrentes de zika entre meados de 2015 quando começou o controle e final de 2017 (BRASIL, 2018):

Tabela 1 – Distribuição das notificações de casos com alterações no crescimento e desenvolvimento possivelmente relacionadas à infecção pelo vírus Zika e outras etiologias infecciosas, segundo classificação final, entre as semanas epidemiológicas 45/2015 e 52/2017, por região e Unidade da Federação, Brasil, 2017

| Região/ Unidade da Federação | Casos suspeitos em monitoramento | | Em investigação | Classificação final | | | | |
|------------------------------|----------------------------------|-------------|-----------------|---------------------|------------|--------------|--------------|----------------------------------|
| | n | % | | Confirmado | Provável | Descartado | Inconclusivo | Excluído/ Inativado ^b |
| Centro-Oeste | 1.113 | 7,3 | 230 | 240 | 19 | 416 | 16 | 192 |
| Distrito Federal | 192 | 1,3 | 42 | 28 | 4 | 62 | 3 | 53 |
| Goiás | 423 | 2,8 | 49 | 104 | 2 | 154 | 11 | 103 |
| Mato Grosso | 429 | 2,8 | 137 | 77 | 11 | 171 | - | 33 |
| Mato Grosso do Sul | 69 | 0,5 | 2 | 31 | 2 | 29 | 2 | 3 |
| Nordeste | 9.263 | 60,6 | 1.360 | 2.004 | 154 | 4.095 | 196 | 1.454 |
| Alagoas | 600 | 3,9 | 42 | 95 | 32 | 270 | 32 | 129 |
| Bahia | 2.487 | 16,3 | 529 | 513 | 46 | 589 | 65 | 745 |
| Ceará | 790 | 5,2 | 133 | 163 | 31 | 393 | 17 | 53 |
| Maranhão | 477 | 3,1 | 13 | 203 | 33 | 162 | 4 | 62 |
| Paraíba | 1.122 | 7,3 | 198 | 198 | 11 | 576 | - | 139 |
| Pernambuco | 2.572 | 16,8 | 258 | 438 | - | 1.671 | 76 | 129 |
| Piauí | 281 | 1,8 | 10 | 113 | - | 102 | - | 56 |
| Rio Grande do Norte | 620 | 4,1 | 123 | 149 | 1 | 240 | 2 | 105 |
| Sergipe | 314 | 2,1 | 54 | 132 | - | 92 | - | 36 |
| Norte | 854 | 5,6 | 316 | 191 | 2 | 278 | 3 | 64 |
| Acre | 61 | 0,4 | 13 | 10 | - | 37 | - | 1 |
| Amapá | 28 | 0,2 | 5 | 16 | - | 6 | - | 1 |
| Amazonas | 125 | 0,8 | 11 | 66 | 1 | 33 | 3 | 11 |
| Pará | 139 | 0,9 | 102 | 22 | - | 5 | - | 10 |
| Rondônia | 130 | 0,8 | 40 | 30 | 1 | 51 | - | 8 |
| Roraima | 45 | 0,3 | 10 | 18 | - | 14 | - | 3 |
| Tocantins | 326 | 2,1 | 135 | 29 | - | 132 | - | 30 |
| Sudeste | 3.649 | 23,9 | 925 | 584 | 162 | 1.715 | 15 | 248 |
| Espírito Santo | 358 | 2,3 | 121 | 60 | 16 | 152 | - | 9 |
| Minas Gerais | 792 | 5,2 | 270 | 98 | 31 | 294 | 1 | 98 |
| Rio de Janeiro | 1.123 | 7,3 | 343 | 271 | 18 | 417 | 1 | 73 |
| São Paulo | 1.376 | 9,0 | 191 | 155 | 97 | 852 | 13 | 68 |
| Sul | 419 | 2,7 | 38 | 52 | 2 | 286 | - | 41 |
| Paraná | 65 | 0,4 | 1 | 6 | - | 53 | - | 5 |
| Rio Grande do Sul | 322 | 2,1 | 37 | 31 | - | 221 | - | 33 |
| Santa Catarina | 32 | 0,2 | - | 15 | 2 | 12 | - | 3 |
| Brasil | 15.298 | 100 | 2.869 | 3.071 | 339 | 6.790 | 230 | 1.999 |

Fonte: Registro de Eventos em Saúde Pública (RESP-Microcefalia). Dados extraídos em 10/01/2018 às 10h (horário de Brasília).

Importante destacar que dos 15.298 casos investigados até a publicação do relatório, 9.263 são da região nordeste (ou seja, pouco mais de 60%). Se analisarmos apenas os casos já confirmados (3.071 no total), esse índice chega a mais de 65% (2.004 casos já confirmados na região nordeste no período).

Assim, aferimos que as mais atingidas pela epidemia são as mulheres e crianças nordestinas, em sua maioria pobres. (BRITO, 2016). Elas ocupam essa posição de destaque não apenas pelo clima da região nordeste, mas também pela falta de informação, pela falta de condições de arcar com as custas do repelente⁵⁵ e por viverem em áreas com ausência de políticas públicas de saneamento e falta de fiscalização do Estado para coibir os criadouros do mosquito.

Segundo o ex-Procurador Geral da República Rodrigo Janot: “É notório que as maiores vítimas da negligência estatal na prevenção e no combate à epidemia são mulheres pobres e nordestinas”. (BRASIL, 2016).

A falta de saneamento básico é um importante fator na proliferação do mosquito, e por isso, aqueles que vivem em regiões mais pobres, estão mais expostos a infecção.

Importante destacar a posição do médico Antônio Bandeira, um dos primeiros médicos a identificar o zika vírus no Brasil:

se em uma palavra a gente pudesse tentar resumir onde o vírus Zika poderia ser melhor controlado, eu diria no saneamento básico. Hoje, esse mosquito consegue se reproduzir em águas sujas, então, a forma de você trabalhar isso é você melhorar as condições de vida, é você ter esgotamento sanitário em 100% do país. (BRITO, 2016).

Após o susto inicial (2015/2016), de fato os casos da doença reduziram (2017), como demonstra o boletim do Ministério da Saúde com dados atualizados até 10/01/2018 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018):

Tabela 2 – Distribuição das notificações de casos com alterações no crescimento e desenvolvimento possivelmente relacionadas à infecção pelo vírus Zika e outras etiologias infecciosas, segundo classificação final, por ano de notificação, até a Semana Epidemiológica 52/2017, 2015-2017

| Classificação | Ano de notificação | | | | | |
|-----------------|--------------------|------------|--------------|------------|--------------|------------|
| | 2015 | | 2016 | | 2017 | |
| | n | % | n | % | n | % |
| Em investigação | 254 | 6,2 | 1.365 | 15,9 | 1.250 | 48,5 |
| Confirmado | 967 | 23,5 | 1.869 | 21,7 | 235 | 9,1 |
| Provável | 47 | 1,1 | 152 | 1,8 | 140 | 5,4 |
| Descartado | 2.276 | 55,2 | 3.856 | 44,8 | 658 | 25,5 |
| Inconclusivo | 95 | 2,3 | 120 | 1,4 | 15 | 0,6 |
| Excluído | 481 | 11,7 | 1.237 | 14,4 | 281 | 10,9 |
| Total | 4.120 | 100 | 8.599 | 100 | 2.579 | 100 |

Fonte: Registro de Eventos em Saúde Pública (RESP-Microcefalia). Dados extraídos em 10/01/2018 às 10h (horário de Brasília).

⁵⁵ Hoje, precariamente fornecido nos postos de saúde para mulheres grávidas.

Essa discussão inicial é importante para entendermos que a proliferação do *aedes aegypti*, assim como o aumento do número de crianças nascendo com microcefalia, decorre diretamente de uma omissão do Estado em realizar dentre outros, seu dever de promover o saneamento básico e a saúde.

Percebendo a existência da omissão do Estado, não podemos afastar o dever de indenizar. Importante o direito caminhar no sentido de tentar atenuar as mazelas sociais, para que de alguma forma, busque amenizar a dor e sofrimento dos cidadãos que são vítimas diárias da omissão do Estado em suas mais variadas formas.

Diante disso, importante, compreendermos, mesmo que singelamente, o que vem ocorrendo com as “mães e filhos da zika”.

Essas mães, em sua maioria mulheres pobres e nordestinas, desde a contaminação pelo vírus da zika, foram obrigadas a viver suas vidas em perspectivas diferentes. Muitas reportagens jornalísticas já se dispuseram a falar sobre a vida dessas mulheres e dessas crianças. (BRITO, 2016). Essas mães têm sido abandonadas à própria sorte. Os relatos chocam.

Muitas relatam que tiveram que parar de trabalhar para se dedicar aos cuidados da criança acometida pela microcefalia, passando a enfrentar uma rotina exaustiva em busca de tratamento, muitas vezes sem sucesso.

A omissão do Estado no controle de um mosquito causou tudo isso.

Diversos princípios e preceitos constitucionais foram feridos, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da isonomia e preceitos como o direito à prevenção de doenças, proteção à infância e maternidade, dentre outros.

Importante destacar trecho de reportagem publicado pela Empresa Brasil de Comunicação:

Em Pernambuco, estado mais afetado, dados da Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social corroboram a impressão inicial. Até outubro de 2016, dos 392 casos confirmados de bebês com microcefalia no estado, 223 são filhos de famílias vinculadas ao Cadastro Único de benefícios sociais. Ou seja, 57,3% deles são filhos de famílias que ganham até R\$ 85 por mês e recebem o Bolsa Família. Cerca de 70% das mães dessas crianças são jovens de 14 a 29 anos, 77% são negras e 89% estariam aptas a receber o Benefício de Prestação Continuada (BPC), concedido pelo INSS a idosos ou pessoas portadoras de alguma deficiência e que ganham menos de um quarto do

salário-mínimo por mês, o que equivalente a R\$ 220. (BRITO, 2016).

Inicialmente, pode não parecer, mas estamos diante de uma briga necessária na esfera previdenciária.

PROTEÇÃO SOCIAL ÀS “MÃES E FILHOS” DA ZIKA

Desde que a epidemia pelo zika vírus chegou ao Brasil, a preocupação com as famílias que tiveram seus filhos acometidos com a microcefalia começou.

Era evidente que, de alguma forma, o Estado precisava auxiliar financeiramente essas famílias.

Em 27 de junho de 2016, a lei nº 13.301/2016 foi publicada prevendo em seu art. 18, p. 3 a dilação do prazo de licença maternidade (ampliando para 180 dias) para as mães que tiveram filhos com microcefalia devido a contaminação pelo vírus da zika, garantido o recebimento do salário maternidade nesse período. (BRASIL, 2016).

O art. 18 da lei nº 13.301/2016 também dispõe sobre benefício a ser concedido pelo prazo de 3 (três) anos para a criança vítima de microcefalia. Importante destacar, que esse artigo se refere a concessão de benefício previsto no art. 20 do LOAS (lei nº 8.742/1993).

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 203, V, garante o direito ao recebimento do valor de um salário mínimo mensal ao idoso e à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover seu próprio sustento nem de tê-lo provida por sua família. (BRASIL, 1988).

Em 1993, a lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS) foi publicada para definir os parâmetros para a concessão do benefício previsto no art. 203, V, da CF/1988. O LOAS passou por substanciais alterações ao longo dos anos. Atualmente, para a concessão do benefício de prestação continuada, o LOAS entende como idoso aquele com idade mínima de 65 anos⁵⁶ e como 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

⁵⁶ Conforme o Estatuto do Idoso. (BRASIL, 2003).

peças”⁵⁷, considerando impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos por mais de 2 (dois) anos.

A lei nº 8.742/1993 (LOAS) não traz critério de idade para que a pessoa com deficiência venha a receber o benefício de prestação continuada, logo, até mesmo o recém-nascido, enquadrado nos critérios para concessão do benefício, pode requerer. (BRASIL, 1993).

A Constituição Federal indica outro critério para o recebimento do benefício, que é a falta de condição de prover o próprio sustento ou tê-lo provido por sua família (art. 203, V, da CF/1988). O LOAS, define no art. 20, p. 3º que: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”. (1988). Para além da discussão da constitucionalidade ou não da renda per capita trazida pela lei nº 8.742/1993 como critério para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, fato é, que o INSS adota qual requisito como parâmetro para a análise da concessão do benefício. (BRASIL, 1993).

Assim, quando a lei nº 13.301/2016 em seu art. 18 concede benefício de prestação continuada às vítimas de microcefalia causadas pelo zika vírus nos moldes do art. 20 da lei nº 8.742/1993, ela está limitando a concessão do benefício apenas às famílias com renda per capita de 1/4 de salário mínimo.

Tal prestação é equivocada, por vários motivos: por limitar o valor do benefício a um salário mínimo, restringir seu prazo a 3 (três) anos e por ter como requisito a renda per capita familiar de 1/4 do salário mínimo.

A limitação de três anos para a concessão do benefício previsto na lei nº 13.301/2016 parece incoerente, visto que, a microcefalia, se enquadra nos casos de deficiência previstos no art. 20, p.2º, da lei nº 8.742/1993 e no art. 2º da lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com deficiência), assim, com base nesse critério, seu benefício não deveria ter o limitador de três anos, deveria na verdade, perdurar enquanto a situação de miserabilidade e deficiência persistissem, como ocorre com os demais benefícios concedidos com base na lei nº 8.742/1993.

O veto presidencial ao p.1º do art. 18 da lei nº 13.301/2016, expressou que, o critério de miserabilidade previsto nesse artigo, deveria ser o mesmo da lei nº 8.742/1993 e ainda reconheceu que as crianças com microcefalia, tem direito ao

⁵⁷ Redação atual do Art. 20, p. 2, da Lei 8.742/93 dada pela Lei 13.146/15. (Estatuto da Pessoa com deficiência).

benefício de prestação continuada nos moldes dessa mesma lei, porém, deixou de vetar o prazo limitador de 3 anos, previsto no caput desse artigo. (BRASIL, 2016).

O risco maior, é essas crianças terem o benefício cessado pelo decurso do prazo de 3 anos, nos moldes da lei n° 13.301/2016, quando na verdade, existe condição mais favorável na lei n° 8.742/1993.

A lei n° 13.301/2016 é um dos objetos da ADI 5.581 impetrada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep). Na ADI, dentre outras coisas, é questionada a exigência de comprovação de miserabilidade para a concessão do benefício. A ADI está concluída ao Relator desde julho de 2017. (BRASIL, 2016).

A ADI 5.581 presume inconstitucional a previsão do art. 18, p. 2 da lei n° 13.301/16 que aponta que o benefício assistencial não deverá ser concedido durante a licença maternidade. (BRASIL, 2016).

Acertada essa posição, uma vez que tanto a natureza, quanto o destinatário dos benefícios são diversos. Enquanto o salário maternidade tem a mãe como beneficiária e visa suprir o não recebimento de salário no período de afastamento do trabalho, o benefício previsto no art. 18 tem como destinatário a criança acometida com microcefalia e deveria ter natureza indenizatória.

Para além disso, a previsão do Art. 18, p. 2°, da lei n° 13.301/2016 viola diversos princípios constitucionais como a promoção e integração à vida comunitária da pessoa com deficiência (art. 203, IV, CF/88); a dignidade dessas crianças e a proteção da criança e da família (203, I, CF/88).

Importante também destacar a inconstitucionalidade da exigência de renda per capita de 1/4 do salário mínimo para a concessão do benefício, visto que, assim como nos casos de concessão do benefício da síndrome da talidomida, esse também deveria ser um benefício indenizatório sem limitador de renda familiar, uma vez que, muitas dessas crianças podem vir a não conseguir desenvolver economia própria.

A vulnerabilidade financeira das famílias com crianças acometidas pela microcefalia é notória, onde os cuidados especiais que essas crianças necessitam, acaba por forçar um cuidado fora do comum da família, o que por vezes, faz que um de seus membros, em geral as mulheres, parem de laborar, para se dedicar aos cuidados do filho.

Atualmente, alguns projetos de lei, estão tramitando no sentido de conceder benefícios de pensão mensal às pessoas diagnosticadas com microcefalia causada

pelo vírus da zika, como por exemplo, o PL do Senado n° 452/2017; PL do Senado n° 255/2016 e PL do Senado n° 88/2016. (BRASIL, 2016).

O PL 452/2017, por exemplo, busca conceder benefício vitalício, mensal e indenizatório em valor a ser calculado em função da gravidade da doença. Esse projeto de lei que tramita no senado, está aguardando análise pela Comissão de Assuntos Econômicos afim de verificar o impacto financeiro da implementação dessa lei.

Na justificativa do PL 452/2017, o autor deixa claro o caráter indenizatório do benefício devido a ineficiência do Estado no combate ao mosquito *Aedes aegypti*. O projeto prevê que o recebimento dessa pensão especial, não irá prejudicar o recebimento de outros benefícios assistenciais ou previdenciários. (BRASIL, 2018). O PL designa que caberá ao INSS o processamento, manutenção e pagamento do benefício. Já seu custeio, virá do Tesouro Nacional em conta orçamentária específica do Ministério do Desenvolvimento Social.

A proposta, porém, peca em prever a limitação de renda familiar para a concessão do benefício.

O CASO DA TALIDOMIDA

A legislação brasileira prevê alguns benefícios atípicos, administrados pelo INSS, como exemplo, a pensão concedida aos ex-combatentes, aos seringueiros, as vítimas fatais de hepatite tóxica, aos anistiados, aos afetados pela síndrome da talidomida etc. (SANTOS, 2016).

Destacamos aqui o caso da síndrome da talidomida devido às semelhanças com os casos de microcefalia causadas pelo vírus da zika.

A talidomida é um medicamento que era consumido por grávidas na década de 60 para evitar os enjoos típicos da gravidez.

O medicamento foi desenvolvido na Alemanha em 1954. Em 1960 foram descobertos os efeitos na malformação do feto causados pelo uso do remédio, o medicamento ocasionava o encurtamento dos seus membros. (IBRAHIM, 2015).

O Brasil, porém, proibiu a comercialização do remédio de forma tardia, por volta de 1965. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PORTADORES DA SÍNDROME DE TALIDOMIDA, 2007). A demora do Estado em proibir a circulação do medicamento em

território nacional, propiciou que mulheres gestantes fizessem uso do medicamento, causando essa malformação em seus filhos.

Em 1982, as crianças que nasceram com malformação congênita em decorrência do uso da talidomida por suas genitoras passaram a ter direito a uma pensão especial vitalícia. (BRASIL, 1982). O benefício tem natureza indenizatória, podendo assim ser cumulado com outros benefícios previdenciários, exceto aqueles decorrentes da mesma lesão. Também devido a sua natureza, sobre o benefício não incide imposto de renda. (SANTOS, 2019).

Segundo Ibrahim (2018):

Dada a natureza indenizatória, a Pensão Especial aos Deficientes Físicos da Síndrome da Talidomida é inacumulável com qualquer rendimento, com indenização por danos físicos, com os benefícios assistenciais da LOAS ou com renda mensal vitalícia que, a qualquer título, venha a ser paga pela União; é acumulável, porém, com outro benefício do RGPS ou de qualquer outro regime.

A pensão vitalícia variava de meio a quatro salários mínimos de acordo com o grau de deformação gerado pela talidomida e pelo grau de dificuldades enfrentadas por essas pessoas: alimentação, higiene, deambulação e incapacidade para o trabalho. Posteriormente, a lei nº 10.877/2004 vem regular hipótese de majoração do benefício à depender da idade, sexo e tempo de contribuição. (IBRAHIM, 2018).

A MP nº 2.187-13/2001 em seu art. 13, acrescenta o p. 2º no art. 3º da lei nº 7.070/1982, visando tutelar o direito à majoração de 25% para aquele que, afetado pela síndrome da talidomida, tenha mais de 35 anos e necessite de assistência permanente.

Diversas foram as ações contra o Estado pleiteando indenizações por danos morais para as vítimas da talidomida devido a negligência do Estado em suspender o uso do medicamento no Brasil. As constantes perdas na esfera judicial, fizeram com que em 2010 fosse aprovada uma lei prevendo uma indenização por danos morais às pessoas afetadas pela síndrome (lei nº 12.190/10). (SANTOS, 2016). O valor da indenização é fixo em R\$ 50.000 multiplicado pelos pontos indicadores da doença e o grau de dependência que resulta da deformidade física.

A pensão vitalícia da talidomida é paga pela União, tendo como gestor o INSS.

CONCLUSÃO

Evidente a semelhança entre os casos de malformação congênita devido a síndrome da talidomida e a microcefalia causada pelo vírus da zika. Em ambos os casos, estamos diante de uma negligência do Estado que gerou consequências graves para muitas famílias brasileiras.

A omissão do Estado em adotar medidas necessárias para evitar danos à população é suficiente para gerar o dever de indenizar. Não pode o Estado se escusar de sua responsabilidade. Nas duas situações, não estamos falando de dano causado mediante a uma impossibilidade estatal de atuação, muito pelo contrário, em ambos estamos diante de casos de negligência.

Como corretamente exposto na justificativa do PL n° 452/2017:

ocorre que a erradicação deste mosquito, o *Aedes aegypti*, já era devida pelo Estado à cidadania há muitos anos, em razão das suas consequências danosas à saúde pública, principalmente em razão da dengue. Não se tratava e nem se trata, nem à época nem hoje, de obrigação para cujo cumprimento o Estado não disponha dos meios necessários. E mesmo que a cidadania possa ser chamada a dividir a responsabilidade com o Estado (por não fazer a parte “privada” do combate à proliferação do mosquito *Aedes aegypti*), ainda assim este deverá arcar com alguma responsabilidade. (BRASIL, 2017).

O legislador não pode se abster de sua responsabilidade de zelar pela reparação dos danos causados às crianças que contraíram zika devido à omissão do Estado, devendo propor benefícios mais próximos à pensão especial da síndrome da talidomida. Em ambos os casos, as crianças que sofreram os efeitos de tais negligências tiveram danos permanentes. Porém, enquanto temos acertadamente para os afetados pela síndrome da talidomida uma pensão vitalícia, para os que sofrem de microcefalia foi concedido apenas um benefício assistencial de 3 (três) anos. Essas crianças necessitam de um suporte financeiro vitalício para garantir sua dignidade.

Importante destacar, que mesmo que os afetados pela microcefalia façam jus a uma pensão sem prazo pré-determinado através do LOAS, os critérios para a concessão desse benefício, como a renda familiar per capita de 1/4 do salário mínimo não deveriam ser aplicados aos “filhos da zika”. Em muitos casos, a depender do grau

de dano causado pela doença, essas crianças não conseguirão se inserir no mercado de trabalho e não terão a oportunidade de desenvolver economia própria. Para além disso, muitas mães, em sua maioria pobres e nordestinas, tiveram que deixar seus empregos para se dedicar aos cuidados exigidos pelo menor. Evidente o impacto na renda familiar.

A Lei nº 7.070/1982, que dispõe sobre a pensão especial para os acometidos pela síndrome da talidomida, não requer nenhum requisito de renda familiar para a concessão do benefício, tal condição também não deveria ser aplicada às crianças que sofreram de microcefalia em decorrência da zika.

Parece mais razoável, que para os afetados pela microcefalia devido ao vírus da zika, seja criada uma regulamentação específica para definir um benefício vitalício, indenizatório, concedido como pensão especial em valor a ser determinado de acordo com o grau de deficiência, nos mesmos moldes da pensão especial da síndrome da talidomida.

Ao pensarmos nos benefícios que devem ser disponibilizados aos “filhos da zika”, é necessário fazermos um paralelo com os concedidos aos afetados pela síndrome da talidomida, pois ambos os benefícios decorrem de um único e mesmo motivo: danos permanentes devido a negligência do Estado que atingem fundamentalmente o feto. Assim, importante levar em conta a experiência sobre as necessidades desse menor, em parte, já aprendidas nos casos da talidomida.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PORTADORES DA SÍNDROME DE TALIDOMIDA (ABPST). **O que é talidomida**, 2007. Disponível em: <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Entenda mais sobre o zika: vírus é novo no Brasil e se espalhou rapidamente**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2016/02/entenda-mais-sobre-o-zika-virus-e-novo-no-brasil-e-se-espalhou-rapidamente>, 23 dez. 2017. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. **Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982**. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providencias. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7070.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Lei nº 8.742, de 7 e dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em 05 dez. 2018.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 05 dez. 2018

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016.** Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus **chikungunya** e do vírus da **zika**; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância da Saúde. **Boletim epidemiológico**, Brasília, DF, Presidência da República, v. 9, n. 6, 2018. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/fevereiro/20/2018-003-Final.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Procuradoria-Geral da República. **Parecer do PGR Rodrigo Janot Monteiro de Barros na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581.** Brasília, DF: Presidência da República, 6 set. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgdr/documentos/adi-5-581-df/>. Acesso em: 09 mar. 2018.

_____. **Requerimento da Comissão de Assuntos Econômicos nº 13, de 2018.** Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132634>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. Senado Federal. **Projeto concede pensão vitalícia a vítimas de microcefalia causada pelo vírus zika**, Brasília, DF, 27 dez. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/12/27/projeto-concede-pensao-vitalicia-a-vitimas-de-microcefalia-causada-pelo-virus-zika>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 452, de 2017.** Cria pensão especial aos acometidos por microcefalia causada pelo vírus da zica cujo vetor de transmissão seja o mosquito *Aedes aegypti*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7291673&disposition=inline>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. Congresso Nacional. **Medida Provisória nº 712, de 2016 (Zika Vírus)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/124652>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. **ADI 5581**. Ação direta de inconstitucionalidade. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5037704>. Acesso em 01 mar. 2018.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 255, de 2016**. Concede às pessoas comprovadamente diagnosticadas com microcefalia causada pelo vírus da zica o direito ao recebimento de pensão especial, de caráter mensal e vitalício, em conformidade com as regras que especifica. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126198>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 88, de 2016**. Dispõe sobre a concessão de pensão especial, de caráter indenizatório, mensal, vitalícia e intransferível aos portadores de microcefalia. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125099>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. **Mensagem nº 353, de 27 de junho de 2016**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-353.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRITO, Débora. Documentário Mulheres do Zika. vencedor do 38º Prêmio Vladimir Herzog de Jornalismo. **Youtube**, 28 jul. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nG3IBsxJrY0&index=4&list=PLvMXkb8tWg0j1t7MmCErc3z8ESdcRc1so>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. Epidemia de zika reforçou combate ao Aedes, mas saneamento ainda é problema. **EBC**, Campina Grande, 09 nov. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/epidemia-de-zika-reforcou-combate-ao-aedes-mas-saneamento-ainda-e-problema>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Um ano de zika: as mulheres no centro da epidemia. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/especiais/o-zika-e-mulheres>. **EBC**, Campina Grande, 10 nov. 2016. Acesso em: 20 de fev. 2018.

CASTRO, Fábio de. Zika vírus chegou ao Brasil na Copa das Confederações de 2013, aponta estudo. **Estadão**, São Paulo, 24 mar. 2016. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,-zika-chegou-ao-brasil-na-copa-das-confederacoes--diz-estudo,1847690>. Acesso em: 16 mar. 2018.

GERAQUE, Eduardo. Estudos veem relação entre chegada do zika e torneios realizados no país. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 dez. 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/12/1718430-estudo-ve-relacao-entre-chegada-do-zika-e-eventos-no-pais.shtml>. Acesso em: 03 mar. 2018.

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

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. Editora JusPodivm, 2018.

MATOSO, Filipe. Governo diz que pagará bolsa mensal a famílias de bebês com microcefalia. **G1**, Brasília, DF, 28 jan. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/01/governo-diz-que-pagara-bolsa-mensal-familias-de-bebes-com-microcefalia.html>. Acesso em: 18 mar. 2018.

MENEZES, Maíra. Pesquisa revela prováveis origens do Aedes no Brasil. **Portal FIOCRUZ**, Rio de Janeiro, 11 dez. 2014. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/ioc/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=2250&sid=32>. Acesso em: 23 mar. 2018.

PORTAL G1. Bom Dia Brasil. Só metade da verba para prevenção de dengue foi usada no ano passado: Brasil registra 220 novos casos de dengue por hora. **G1**, Rio de Janeiro, 27 abr. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/04/so-metade-da-verba-para-prevencao-de-dengue-foi-usada-no-ano-passado.html>. Acesso em: 23 mar. 2018.

PORTO, Elisabete. Benefício pelo zika vírus. **Jornal Diário do Grande ABC**, São Paulo, [?] ago. 2016. Disponível em: <https://elisabeteporto.jusbrasil.com.br/artigos/372610054/beneficio-pelo-zika-virus>. Acesso em: 25 de fev. 2018.

PUSTIGLIONE, Marcelo. Medicina do Trabalho e doenças emergentes, reemergentes e negligenciadas: a conduta no caso das febres da dengue, do Chikungunya e do Zika vírus. **Revista Brasileira de Medicina do Trabalho**, v. 14, n. 1, p. 1-12, 2016. Disponível em: http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/rbmt_volume_14_n%C2%BA_1_2842016151247055475.pdf. Acesso em: 03 mar. 2018.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. Pedro Lenza. (Coord). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEIXEIRA, Maria da Glória; BARRETO, Maurício Lima. Porque Devemos, de Novo, Erradicar o Aedes Aegypti. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81231996000100122&script=sci_arttext. Acesso em: 09 mar. 2018.

VITTOR, Amy. De onde vem o Zika e por que ele é um problema no Brasil. **EXAME**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/ciencia/de-onde-vem-o-zika-e-por-que-ele-e-um-problema-no-brasil/>. Acesso em: 25 fev. 2018.

REFLEXO DO CONTRATO INTERMITENTE NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Daniele Domingos Monteiro⁵⁸

Resumo

Este trabalho busca apresentar as alterações ocorridas na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, por meio da Lei 13.467/2017, denominada como *reforma* trabalhista, e a nova modalidade de contrato de trabalho – contrato intermitente. Na análise do contrato intermitente, apontamos os reflexos que essa modalidade contratual provocou no Direito Previdenciário e, para tanto, realizamos um estudo teórico da matéria Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, a Lei 13.467/2017, assim como as alterações impostas pela Medida Provisória 808/2017. O trabalho busca ainda apresentar como se dará a realização das contribuições previdenciárias face a vigência da Lei 13.467/2017, na sua forma original, quais as mudanças promovidas pela Medida Provisória 808/2017, e como se configura a qualidade de segurado no contrato intermitente. Por fim, versamos sobre a concessão dos direitos previdenciários aos empregados intermitentes, analisando alguns benefícios e a insegurança jurídica causada pela *reforma* trabalhista.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Direito do trabalho. Direito previdenciário. Contrato de trabalho intermitente e os benefícios previdenciários.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute as consequências das reformas que os direitos sociais vêm sofrendo ao longo da história.

Recentemente, os direitos trabalhistas sofreram uma drástica mudança pela Lei 13.467/2017, denominada de *reforma* trabalhista, atingindo diretamente o Direito Previdenciário dos trabalhadores, como restará demonstrado.

Iniciaremos com uma abordagem da relação entre Direito do Trabalho e Direito Previdenciário, sendo esses inerentes a mesma área de conhecimento – as relações sociais – demonstrando suas atuações como instrumento de inclusão social e econômica, abordando a evolução desses ramos jurídicos no Brasil e os meios que propiciaram suas expansões.

No segundo momento iremos tratar do contrato de trabalho intermitente, apontando algumas de suas características, como a forma de recolhimento das

⁵⁸ Advogada; Presidente da Comissão de Seguridade Social – OAB Campinas 2016/2018; Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Legale.

contribuições previdenciárias, e a qualidade de segurado em face dessa modalidade contratual de trabalho.

Dando sequência, no terceiro tópico trataremos dos benefícios previdenciários, analisando a qualidade de segurado e a concessão de benefícios frente ao contrato intermitente.

Por fim, fecharemos com indagações sobre as mudanças legislativas inconstitucionais e, como essas, vêm retirando direitos sociais fundamentais da sociedade, afirmando, cada vez mais, os interesses do capital.

RELAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PREVIDENCIÁRIO

O Direito do Trabalho foi o primeiro dos direitos sociais a emergir, e sem dúvida, por sua força expansiva, se tornou o estimulante da construção de tantos outros direitos sociais, entre os quais aqueles que dizem respeito à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. (MARTINEZ, 2017, p. 70).

Na concepção *durkheimiana* podemos compreender o surgimento da previdência social como uma fruição natural da divisão social do trabalho, assim, para Durkheim (2014, p. 40), é a divisão social do trabalho que “[...] mantém junto os agregados sociais dos tipos superiores”.

A tutela dos direitos trabalhistas e previdenciários no eixo global, regional – e também nacional – demonstra a relevância desses direitos como promotores da qualidade de vida dos cidadãos. (TEIXEIRA, 2013, p. 41).

A Constituição Federal de 1988, foi a primeira a utilizar a expressão *Direitos e Garantias Fundamentais* abrangendo diversas espécies de direitos sociais, como o direito do trabalho e previdência social (art. 6º CF). (BRASIL, 1988).

Assim, temos que a nova ordem constitucional possui como fundamentos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Tais fundamentos possuem relação direta com o regime de emprego constitucionalmente protegido, detendo os direitos sociais dos trabalhadores como *status* de direitos fundamentais, inclusive com a característica de vedação ao retrocesso (art. 7º, *caput*, e art. 60, §4º, IV, ambos da Constituição Federal). (BRASIL, 1988).

De acordo com o texto constitucional, o Direito do Trabalho está previsto no rol dos direitos sociais expondo nos artigos 7º ao 11º, os direitos e garantias individuais e coletivas do trabalhador.

Segundo Araújo:

[...] o princípio da proteção ao trabalhador é o mais importante dos princípios do Direito do Trabalho. Configura-se um postulado universal de natureza trabalhista, posto que orientou a criação desse ramo jurídico em todos os países democráticos. (ARAÚJO, 2013, p. 46).

A Constituição Federal traz ainda, a obrigação do cumprimento da função social pela empresa (art. 5º, XXIII e art. 170, III e VII, CF), que deve pautar sua atuação não apenas com vistas a obter lucro, mas também para realizar as funções de maior distribuição de riquezas, diminuindo as desigualdades sociais e promovendo a melhoria da condição social do trabalhador. (BRASIL, 1988).

Já a previdência social, também presente no rol dos direitos sociais, elencados no art. 6º da Constituição Federal, faz parte da seguridade social (art. 194, CF). Como dispõe o art. 201 da Constituição Federal, a previdência social é organizada, sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei. (BRASIL, 1988).

Assim, são as contribuições previdenciárias resultantes do contrato de trabalho, que irão garantir ao trabalhador e seus dependentes o bem-estar como beneficiários individuais da proteção social colimada pelo sistema securitário brasileiro.

O Direito Previdenciário é, portanto, a face correlata e complementar do direito do trabalho, atuando nas situações em que o trabalhador (segurado obrigatório), por conta dos riscos sociais, como: incapacidade para o trabalho, idade avançada, desgaste do tempo de trabalho, desemprego involuntário, encargos familiares, auxílio reclusão ou pensão por morte - (art. 201, I a V da CF), encontra-se impossibilitado de garantir o seu sustento próprio ou familiar. O Direito Previdenciário atua diante do não trabalho e, conseqüentemente, em face da ausência do salário. (TEIXEIRA, 2013, p. 85).

Mas não são todos os trabalhadores que se encontram protegidos pelo Direito do Trabalho, e assim tem garantido os direitos previdenciários. Há um grande número

de trabalhadores que se encontram desprotegidos das garantias do Direito do Trabalho, e conseqüentemente, não contam com a cobertura da previdência social.

Segundo dados da OIT – Organização Internacional do Trabalho, quase um terço da força de humana mundial disponível para o ato laborativo está exercendo trabalhos parciais, precários, temporários ou já vivencia as agruras do não trabalho, do desemprego estrutural. Perambulam pelo mundo, como *prometeus modernos*, à cata de algo para sobreviver. (ANTUNES, 2005, p. 13).

Como aponta Yeung (2017, p. 909), afora a análise política e sociológica, existem, na verdade, dois grupos bastante distintos de trabalhadores no Brasil: os protegidos pelo clube exclusivo, a classe premium, e os não protegidos, os informais ou semi-formais. As estimativas contínuas da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios-IBGE) do 3º trimestre de 2017 mostram que apenas 33,7% dos trabalhadores são cobertos pela CLT⁵⁹. Mesmo desconsiderando os trabalhadores do setor público e os empregadores do cálculo total, ainda assim, os celetistas comporiam apenas 39,7% do total de trabalhadores. Desse modo, é nítido que se trata de uma elite da classe trabalhadora brasileira. O restante é composto, grandemente, por trabalhadores sem carteira assinada, ou trabalhadores por conta própria que, sabemos, são em grande maioria autônomos informais, com rendimento e condições de trabalho também bastante precários. Apenas uma pequena parcela (menos de 5%) dos 60% não celetistas (e não empregados no setor público) são empregadores, que têm condições de renda superiores à da média dos celetistas.

Assim, podemos dizer que no Brasil, a legislação trabalhista, ao longo de toda a sua história, não foi capaz de tratar todas as relações de trabalho, não dando cobertura legal a todos que, de alguma forma, contribuem para economia do país, seja de maneira formal ou informal, excluindo, assim, um número gigante de pessoas da cobertura previdenciária.

Recentemente foi promulgada a Lei 13.476/2017, denominada de *reforma trabalhista*, que impôs profundas modificações na Consolidação das Leis Trabalhistas, alterações essas que repercutem diretamente no direito previdenciário. Uma das

⁵⁹ Dos 104,26 milhões de pessoas acima de 14 anos de idade, na força de trabalho, 33,3 milhões eram empregados no setor privado com carteira de trabalho assinada, mais 29,7% dos 6,2 milhões de trabalhadores domésticos. Descontando os empregados no setor público e os empregadores, havia um total de 88,5 milhões de trabalhadores no Brasil. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2017).

inovações mais polêmicas trazidas pela Lei 13.467/2017, foi o contrato intermitente, o qual está previsto no art. 443, § 3º e 452-A, da CLT. (BRASIL, 2017).

As mudanças legislativas atuais, com o discurso de proteger os desprotegidos do Direito do Trabalho, instituiu uma nova forma de contratação, criando uma nova figura de empregado, o empregado/desempregado, o segurado obrigatório, com direitos previdenciários limitados.

O contrato intermitente, introduzido no ordenamento jurídico-trabalhista pela Lei 13.467/2017 é um exemplo dessa nova forma de precarização, pois, essa modalidade de contrato, além de representar a precarização da relação de trabalho, maquiar o desemprego, validar juridicamente o subemprego, ainda repercute diretamente no Direito Previdenciário, impondo modificações na forma de contribuições e na condição de qualidade de segurado.

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Antes de tratamos especificamente do contrato intermitente, se faz necessário trazer o conceito de empregado e empregador.

A CLT define a figura de empregador em seu art. 2º, dispondo: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. (BRASIL, 1943).

E define a figura do empregado no art. 3º, dispondo: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. (BRASIL, 1943).

De acordo com as definições acima apresentadas, um requisito importante na figura do empregador são *os riscos da atividade econômica* e, para caracterização da figura do empregado é a *não eventualidade*. No entanto, no contrato intermitente, esses requisitos recebem outra conotação, como restará demonstrado ao longo deste trabalho.

A Lei 13.467/2017, em sua forma original, exigia que o contrato intermitente deveria ser celebrado por escrito, contendo especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido

aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, em contrato intermitente ou não. (BRASIL, 2017).

A Medida Provisória – MP 808/2017 promoveu alteração no art. 452-A, dispondo a obrigatoriedade de que o contrato intermitente fosse registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, ainda que previsto acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva. (BRASIL, 2017).

No entanto, devemos considerar que a MP 808/2017 teve sua vigência até o dia 23/04/2017, e assim, não sendo convertida em lei, a Lei 13.467/2017, voltou à sua redação original e, desse modo, não se exige mais que o contrato intermitente seja registrado na CTPS, o que poderá gerar mais insegurança ao trabalhador. (BRASIL, 2017).

Na modalidade de trabalho intermitente, o trabalhador só trabalha e recebe a remuneração quando chamado pela empresa contratante, ou seja, pelo seu empregador, como assim será configurado.

No contrato de trabalho intermitente não há prefixação de jornada de trabalho a ser praticada pelo empregado, podendo assim este ser acionado pelo empregador quando houver a necessidade de seus serviços, ocorrendo alternância entre períodos de prestação de serviço e de inatividade, podendo o empregado ficar inativo por horas, dias ou meses, mas com o contrato de trabalho ativo.

De acordo com a definição do contrato de trabalho intermitente, os riscos da atividade econômica são transferidos para o empregado, e a eventualidade na prestação do serviço não descaracteriza a figura do empregado, prevista no art. 3º da CLT. (BRASIL, 1943).

Assim, há uma ruptura do conceito legal de empregador, ao sujeitar a própria prestação do serviço e a conseqüente a remuneração, a existência de demanda, ou seja, quando o empregador tiver trabalho a oferecer. E não é só, como aponta Furtado:

Além da necessidade de haver demanda pela prestação de serviço, o empregado deverá contar com a boa vontade do empregador para seleciona-lo – de modo absolutamente potestativo – em meio a um numero irrestrito de candidatos sequiosos pela chamada, ou seja, o contrato conterà condição que sujeita a sua execução ao puro arbítrio do contratante, algo que o ordenamento condena (CC, art. 122). (FURTADO, 2017, p. 113).

Há, ainda, ruptura no conceito de empregado, pois a eventualidade baseia-se numa ideia de imprevisibilidade de repetição. Mas a *reforma* coloca o trabalhador

intermitente em uma posição ontológica de incerteza, na qual poderá permanecer por dias, semanas ou meses sem ser convocado, e mesmo assim, manter a essência da relação de emprego, mediante a referência expressa do vocábulo *empregado* repetida em várias oportunidades no texto da lei, sem contudo, alterar a redação do art. 3º da CLT. (FURTADO, 2017).

Essa modalidade de contrato de trabalho fere o art. 7º da Constituição Federal, que instituiu um regime de emprego protegido, que tem como base, dentre outras, a continuidade da relação de trabalho, o que incluiu, certamente, a habitualidade na prestação dos serviços e a segurança do trabalhador de forma ampla. (BRASIL, 1988).

Além de ser contrária ao texto constitucional, o que por si já poderá ser considerada como inconstitucional, tal modalidade contratual contraria a jurisprudência trabalhista já consolidada no sentido de não ser válida a pactuação de jornada de trabalho móvel e variável, como ocorre no trabalho intermitente, fazendo com que o empregado receba apenas as horas trabalhadas, não conseguindo se sobrepor à isso, nem mesmo por meio de convenção ou acordo coletivo. (TST, 7ª T., AIRR 137000-70.2008.5.01.0014; TST, 8ª T., RR 989190016.2005.5.09.0004). (FURTADO, 2018, p.138).

No contrato intermitente não há, também, uma garantia de renda mínima mensal, possibilitando assim que o trabalhador venha auferir renda inferior ao salário mínimo, em flagrante ofensa ao art. 7º VII da Constituição Federal, que garante a todos os empregados, independente de sua condição pessoal, o recebimento do salário mínimo mensal, mesmo para aqueles que auferem remuneração variável. (BRASIL, 1988).

Assim, mantendo a qualidade de empregado, o trabalhador intermitente tem garantido a sua qualidade de segurado obrigatório, conforme art. 11 da Lei 8213/91. Mas essa garantia não lhe é assegurado em sua plenitude, como restará demonstrado. (BRASIL, 1991).

Além das características apontadas, o contrato de trabalho intermitente tem muitas particularidades e, a MP 808/2017, promoveu inúmeras mudanças. Mas como o presente trabalho busca apontar os reflexos do contrato de trabalho intermitente no direito previdenciário, me reservo a analisar somente os pontos pertinentes ao que nos propomos. (BRASIL, 2017).

Passaremos agora a analisar os reflexos do contrato de trabalho no direito previdenciário

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E QUALIDADE DE SEGURADO NO CONTRATO INTERMITENTE

Os beneficiários do Regime Geral da Previdência Social – RGPS – são as pessoas que se encontram abrangidas pelo sistema de cobertura, isto é, as pessoas que podem receber uma prestação previdenciária, sendo assim, são beneficiários os segurados e seus dependentes. (SAVARIS, 2014, p. 470).

A qualidade de segurado (ou de dependente) é o *status* do indivíduo que mantém vínculo jurídico com o RGPS e o torna, em princípio, possível titular das prestações previdenciárias. (SAVARIS, 2014, p. 480). A condição de segurado é o *status* conferido ao indivíduo que se liga diretamente a Previdência Social, mediante um vínculo jurídico denominado filiação.

Conforme art. 11, I da Lei 8.213/91, os empregados são considerados segurados obrigatórios, e sua filiação decorre automaticamente do exercício da atividade remunerada abrangida pelo RGPS. (BRASIL, 1991).

Conforme § 8º do art. 452-A da Lei 13.467/2017, o recolhimento da contribuição previdenciária seria feito com base nos valores pagos no período mensal. Assim era a redação:

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações. (BRASIL, 2017).

O texto do § 8º do art. 452-A, deixa muito vago a situação dos empregados em contrato intermitente quanto a sua cobertura previdenciária, pois como dispõe o conceito de contrato intermitente, esse é pago por hora trabalhada, assim, no final do mês, o empregado poderá receber valor menor que um salário mínimo e, a contribuição previdenciária será no valor menor que um salário mínimo.

Verificando a possibilidade de cobertura de benefícios previdenciários sem a devida fonte de custeio, a MP 808/2017, incluiu no texto da Lei o art. 911 – A, dispondo sobre o recolhimento da contribuição previdenciária nos contratos intermitentes, revogando o § 8º do art. 452, acima citado.

O § 1º do art. 911 – A trazido pela MP 808, embora não trate exclusivamente do trabalhador intermitente, reconhece que esse trabalhador poderá auferir, ao final do mês, um ganho inferior a um salário mínimo. E nos §§ 1º 2º do art. 911-A, afasta do trabalhador intermitente a condição de segurado obrigatório, negando a qualidade jurídica de empregado.

Como defende Souto Maior:

O desespero do governo em retirar o trabalhador intermitente da condição de segurado obrigatório advém do reconhecimento de que esses trabalhadores, que, se levada a efeito a “reforma”, se multiplicarão aos milhões, receberão menos do que um salário mínimo por mês, mas, sendo empregados e, conseqüentemente, segurados obrigatórios, da Previdência Social, terão direito a receber benefícios previdenciários com valor (quando o benefício for destinado a substituir o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho) nunca inferior ao do salário mínimo. (§ 2º do art. 201 da CF). (MAIOR, 2018).

Essa disparidade de milhões de pessoas recebendo menos que o salário mínimo e, tendo o direito de auferir benefícios previdenciários com valor equivalente ao salário mínimo, representa um desequilíbrio pleno da base atuarial da Previdência Social, mesmo se valendo de outros recursos. A proliferação da precarização, aberta pela Lei 13.467/2017, como reconhece a MP 808, gerará uma total falência financeira do sistema previdenciário.

Assim, para se evitar o desequilíbrio nos cofres da Previdência Social, a solução dada pelo Governo foi a de penalizar ainda mais o trabalhador intermitente, tirando-lhe a condição de segurado obrigatório.

Como aponta Maior (2018), nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 911-A da CLT, trazidos pela MP 808, o trabalhador intermitente terá a *faculdade* de efetuar a complementação de sua cota-parte da contribuição da diferença entre o que recebe mensalmente e o valor do salário mínimo, mas se não cumprir essa *faculdade* não terá direito a receber os benefícios e ainda perderá os períodos de carência.

Para entendermos a matemática, temos que, para quatro horas por dia, seis vezes por mês, a empresa oferece salário de R\$ 4,81 por hora. Com essa carga horária, o salário mensal chegaria a R\$ 115,44. Com este valor no contracheque, a contribuição à Previdência paga diretamente pela empresa à Receita seria de R\$ 23,09. A contribuição mínima exigida pelo INSS, porém, é de R\$ 187,40. Para se adequar à regra da Receita, portanto, o empregado precisaria desembolsar

R\$ 164,31. Ou seja, mais que o próprio salário, de R\$ 115,44. Nesse caso, o trabalhador terminaria o mês devendo R\$ 65,03.

Quanto a data de vencimento, a MP 808 não fixou, nem deixou claro qual a alíquota a ser aplicada.

Essa celeuma veio a ser sanada pelo *Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 6, de 24 de novembro de 2017*, da Receita Federal, que estabelece que o valor será calculado mediante a aplicação de 8% sobre a diferença entre a arrecadação recebida e o valor do salário mínimo mensal. Quanto a data, essa restou fixada até o dia 20 do mês seguinte ao da prestação de serviço. (Receita Federal, 2017).

Ainda que se defenda que haverá uma arrecadação sem contraprestação ao trabalhador, e que isso irá gerar maior arrecadação para a Previdência Social, é importante apontar que, o contrato intermitente, traz para os cofres da Previdência Social, uma contribuição menor que a do mínimo legal, podendo, ao longo do tempo repercutir em um déficit aos cofres da Previdência Social. Se considerarmos que os trabalhadores antes do contrato intermitente, recebiam em vez da hora trabalhada, o piso da categoria, e assim a contribuição poderia ser até maior que o salário mínimo, agora no contrato intermitente, a previdência poderá arrecadar valor menor que o mínimo, podendo resultar ao longo do tempo em prejuízos aos cofres da previdência.

Há os que defendem outro ponto de vista, que o contrato intermitente trará para formalidade os trabalhadores que se encontram na informalidade, possibilitando que estes venham a contribuir com a previdência, garantindo assim qualidade de segurado, possibilitando futuramente, o recebimento de benefícios previdenciários.

Como apontado acima, o número de trabalhadores que se encontram na informalidade é gigante, e isso se dá por inúmeros fatores, como os sociais, políticos e econômicos entre outros, que não será discutido nesse trabalho, pois não é nosso objeto.

Esses trabalhadores, estando na informalidade, deverão fazer a contribuição previdenciária individualmente, no percentual de 20% do salário mínimo, não sendo a eles assegurados os direitos trabalhistas, como: 13º salário, FGTS e férias. Para muitos, que se encontram na informalidade, o valor da contribuição se torna onerosa, impossibilitando assim a sua realização, e por esse motivo, acabam não se inserindo na Previdência Social.

Assim, o contrato intermitente, não só irá garantir direitos trabalhistas, como também irá permitir, que esses trabalhadores passem a ser segurados da Previdência

Social. Ainda que a segurança da cobertura previdenciária dependa da sua complementação na contribuição, essa será inferior ao que antes lhe era cobrado, pois, de acordo com o § 1º do art. 911-A da Lei 13.467/17, a sua contribuição será calculada pela diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador, retida pelo empregador, o que na prática será quase sempre de 8%. (BRASIL, 2017).

Desse modo, há os que consideram que o contrato intermitente tem o seu ponto positivo, garantindo aos trabalhadores informais direitos antes não garantidos. Mas há de se ressaltar que o empregador não terá que pagar a sua cota-parte sobre essa complementação, o quem mantém o desequilíbrio atuarial, com novo benefício ao empregador.

E como aponta o jurista Silva (2017, p. 213), “[...] o contrato intermitente, tal como desenhado pela reforma trabalhista de 2017, apresenta-se como um enorme desafio para a inserção desse empregado como segurado da Previdência Social”.

Na leitura de Silva (2017), se o trabalhador intermitente ficar um ano à espera do chamado - prazo máximo seguindo a regra proposta pelo art. 452-D, também fruto da MP 808-, o legislador terá conseguido a proeza de criar um emprego sem salário e sem trabalho. Assim, se ao longo de um ano, o trabalhador intermitente for chamado para trabalhar em 6 meses, com renda de R\$ 400,00 cada mês, ele pode até ser segurado da previdência do ponto de vista formal, filiado ao regime, mas não conseguirá auferir benefício porque passará como inativo. Assim, teremos trabalhadores inseridos formalmente no mercado de trabalho, mas mantidos no rol dos informais para fins previdenciários, ou seja, passaremos a ter uma categoria de empregos formais não segurados pela Previdência.

Pelo pouco já abordado, verifica-se que as normas trazidas pela Lei n. 13.467/2017 em relação à duração do trabalho, contraria o espírito do Direito do Trabalho, sendo regras de interesse unilateral do patrono, com o fim de redução imediata - e desesperada – de custos, sem qualquer equilíbrio ou estudo sobre as consequências das mudanças. (CARRELI, 2017, p. 267).

Como afirma Antunes:

A diminuição dos postos de trabalho efetivos e estáveis não só estão vinculados a um processo mais amplo de precariedade, mas também à afirmação de atividades flexibilizadas e intermitentes, em um contexto que supera o mercado de trabalho

e se impõe como modalidade da vida cotidiana [...]. (ANTUNES, 2005, p. 16).

E, como aponta Eça e Leite:

Valorizar o trabalho não é somente ofertá-lo, mas também protegê-lo. Pouco ou nada adianta dar acesso ao emprego, e não dar condições de mantê-lo. Desemprego é sinal de subemprego – o medo do desemprego gera o subemprego – e a exclusão social. Rotatividade no emprego é reflexo de desvalorização e de precarização da mão de obra e, portanto, do ser humano. (EÇA; LEITE, 2015, p. 32).

Além de representar a precarização das relações de trabalho, o contrato intermitente, como já apontado acima, retira dos trabalhadores, empregados intermitentes a cobertura previdenciária, na medida que dificulta o acesso aos benefícios.

Assim, analisaremos alguns benefícios previdenciários diante da modalidade do contrato intermitente.

Benefícios por incapacidade

Como já apontamos, os reflexos do contrato intermitente no direito previdenciário serão enormes, prejudicando diretamente os empregados que sustentam a qualidade de segurado obrigatório.

Quanto ao recebimento de benefícios por incapacidade laborativa – auxílio-doença, prevê a CLT em seu art. 452-A, § 13º:

Para os fins do disposto neste artigo, o auxílio-doença será devido ao segurado da Previdência Social a partir da data do início da incapacidade, vedada a aplicação do disposto [§ 3º do art. 60 da Lei nº 8.213, de 1991](#). (BRASIL, 1943).

Assim, temos que a Lei 13.467/2017 alterada pela MP 808/2017, além de modificar a regra que era típica do segurado empregado para a percepção do benefício previdenciário, o auxílio-doença, a contar do 16º dia do afastamento da atividade, também veda a aplicação do disposto no §3º do art. 60 da Lei 8213/91.

De acordo com o caput do art. 60, existem dois prazos para início da concessão do auxílio-doença, a depender da condição de segurado de cada

beneficiário. No entanto, a reforma trabalhista modifica a condição de empregado para fins de recebimento do benefício, o auxílio-doença, e o coloca no mesmo critério aos demais segurados do RGPS (empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual). (BRASIL, 2017).

Essa medida visa desonerar o empregador do pagamento integral do segurado do trabalho intermitente, correspondendo, assim, mais um prêmio ao empregador e prejuízo ao empregado.

Concluindo, estando o empregado no exercício da atividade para qual foi convocado, e vindo a necessitar do afastamento por motivo de doença, ou qualquer outro evento que o incapacite para o trabalho, ele terá que aguardar até a realização da perícia médica administrativa, na qual será fixada a data do início da incapacidade, para assim fixar a Data Inicial do Benefício – DIB, e só então iniciar o recebimento do benefício.

O mesmo raciocínio se aplica ao empregado do contrato intermitente que venha sofrer acidente de trabalho, e assim receberá o benefício, o auxílio-doença acidentário – B 91. Apesar dos benefícios possuírem natureza diferente, um sendo de natureza previdenciária outro acidentária, a forma de recebimento é a mesma, e assim, mesmo vítima de acidente de trabalho, ao empregado do contrato intermitente não lhe é assegurado o recebimento dos primeiros 15 dias do afastamento.

Mas há de considerar que a MP 808 tem prazo de vigência até 23/04/2017, e a Lei 13.467/2017, não trata dessa matéria. Assim, voltando à vigência da Lei em sua forma original, temos que a empresa volta a ser responsável pelo pagamento dos primeiros 15 dias do afastamento. Mas ainda assim, poderemos ter trabalhadores afastados sem recebimento do benefício, por conta valor recolhido, ou seja, sem a devida fonte de custeio.

Estabilidade acidentária

O art. 452-D da CLT, também incluído pela MP 808/2017, dispõe que:

Decorrido o prazo de um ano sem qualquer convocação do empregado pelo empregador, contado a partir da data da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente, será

considerado rescindido de pleno direito o contrato de trabalho intermitente. (BRASIL, 2017).

Por outro lado, o art. 118 da Lei 8213/1991, que trata da estabilidade acidentária, assim dispõe:

O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente. (BRASIL, 1991).

De acordo com Martinez (2017, p. 767): “Entende-se por estabilidade a fórmula de proteção caracterizada pela vedação à rescisão por iniciativa patronal. Por meio dela o empregado fica impedido de desligar o empregado, sob pena de ver-se compelido a reintegrá-lo”.

Assim, uma vez vítima de acidente de trabalho, nasce a estabilidade para o empregado do contrato intermitente. Mas uma indagação surge, o que podemos considerar como estabilidade no contrato de trabalho intermitente diante de suas características?

Considerando o que dispõe o art. 452-D acima transcrito, terá o empregado intermitente, vítima de acidente de trabalho, garantia de não ter seu contrato de trabalho rescindido, ainda que no período de 12 meses não venha ser convocado. Mas a garantia não se estende ao pagamento de salário, pois no contrato intermitente, o trabalhador só recebe pelas horas trabalhadas, assim, ainda que em gozo de estabilidade, se não for convocado nada receberá.

Salário maternidade

No que tange salário maternidade, a *reforma* também introduziu mudanças na forma de pagamento do benefício.

O salário maternidade encontra suas regras nos artigos 71 a 73 da Lei 8213/1991, estando previsto nos artigos, a forma, o prazo, o valor e responsabilidade no pagamento de benefício. (BRASIL, 1991).

De acordo com o art. 72, § 1º da Lei 8213/91, o pagamento do salário-maternidade devido a segurada empregada, será de responsabilidade da empresa, que poderá efetuar a compensação com a contribuição previdenciária devida sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

No entanto, a *reforma* trabalhista, por meio do seu art. 452-A, § 14º, incluído pela MP 808/2017, muda essa responsabilidade, e dispõe que o salário maternidade será pago diretamente pela Previdência Social, nos termos do disposto no [§ 3º do art. 72 da Lei nº 8.213, de 1991](#).

Ao vedar a aplicação do §3º do art. 60 da Lei 8213/91, em total absurdo, a *reforma* coloca o empregado, no contrato intermitente, como empregados avulsos, ou de grandes empresas, como as de fast-food, (McDonald's, Bob's, entre outras) por exemplo, como empregados de microempreendedor, isentando esse do pagamento do salário maternidade.

A Lei 13.467/2017, em sua forma original, não tratou dessa matéria, e assim a MP 808/2017 não sendo convertida em Lei, faz com que, a responsabilidade para o pagamento do benefício – salário maternidade volte a ser de responsabilidade da empresa/empregadora. Esse, porém, será mais um benefício que gerará dúvidas quanto a sua concessão, devido a fonte de custeio.

Aposentadoria especial

Outro benefício previdenciário que restou prejudicado pela *reforma* trabalhista, foi a aposentadoria especial.

De acordo com a redação atual do art. 57 da Lei 8213/1991, a aposentadoria especial será devida ao segurado que trabalhar exposto a condições nocivas à saúde ou a integridade física. A comprovação da atividade especial, porém, será gravemente atingida e dificultada.

Como já apresentamos, no contrato intermitente, o trabalhador só receberá pelas horas efetivamente trabalhadas, e ainda poderá ficar dias, semanas ou meses em inatividade. Diante dessa característica do contrato intermitente, temos que a exposição a agentes físicos, biológicos, ou em atividade perigosa ou penosa será apenas por horas, estando assim presente o evento da eventualidade.

Um dos pontos mais debatidos pelo INSS nas ações que versam sobre atividade especial é a habitualidade e permanência da atividade. O contrato de trabalho intermitente dificulta a caracterização da habitualidade e permanência, pois não há habitualidade na prestação do serviço, sendo que o trabalhador poderá ser chamado apenas um dia da semana, ou até do mês, dependendo da demanda da empresa. E, mesmo a permanência, ainda que considerarmos que essa é inerente a atividade, também será por algumas horas no decorrer de um dia, uma semana, ou até mesmo de um mês.

Assim, ao imaginarmos o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP de um trabalhador intermitente, a indicação do período da atividade especial deverá ser pela hora trabalhada, dificultando a caracterização da atividade especial e, conseqüentemente, a concessão do benefício.

Pensão por morte

O benefício de pensão por morte, está previsto nos arts. 74 a 79, da Lei 8213/1991, sendo pago aos dependentes do segurado.

Um dos requisitos para o pagamento dos benefícios – pensão por morte, além da comprovação de dependência, é a constatação de que o *de cujus* encontrava-se no gozo da qualidade de segurado na data do óbito.

Assim, considerando o que dispõe do art. 911-A, §§ 1º e 2º, quanto a complementação da contribuição previdenciária por parte do empregado, uma vez não sendo realizada, não terá o trabalhador garantido a sua qualidade de segurado, inviabilizando a concessão do benefício – pensão por morte aos seus dependentes.

E, perdendo a vigência a MP 808/2017, que introduziu o art. 911-A, §§ 1º e 2º na CLT, voltamos a indagação: terá o trabalhador intermitente garantido a sua qualidade de segurado, mesmo com contribuição a abaixo do mínimo legal? Ou teremos a possibilidade de concessão do benefício sem a devida fonte de custeio?

Auxílio-reclusão

O benefício do auxílio-reclusão está previsto no art. 80 da Lei 8213/1991, também é um benefício pago aos dependentes do segurado.

O mesmo raciocínio aplicado a pensão por morte usaremos para o benefício de auxílio-reclusão, ou seja, ocorrendo a reclusão do empregado no período de execução da atividade, terão seus dependentes o direito ao benefício?

Outra situação a ser analisada é a do período de inatividade. Como já apontamos, no contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não é considerado a disposição da empresa, portanto, não remunerado, mas ainda assim será mantido o contrato de trabalho, e dessa forma mantido a figura do empregado, e assim segurado obrigatório, nos termos do art. 11 da Lei 8213/1991.

Considerando que o empregado venha ser recluso no período da inatividade, e assim com renda zero, gerará o direito aos seus dependentes ao benefício – auxílio-reclusão?

Um dos problemas a serem trabalhados, após a vigência da Lei 13.467/2017, seja na sua forma original ou na vigência da MP 808, será a *qualidade de segurado*, pois de acordo com o art. 11 da Lei 8213/1991, o empregado é considerado segurado obrigatório, recebendo cobertura previdenciária.

Mas há de considerar que, a mudança na CLT acarretará outro grave problema, que é a possibilidade de concessão de benefícios previdenciários sem a devida fonte de custeio, o que em futuro muito próximo ocasionará no tão temerário déficit da previdência.

Seguro-desemprego

O seguro desemprego faz parte do rol de direitos dos trabalhadores, elencados no art. 7º da Constituição Federal, estando previsto no inciso II. O seu fato gerador é o desemprego involuntário, tendo o seguro desemprego a finalidade de garantir ao trabalhador meios de subsistência no período que busca uma nova colocação no mercado de trabalho.

Como já demonstramos no decorrer deste trabalho, o contrato intermitente tem como finalidade maquiar o desemprego, e assim, os trabalhadores contratados por essa nova modalidade de contrato de trabalho, serão excluídos das estatísticas do desemprego, o que pode corroborar com o discurso governamental no que diz respeito a criação de novos postos de trabalho, mas a sua condição será semelhante à do desempregado. (PINTO, 2018, p. 176).

O § 2º do art. 452 – E da CLT, incluído pela MP 808/2017, vem confirmar essa assertiva ao dispor que a extinção do contrato de trabalho intermitente não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

Diante das características do contrato intermitente, que só traz benefícios ao empregador, penalizando o empregado, o interesse na rescisão do contrato de trabalho será, quase que na totalidade, por parte do empregado, o chamado pedido de demissão, que já sabemos que não possibilita a habilitação ao seguro desemprego. Assim, ainda que a redação original da Lei 13.467/2017, não traga disposição de proibição, como trouxe a MP, a qual perde a sua vigência em 23/04/2017, as características do contrato intermitente impossibilitarão a habilitação do empregado no seguro desemprego, o impossibilitando de cumprir as exigências necessárias para o recebimento do benefício.

CONCLUSÕES

Como podemos verificar pelos pontos abordados no presente trabalho, a reforma trabalhista promove uma profunda alteração na Consolidação das Leis do Trabalho, contendo disposições contrárias à Constituição Federal e outras regras e princípios jurídicos construídos há décadas, podendo ser compreendida como fenômeno de intensa precarização das relações de trabalho.

Vai na contramão da missão constitucional de reduzir a desigualdade, promover o bem comum, respeitar e assegurar a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, promovendo um verdadeiro retrocesso social.

Há quem defenda que a *reforma*, introduzida pela Lei 13.467/2017, era necessária, pois a CLT já não atendia aos anseios da sociedade. No entanto, esse é um argumento falacioso, pois ao longo do tempo, se tem demonstrado uma resistência histórica na aplicação dos direitos sociais, contribuindo assim para a desigualdade social e exploração da mão-de-obra, impondo uma ilusão de liberdade, livre para negociar o inegociável.

É importante ressaltar que a MP 808/2017, que complementou as alterações na CLT, promovida pela Lei 13.467/2017, teve sua vigência prorrogada por mais 60 dias, e assim vigente até 23/04/2017. Assim, não sendo convertida em Lei, volta a valer o texto original da Lei 13.467/2017, o que irá acarretar, como apontamos, em

uma insegurança jurídica, com empregos formais sem cobertura previdenciária, pois sendo considerado sem contribuição não há concessão de benefícios.

E assim, na medida que se exclui o ser humano da proteção do Direito do Trabalho, automaticamente o exclui da proteção previdenciária, e assim o designa para a proteção assistencial. Assim, ao trabalhador na sua já avançada idade, e sem condições de dar continuidade ao trabalho informal, sendo esse o único meio de ganho, só resta recorrer ao benefício assistencial, como meio de sobrevivência.

Opera-se com isso, frustração da finalidade dos benefícios previdenciários, que é a de propiciar meios de subsistência para as pessoas previamente definidas, quando deflagradas da proteção social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha**: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis Trabalhistas. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm. Acesso em: 18 mar. 2018.

_____. Receita Federal. **Ato declaratório interpretativo RFB Nº 6, de novembro de 2017**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=88247&visao=a> notado. Acesso em 4 dez. 2018.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Tempo à disposição é todo tempo a disposição. *In*: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (orgs.). **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 267-280.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. Reforma Trabalhista e o trabalho intermitente: tiro de misericórdia na classe trabalhadora. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD). Brasília, DF: IBGE, 2017. Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default.shtm. Acesso em: 18 fev. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. (Coord.). **Direito material e processual do Trabalho: na perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Trabalhador intermitente, desempregado permanente**. 19 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/trabalhador-intermitente-desempregado-permanente>. Acesso 18 mar. 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAIS, Océlio de Jesus Carneiro. **Competência da Justiça Federal do Trabalho e a efetividade do direito fundamental à previdência**. São Paulo: LTr, 2014.

PINTO, Maria Cecília Alves. A regulamentação do trabalho intermitente: Impactos para o trabalhador e para o mercado de trabalho. *In*: HORTA, Denise Alves et. al. **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – Reforma Trabalhista, principais alterações**. São Paulo: LTr, 2018.

SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 5. ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TEIXEIRA, Érica Fernandes. **Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social:** clássicos e novos instrumentos de inclusão social e econômica. São Paulo: LTr, 2013.

TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. (orgs.). **Reforma Trabalhista:** visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise Econômica do Direito do Trabalho e da Reforma Trabalhista. (LEI N° 13.467/2017). **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 2, 2017.

O DIREITO À APOSENTADORIA ESPECIAL NA ÁREA DA SAÚDE E A DISCUSSÃO ACERCA DA EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTE NOCIVO E INEFICÁCIA DOS EPIS

Suzaine Aparecida Rosa Fernandes de Mattos⁶⁰

Resumo

Este artigo teve como objetivo examinar como os Tribunais tem se posicionado após a decisão do Supremo Tribunal Federal fixar duas teses acerca do uso de EPIs. Para tanto, através de pesquisa de jurisprudência dos Tribunais, fez-se um comparativo entre as decisões favoráveis e contrárias a respeito do tema, identificando os principais argumentos e qual o alcance dessa decisão para os profissionais da área da saúde, bem como seus efeitos sobre o direito à aposentadoria especial. Verificou-se que, mesmo depois dessa decisão do Supremo, o entendimento que prevalece nos nossos Tribunais é de garantir a aposentadoria especial aos profissionais da área de saúde que estão expostos a agentes nocivos biológicos em seu ambiente de trabalho, principalmente em virtude da dúvida a respeito do uso do EPI em eliminar os riscos de contaminação a que estão sujeitos, impossibilitando sua efetiva neutralização. Ainda, através desta pesquisa, se observou que em muitos julgados, o posicionamento dos julgadores é no sentido de que, havendo comprovação de exposição a agentes biológicos, a simples informação no formulário PPP do uso de EPI, apenas constando a resposta “S”, não descaracteriza a atividade como especial, em face da inexistência de EPI eficaz capaz de neutralizar a sua nocividade.

Palavras-chave: Aposentadoria especial. Agentes biológicos. EPI.

INTRODUÇÃO

Com o objetivo de entender e demonstrar o posicionamento de nossos Tribunais a respeito da exposição efetiva a agente nocivo ou a eficácia dos Equipamentos de Proteção Individual - EPI's pelos profissionais da área da saúde, a partir da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no julgamento do ARE nº 664.335/RS, foram selecionadas várias decisões favoráveis e contrárias a respeito do tema, através de pesquisa de jurisprudência sobre o entendimento dos diversos

⁶⁰ Advogada; formada em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama/PR; pós-graduada em Direito Previdenciário e Processual Previdenciário pela Unicuritiba.

tribunais posteriormente à decisão do STF, para identificar como estão se comportando com essa fixação de entendimento.

Comparou-se os principais argumentos que embasaram as decisões contrárias e favoráveis a respeito do tema, a fim de apontar a tendência das posições encontradas e a possibilidade do direito à aposentadoria especial para os profissionais da área da saúde, especialmente quanto à prova da exposição ou ineficácia dos EPIs.

Ainda, convém destacar que o tema é de extrema importância, pois existe um contingente enorme de profissionais na área da saúde, que por certo estão expostos em seu ambiente de trabalho a condições nocivas à sua saúde e integridade física.

Justifica-se o presente tema até mesmo pelo momento atual com a eminência de alterações substanciais em relação aos direitos previdenciários, através da tentativa de reforma previdenciária, o que mostra a necessidade de discutir a respeito, buscando a proteção previdenciária a esses profissionais, através da garantia do direito constitucional à aposentadoria especial.

BREVE HISTÓRICO

A concessão de aposentadoria especial, garantida constitucionalmente no art. 201, §1º, da CF/88, está prevista atualmente nos art. 57 e 58 da Lei 8.213/1991, com as alterações das Leis 9.032/1995, 9.528/1997 e 9.732/1998, sendo devida ao segurado que, além da carência, tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1988).

O artigo 57, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, estabelecia as condições em que o segurado faria jus ao benefício da aposentadoria especial. No entanto, com a publicação da Lei 9.032, em 29/4/1995, a Lei 8.213/1991 sofreu inúmeras modificações no que se refere à aposentadoria especial, dando nova redação ao art. 57, alterando os §§ 1º ao 4º, criando os §§ 5º e 6º, e alterando também o art. 58.

As principais alterações trazidas pela Lei 9.032/95 encontram-se no art. 57, §§ 3º, 4º e 5º: (a) a necessidade de comprovação, pelo segurado, do tempo de trabalho permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais ou prejudiciais à saúde (art. 57, § 3º); (b) a necessidade de prova da efetiva exposição

do segurado aos agentes prejudiciais à saúde (art. 57, § 4º); e (c) a possibilidade de conversão do tempo especial em comum (art. 57, § 5º).

A partir da vigência da Lei 9.032/1995, não se trata mais de identificar a qual categoria profissional pertence o trabalhador, mas se exerceu atividade, qualquer que seja ela, sujeito a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, pela efetiva exposição a algum agente físico, químico ou biológico, ou combinação destes, constantes de relação definida pelo Poder Executivo (conforme a época, os Decretos nº 53.831/1964, Anexo III, nº 83.080/1979, Anexos I e II, nº 2.172/1997, Anexo IV e nº 3.048/1999, Anexo II, descrevem os agentes químicos, físicos e biológicos definidos pelo Poder Executivo como nocivos à saúde).

Todavia, passou-se a exigir que o segurado comprovasse a efetiva exposição a esses agentes nocivos. Sendo que o Decreto 2.172 de 05.03.1997 introduziu que a comprovação da efetiva exposição do trabalhador a agentes nocivos deveria ser feita através de formulário emitido pelo empregador ou seu preposto, baseado em laudo técnico de condições ambientais de trabalho, expedido por médico ou engenheiro de segurança do trabalho. Todavia, a partir da Medida Provisória 1.523, de 11.10.1996 já fora estabelecida a exigência de laudo técnico.

Importante também a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, ao estabelecer que podem ser utilizados critérios diferenciados para concessão da aposentadoria especial ao segurado que exerce atividades sob condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física, a ser definidos em Lei Complementar. Entretanto, até hoje não há qualquer Lei Complementar nesse sentido.

Em relação à forma de comprovar a exposição a agentes nocivos, a IN INSS 77/2015, em seu artigo 258, relacionou como provas do tempo especial, a Carteira de trabalho e Previdência Social – CTPS acompanhada de um dos seguintes formulários emitidos em época própria: - SB-40, regulamentado pela OS SB 52.5 de 13/08/1979 (emitidos entre 13/08/1979 e 11/10/1995); - DISES BE 5235, regulamentado pela Resolução INSS/PR 58 de 16/09/1991 (emitidos entre 16/09/1991 e 12/10/1995); - DSS-8030, regulamentado pela OS INSS/DSS 518 de 13/10/1995 (emitidos entre 13/10/1995 e 25/10/2000); - DIRBEN-8030, regulamentado pela IN INSS/DC 39 de 26/10/2000 (emitidos entre 26/10/2000 e 31/12/2003); - e o PPP, regulamentado pela IN INSS/DC nº 99/2003 (emitido a partir de 01.01.2004).

Vale ressaltar que o formulário Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP foi instituído pela Lei nº 9.528/97, regulamentado pelo Decreto 4.032, de 26.11.2001, que alterou o Decreto 3.048/1999, cujo formulário passou a ser exigido pela IN INSS/DC nº 99/2003 a partir de 1º de janeiro de 2004.

Assim, em síntese, para períodos de trabalho exercidos até 31.12.2003 a comprovação da exposição a agentes nocivos pode ser feita pelos formulários SB-40, DISES-BE 5235, DSS-8030 e DIRBEN-8030 desde que emitidos em época própria até 31.12.2003. Sendo que a partir de 01.01.2004 o único documento aceito pelo INSS é o PPP.

Porém, o formulário Perfil Profissiográfico Previdenciário- PPP, mesmo sendo um instrumento de comprovação de efetiva exposição a agentes nocivos e como histórico laboral do segurado, desde que elaborado com base em Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho - LTCAT, por vezes, não retrata aquele ambiente extremamente prejudicial à saúde ao qual o trabalhador esteve exposto.

Ainda, o artigo 261 da IN INSS 77/2015 reconhece a possibilidade, nos casos em que o trabalhador não tenha o LTCAT, de apresentar outros laudos técnicos periciais ou um dos seguintes documentos de demonstrações ambientais: Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA; Programa de Gerenciamento de Riscos – PGR; Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção – PCMAT e Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO.

Ainda merecem destaque as normas e a legislação acerca dos Equipamentos de Proteção Individual – EPI's. A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (Lei nº 6.514/1977) dedica o Capítulo V da CLT sobre a regulamentação da medicina e segurança do trabalho.

Já a regulamentação acerca do uso dos Equipamentos de Proteção Individual é estabelecida pelas NR (Normas Regulamentadoras) 6 e 9, do Ministério do Trabalho e Emprego. Assim, a CLT dispõe normas mais gerais, enquanto as NRs esmiúçam cada assunto legal, fixando as regras, condutas e procedimentos esperados nos ambientes laborais.

No tocante ao Equipamento de Proteção Individual – EPI, a Norma Regulamentadora NR 06 define, no campo 6.1 que é “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde do trabalhador”.

De acordo com a NR-6, o EPI – tanto os de fabricação nacional quanto os importados – só poderão ser colocados à venda com a indicação do Certificado de Aprovação (CA). Além disso, a norma diz que a empresa contratante é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao seu trabalho e em perfeito estado de conservação e funcionamento nas seguintes circunstâncias: a) sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais e do trabalho; b) enquanto as medidas de proteção coletiva estiverem sendo implantadas; c) para atender a situações de emergência.

Na legislação previdenciária, a Lei 9.528/1997 alterou o § 2º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91, mencionando pela primeira vez, o uso dos equipamentos de proteção, porém apenas em relação à proteção coletiva. E a partir da Lei nº 9.732/1998, que alterou esse mesmo parágrafo, incluiu que a empresa deverá informar no laudo técnico a existência de tecnologia de proteção coletiva ou **individual**.

De acordo com a IN 77/2015, artigo 279, o posicionamento administrativo, em relação ao uso dos EPI's é de que para períodos anteriores a 03.12.1998 (MP 1.729/98 que foi convertida na Lei nº 9.732/1998) eles não serão considerados para efeito de concessão da aposentadoria especial e, a partir dessa data, se houver informação sobre utilização desses equipamentos nos formulários, não haverá o enquadramento da atividade como especial.

No entanto, a lei apenas prevê que o fornecimento de EPI's é uma obrigação da empresa, como forma de proteção à saúde e integridade física do trabalhador, mas isso não lhe retiraria o direito à aposentadoria especial, cujo benefício é conferido ao segurado sujeito ao risco.

DECISÃO DO STF SOBRE O USO DE EPIS

Na data de 04.12.2014, o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime e importante para o Direito Previdenciário, pacificou o entendimento a respeito da utilização de equipamentos de proteção individual e seus reflexos na configuração do tempo especial, no julgamento do ARE nº 664.335/RS - com repercussão geral reconhecida, através do qual fixou duas teses:

Na primeira que,

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. (STF, 2014).

E na outra tese de que:

na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites 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 a aposentadoria. (STF, 2014).

A Suprema Corte adotou a tese de proteção limitada à eficiência do EPI, entendendo ser a melhor interpretação, pois segundo o Ministro Luiz Fux, em seu voto, ignorar a eficácia do EPI para fins de concessão do benefício aumentaria sua hipótese de incidência, tornando “[...] irrelevante sua própria essência, ou seja, proteger o trabalhador do risco social do trabalho em condições prejudiciais à saúde”.

Assim, o posicionamento do Ministro foi de que a aposentadoria especial deve ser considerada como um benefício excepcional, devendo ser concedida apenas ao trabalhador que efetivamente tenha exercido suas atividades exposto a condições que sejam prejudiciais a saúde ou a integridade física. Porém, no caso do agente nocivo ruído, prevaleceu o entendimento de que inexistente EPI eficaz para afastar todos os danos ao organismo humano, ou seja, não haveria uma proteção efetiva que descaracterizasse a condição especial impedindo a concessão do benefício da aposentadoria especial em relação ao ruído, ainda que no PPP conste a informação do empregador no sentido de que o EPI é eficaz.

Por conta desta decisão do Supremo Tribunal Federal fixando duas teses acerca do uso de EPIs, busca-se identificar quais seus efeitos sobre o direito à aposentadoria especial e o seu alcance para os profissionais da área da saúde, sabidamente expostos a agentes biológicos e químicos.

CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, no ARE nº 664.335, a informação contida no Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP de que se o Equipamento de Proteção Individual - EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade dos agentes,

a concessão da Aposentadoria Especial fica prejudicada; porém, o agente físico ruído, se estiver acima do limite de tolerância, garante a Aposentadoria Especial do trabalhador, mesmo que no PPP conste declaração do empregador de eficácia do EPI.

Diante das duas teses fixadas pelo STF, é relevante trazer o entendimento de alguns doutrinadores a respeito, especialmente sobre a aposentadoria especial. Vejamos:

Wladimir Novaes Martinez entende tratar-se de uma indenização social pela exposição aos agentes nocivos, definindo como:

espécie de aposentadoria por tempo de serviço devida a segurados que, durante 15, 20 ou 25 anos de serviços consecutivos ou não, em uma ou mais empresas, em caráter habitual e permanente, expuseram-se a agentes nocivos físicos, químicos e biológicos, em níveis além do limite de tolerância legal, sem a utilização eficaz do EPI ou em face do EPC insuficiente [...]. (MARTINEZ, 2014, p. 21).

Já na obra de Ladenthin, por outro lado, ela defende a natureza preventiva do benefício, pela qual:

a sujeição do segurado aos agentes prejudiciais à saúde ou à 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. (LADENTHIN, 2016, p. 34).

Maria Helena Calvim Ribeiro relaciona a aposentadoria especial com compensação, cujo benefício: “visa garantir ao segurado do Regime Geral de Previdência Social uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde ou integridade física”. (RIBEIRO, 2016, p. 23).

Mas já o conceito elaborado por Carlos Wagner Dias Ferreira e Jonas Eduardo Gonzalez Lemos define o benefício de aposentadoria especial como sendo:

aquele devido, independentemente, da qualidade de segurado, desde que cumprida a carência exigida, ao empregado, trabalhador avulso e o contribuinte individual, que estejam submetidos a agentes nocivos, durante 15, 20 ou 25 anos, em caráter habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, cujo EPI não apresente capacidade de neutralizá-los, com exceção do ruído, que estando acima do limite da tolerância legal, a eficácia atestada pelo empregador não afasta o direito de aposentação. (FERREIRA; LEMOS, 2017, p. 24)

Assim, seguindo esses conceitos doutrinários, os segurados que trabalham na área da saúde, para obterem o direito à aposentadoria especial, deverão comprovar que estavam submetidos a agentes nocivos durante 25 anos, em caráter habitual e permanente, não ocasional ou intermitente, cujo EPI não seja capaz de neutralizá-los. Indubitavelmente, no seu ambiente de trabalho, esses profissionais estão expostos a agentes nocivos biológicos e químicos.

E, de acordo com a legislação previdenciária, consideram-se agentes biológicos, os “microrganismos”: bactérias, fungos, bacilos, vírus, protozoários, vermes, parasitas, entre outros, que se constituem nos chamados riscos biológicos, ou seja, que tenham a capacidade de causar doenças ou lesões em diversos graus nos seres humanos e que por isso podem ser chamados de patógenos.

A contaminação por agentes biológicos potencialmente patogênicos pode se dar através da pele, mucosas e fluídos corporais, os quais propagam-se pelo ar, água, solo, alimentos ou outros seres vivos contaminados.

Importante destacar que, segundo Adriane Bramante de Castro Ladenthin: “o enquadramento administrativo do agente biológico poderia ser reconhecido como especial até hoje, pois o agente nocivo mencionado encontra-se previsto no Anexo IV, código 3.0.1 “a”, do Decreto 3.048/1999”. (LADENTHIN 2016, p. 245)

Todavia, como leciona Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro:

a atividade exercida pelos médicos e outros profissionais da saúde, em hospitais, ambulatórios e clínicas, trabalhando expostos a agentes biológicos, como vírus e bactérias, e demais agentes nocivos, em qualquer época, é atividade especial. [...] não há como desconhecer que o ambiente hospitalar, e nos demais estabelecimentos de saúde, é insalubre, expondo os trabalhadores, médicos e outros, a riscos

diversos, inclusive riscos químicos, e, especialmente aos riscos biológicos. (RIBEIRO, 2016, p. 401, grifo nosso).

Portanto, os trabalhadores que atuam na área da saúde geralmente têm contato com esses agentes nocivos biológicos, mais especificamente os da área médica, odontológica, de enfermagem, bioquímicos, funcionários de hospitais e de laboratórios de análise E, portanto, se pode concluir que os agentes biológicos são inerentes à prática dessas profissões.

Porém, comprovar a exposição aos agentes nocivos e que os EPIs não apresentem capacidade de neutralizá-los não é tarefa muito fácil, o que tem dificultado o acesso à concessão do benefício da aposentadoria especial, sendo, quase que na maioria dos casos, negado administrativamente.

Por certo que a partir de 01.01.2004 a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos prejudiciais à sua saúde ou à sua integridade física deve ser feita mediante o preenchimento, pela empresa, de formulário próprio, denominado perfil profissiográfico previdenciário – PPP.

Pois bem, não resta dúvida que apenas a informação no PPP de que o EPI é eficaz colocando a letra “S” no campo 15.7 do formulário não é suficiente, sendo necessário comprovar essa eficácia dos equipamentos. Mas de quem é o ônus da prova? O segurado tem a obrigação de apresentar os formulários das condições nocivas a que está exposto, porém cabe ao INSS a prova da eficácia dos EPI's e, se não houver esta comprovação, não é possível descaracterizar a especialidade do tempo de trabalho.

Por isso, justifica-se a importância do presente artigo na busca do posicionamento de nossos Tribunais após a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca do uso de EPI e o alcance da mesma para os profissionais da área da saúde.

OS PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

O entendimento jurisprudencial dominante, para reconhecer como especial, os períodos de trabalho com exposição a agentes nocivos biológicos, ainda que informado no PPP o uso de EPI, refere-se aos riscos de contaminação a que os profissionais da saúde estão sujeitos, impossibilitando sua neutralização, pois nenhum

EPI seria capaz de neutralizar totalmente os efeitos nocivos da exposição a agentes biológicos. Entre os principais argumentos foram relacionados os seguintes:

a) Um argumento bastante utilizado nas decisões é **“que em se tratando de agentes biológicos, não há a necessidade da comprovação da permanência e habitualidade da exposição [...]”**. Este foi o argumento do Ministro Sérgio Kukina, do STJ, Relator no Processo AIRESP 201501569324, DJE de 09.05.2017:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 182/STJ. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. RECONHECIMENTO DE TEMPO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO PACIFICADO DO STJ. [...] e que a parte autora faz jus ao reconhecimento de tempo de serviço especial no período posterior à vigência da Lei n. 9.032/95, por exposição a agentes nocivos biológicos. [...] 2. A Primeira Turma desta Corte, no julgamento do REsp 1.473.155/RS, Relator o Ministro Sérgio Kukina, firmou entendimento no sentido de que o art. 57 da Lei n. 8.213/91, que trata da aposentadoria especial, não faz distinção entre os segurados, estabelecendo como requisito para a concessão do benefício o exercício de atividade sujeita a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador. [...] 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AIRESP 201501569324, SÉRGIO KUKINA, STJ – 1ª TURMA, DJE DATA: 09.05.2017).

Nesse caso se tratava de um dentista, sendo que em trecho do seu voto o Ministro Sérgio Kukina fez referência ao entendimento doutrinário da Dra. Adriane Bramante de Castro Ladenthin:

A propósito, Adriane Bramante de Castro Ladenthin leciona que “Não é necessário que a exposição se dê em toda jornada de trabalho, mas que a permanência ao agente biológico possibilite a contaminação e o prejuízo à saúde do trabalhador” (fl.79). E prosseguindo, conclui a autora que: [...] o reconhecimento da especialidade em relação aos agentes biológicos se dá pela comprovação de exposição a esses agentes qualitativamente, capazes de serem nocivos à saúde, ainda que a exposição não se dê em toda jornada de trabalho em razão da natureza da atividade exercida.

b) para o agente nocivo biológico basta a simples constatação de sua presença (análise qualitativa) para ser caracterizada a nocividade, ou seja, “a intermitência não afasta a especialidade”, reforçando que

a exposição a agentes biológicos não precisa ocorrer durante todas as horas da jornada de trabalho, o fato é que o risco de contágio inerente às atividades desempenhadas – para o qual basta um único contato com o agente infeccioso ou de forma eventual – e, conseqüentemente, o risco permanente de prejuízo à saúde do trabalhador, por certo caracterizam a especialidade do labor.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RESTABELECIMENTO. MÉDICO PLANTONISTA. AGENTES NOCIVOS BIOLÓGICOS. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. 1 [...] 5. Especificamente no caso de agentes biológicos, **a intermitência não afasta a especialidade**. Isso porque, **para haver dano à saúde do trabalhador, basta um único contato com o agente nocivo**. Ainda que a efetiva exposição a agentes biológicos pudesse **não ocorrer durante todas as horas da jornada de trabalho, o fato é que o risco de contágio inerente às atividades desempenhadas - para o qual basta um único contato com o agente infeccioso - e, conseqüentemente, o risco permanente de prejuízo à saúde do trabalhador, por certo caracterizam a especialidade do labor**. [...] O uso efetivo de EPI que comprovadamente reduza ou que anule os efeitos daninhos do agente agressivo à saúde não pode ser ignorado. **O que não se pode admitir é que a desconsideração do tempo especial decorra da mera referência ao uso do equipamento, sem a demonstração efetiva da anulação ou redução dos efeitos daninhos ao nível de normalidade e aceitação**. A desconsideração da insalubridade não pode estar baseada em dados genéricos e inconclusivos. Ademais, **ao segurado compete o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, qual seja, a exposição a agentes agressivos/nocivos/insalubres de forma habitual e permanente e ao INSS (réu) a utilização de EPI com eficácia para anular os efeitos desses agentes, o que não se verificou na hipótese dos autos, onde o INSS não se desincumbiu dessa prova, sendo que o documento (PPP) unilateralmente elaborado pelo empregador não pode ser utilizado para refutar o direito à aposentadoria especial, sob pena de subversão às regras do ônus probatório tal como estabelecidas no CPC**. Isso, sem considerar que a elaboração do PPP e a declaração de eficácia do EPI é feita unilateralmente pelo empregador e com objetivo de obtenção de benesses tributárias, como bem observou o E. Ministro Teori Zavascki, no julgamento da Repercussão Geral em RE nº 664.335/SC. Tal declaração de eficácia na utilização do EPI é elaborada no âmbito da relação tributária existente entre o empregador e o INSS e não deve influir na relação jurídica de direito previdenciário existente entre o segurado e o INSS [...]. (AC 0076417-97.2015.4.02.5101, Relator: MESSOD AZULAY NETO,

TRF2 - 2ª TURMA ESPECIALIZADA, D.P. 11.04.2017, grifo nosso).

b) tendo em conta a tese fixada pelo STF, na hipótese de dúvida quanto à neutralização da nocividade, deve ser priorizado o reconhecimento da especialidade; “pois no caso concreto, o uso de EPI pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submeteu”, ou seja, pode não ser suficiente para descaracterizar a especialidade do tempo de serviço para fins de aposentadoria.

Assim tem entendido tanto o TRF da 4ª Região, como os TRFs das 1ª e 3ª Regiões. Abaixo algumas decisões nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL. AGENTES NOCIVOS. AGENTES BIOLÓGICOS. **EPI. APOSENTADORIA ESPECIAL.**

1. A exposição a agentes biológicos é prejudicial à saúde, ensejando o reconhecimento do tempo de serviço como especial. 2. A exposição a agentes biológicos não precisa ocorrer durante toda a jornada de trabalho, uma vez que basta a existência de algum contato para que haja risco de contração de doenças (EIAC nº 1999.04.01.021460-0, 3ª Seção, Rel. Des. Federal Celso Kipper, DJ de 05-10-2005). 3. **O uso de Equipamento de Proteção Individual - EPI, por si só, não elide os efeitos nocivos de atividade sujeita à exposição a agentes nocivos. No caso, não restou comprovado nos autos o efetivo fornecimento, pelas empresas, do referido dispositivo, tampouco demonstrado o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho. [...]** (Ac. Un. da 6ª Turma do TRF4, APELREEX [5003082-66.2015.404.7117](#), Relator: ARTUR CÉSAR DE SOUZA, DE de 13.09.2017).

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO DE LABOR EXERCIDO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. [...] **Todavia, em caso de dúvida em relação à neutralização da nocividade, assentou que a Administração e o Poder Judiciário devem seguir a premissa do reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial, pois o uso do EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submeteu - destaque-se que se enfatizou, em tal julgamento, que a mera informação da empresa sobre a eficácia do EPI não é suficiente para descaracterizar a especialidade do tempo de serviço para fins de aposentadoria.** (AMS 00063245220164036102, Relator:

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial. DATA: 14.09.2017).

MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. **APOSENTADORIA ESPECIAL**. BENEFÍCIO DEVIDO. REQUISITOS PREENCHIDOS. **ENFERMEIRA**. EXPOSIÇÃO A AGENTES BIOLÓGICOS. SENTENÇA MANTIDA. ... **Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do equipamento protetivo, deve-se privilegiar o reconhecimento do direito ao enquadramento do trabalho como 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.** [...] Não há registro de fornecimento de EPI antes de junho/2002. No período posterior foram fornecidos apenas óculos (CA 10346) e luvas (CA 18846), objetos imprestáveis para eliminar os riscos de contaminação a que os profissionais da saúde estão sujeitos. 8. Para o agente nocivo biológico não há estabelecimento de nível máximo de tolerância pela legislação de regência, bastando a simples constatação de sua presença (análise qualitativa) para ser caracterizada a nocividade. [...] (APELAÇÃO 00093324420114013814, Relatora: Juíza Federal SILVIA ELENA PETRY WIESER, TRF1 - 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE JUIZ DE FORA, e-DJF1 DATA: 06.02.2017).

d) outro argumento importante é que “a mera juntada de PPP referindo a eficácia de EPI é insuficiente para a comprovação da eliminação/neutralização dos agentes insalubres”, pois cabe ao INSS,

[...] realizar a prova da eficácia dos equipamentos de proteção individual, de acordo com o que preconizam os artigos 279 e 680 da IN 77/2015 e item 6.6.1 da NR 6 e por registros de fiscalização ou por laudo pericial elaborado por perito designado pelo juízo.

Este argumento foi ressaltado recentemente no voto do Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no IRDR sobre o EPI (Nº 5054341-77.2016.4.04.0000/SC), aliás, um voto perfeito, que expressa a realidade dos fatos, concluindo com a seguinte tese jurídica: “a mera juntada de PPP referindo a eficácia de EPI é insuficiente para a comprovação da eliminação/neutralização dos agentes insalubres, incumbindo ao INSS, nos termos do art. 373, § 1º, do NCPC, realizar a prova da eficácia dos equipamentos de proteção individual [...]”.

Pertinente transcrever trecho do brilhante voto, citando os ilustres doutrinadores Doutor João Batista Lazzari, Doutor Carlos Alberto Pereira de Castro e Doutora Adriane Bramante de Castro Ladenthin:

Diante do conflito de interesses entre o empregador e o segurado, deve-se trabalhar com a possibilidade de o PPP não condizer com as reais condições de trabalho, o que, por si só, já seria motivo para não reputar as informações sobre EPI nele apostas como absolutas, a ponto de afastar a aposentadoria especial.

Conforme apontam João Batista Lazzari e Carlos Alberto Pereira de Castro:

não basta a simples indicação do fornecimento de EPI eficaz no PPP. Deverão ser produzidas provas dessa eficácia nos termos da Norma Regulamentar nº 06 [...]. O PPP e o LTCAT não podem ser considerados provas suficientes do cumprimento desses requisitos, **pois refletem uma situação estática, ou seja, a verificação em determinado momento. Assim, entendemos que, em juízo, cabe ao INSS demonstrar que houve fiscalização sobre a observância da NR-6** ou diligenciar para buscar junto ao empregador os documentos que comprovem essa realidade. (LAZZARI; CASTRO, 2017, p. 1417, grifo nosso).

Na mesma linha orienta-se Adriane Bramante de Castro Ladenthin:

[...] Não basta informar no PPP que o EPI é eficaz colocando a letra 'S' no campo 15.7 do formulário. É preciso comprovar essa eficácia dos equipamentos, o que, na grande maioria dos casos, não é realizado.

[...] É óbvio que as empresas vão informar no PPP que o EPI era eficaz e que todas essas medidas protetivas foram tomadas, mas isso não é comprovado simplesmente pelo fato de, no preenchimento, constar o 'sim' no formulário. (LADENTHIN, 2016)

Dias e Dias observam que “o receio das consequências jurídicas em razão da confissão no PPP de que o ambiente é (ou era) hostil é o que mais prejudica os segurados na comprovação do exercício da atividade especial”.

É preciso cumprir todas as regras estabelecidas na NR6 para que o EPI seja, de fato, eficaz.

Assim, mesmo que o empregador tenha feito a identificação dos agentes nocivos em laudo técnico elaborado por profissional habilitado, determinando a necessidade de adoção de EPI, e feito a indicação apropriada do equipamento

específico para cada condição com certificado de aprovação técnica (CAT), **ainda não se pode falar em 'uso de EPI eficaz'**.

Por ser de extrema importância, convém destacar a Ementa proferida no julgamento do referido IRDR pela 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria:

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 determinada

situações fáticas, nos termos do voto, dispensam a realização de perícia, porque presumida a ineficácia dos EPI's. (IRDR nº 5054341-77.2016.4.04.0000/SC, Relator: Paulo Afonso Brum Vaz, a 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, em 11.12.2017).

e) reforçando os argumentos anteriores de que

em se tratando de exposição a agentes biológicos, contudo, ainda que ocorra a utilização de EPI, estes não são capazes de elidir, de forma absoluta, o risco proveniente do exercício da atividade com exposição a agentes de natureza infectocontagiosa.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO EXISTENTE. AGREGAR FUNDAMENTOS. APOSENTADORIA ESPECIAL. 1. [...] 5. Apresentada a prova necessária a demonstrar o exercício de atividade sujeita a condições especiais, conforme a legislação vigente na data da prestação do trabalho, deve ser reconhecido o respectivo tempo de serviço. 6. Possível afastar o enquadramento da atividade especial somente quando comprovada a efetiva utilização de equipamentos de proteção individual que elidam a insalubridade. **Em se tratando de exposição a agentes biológicos, contudo, ainda que ocorra a utilização de EPI, estes não são capazes de elidir, de forma absoluta, o risco proveniente do exercício da atividade com exposição a agentes de natureza infecto-contagiosa [...].** (Ac. Un. da 4ª Turma do TRF4, AC 0050451586820154047000/PR, Relator: JOSÉ LUIS LUVIZETTO TERRA, DE 05.04.2017, grifo nosso).

f) negando a existência de EPI eficaz para agentes biológicos, ou seja, “a indicação do uso eficaz de EPI não descaracteriza a especialidade da atividade exposta a agentes biológicos, pois nenhum EPI é capaz de neutralizar totalmente os efeitos nocivos da exposição”.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. LIMITES DE TOLERÂNCIA. UTILIZAÇÃO DE EPI. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO. CONECTÁRIOS LEGAIS. SENTENÇA MANTIDA. 1. 2. **Para o agente nocivo biológico não há estabelecimento de nível máximo de tolerância pela legislação de regência, bastando a simples constatação de sua presença (análise qualitativa) para ser caracterizada a nocividade, bem assim, a exposição não precisa ocorrer**

durante toda a jornada de trabalho, uma vez que suficiente o contato de forma eventual para que haja risco de contração de doenças. Precedente: TRF1, AC 0033166-94.2006.4.01.3800/MG, Rel. JUIZ FEDERAL RODRIGO RIGAMONTE FONSECA, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE MINAS GERAIS, e-DJF1 p.844 de 02/06/2015. 3. **A indicação do uso eficaz de EPI não descaracteriza a especialidade da atividade exposta a agentes biológicos, pois nenhum EPI é capaz de neutralizar totalmente os efeitos nocivos da exposição [...].** (APELAÇÃO 00256317520104013800, Relator: Juiz Federal ALEXANDRE FERREIRA INFANTE VIEIRA, TRF1 - 2ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE MINAS GERAIS, e-DJF1 DATA: 21.08.2017, grifo nosso).

g) no tocante ao uso do EPI,

o entendimento jurisprudencial é no sentido de que este não descaracteriza a especialidade do trabalho, a não ser que comprovada a sua real efetividade por meio de perícia técnica especializada e desde que devidamente demonstrado o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho.

O campo "EPI Eficaz (S/N)" constante no PPP é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não atenuação dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares.

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS BIOLÓGICOS, TAIS COMO, VÍRUS E BACTÉRIAS INFECTOCONTAGIOSAS. CARACTERIZAÇÃO DE ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE TEMPO MÍNIMO EXIGIDO PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL. 1 [...] 3- No caso concreto, ao analisar os documentos acostados aos autos, notadamente às fls. 18/19 e 22/24, verifica-se que a Autora, efetivamente, **esteve exposta a agentes nocivos biológicos, tais como, vírus e bactérias infectocontagiosas, ao efetuar o atendimento dos pacientes no Setor de Raio X, da Maternidade de Vila Velha e do Hospital Antonio Bezerra de Faria, no período de 02.02.1979 a 30.09.2000, fazendo jus ao reconhecimento integral deste período como especial.** [...] 4 [...] 5- Por fim, **quanto à utilização do Equipamento de Proteção Individual - EPI, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que este não descaracteriza a especialidade do trabalho, a não ser que comprovada a sua real efetividade por meio de perícia técnica especializada e desde que devidamente**

demonstrado o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho, o que não restou comprovado nos presentes autos. (REOAC 00070072920134025001, Relator: FLAVIO OLIVEIRA LUCAS, TRF2 - 1ª TURMA ESPECIALIZADA, DP 06.02.2015).

APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. TEMPO ESPECIAL. **MÉDICO**. EXPOSIÇÃO A AGENTES BIOLÓGICOS. RECONHECIMENTO DE LABOR EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. EPI. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DIFERIMENTO. HONORÁRIOS DO ADVOGADO. TUTELA ESPECÍFICA.

1. [...] 4. **O uso de EPI's (equipamentos de proteção), por si só, não basta para afastar o caráter especial das atividades desenvolvidas pelo segurado. Seria necessária uma efetiva demonstração da elisão das consequências nocivas, além de prova da fiscalização do empregador sobre o uso permanente dos dispositivos protetores da saúde do obreiro durante toda a jornada de trabalho.** (Ac. Un. da 5ª Turma do TRF4, AC 5011499-30.2013.404.7003/PR, Relator: RODRIGO KOEHLER RIBEIRO, DE 18.04.2017)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. AGENTES NOCIVOS - BIOLÓGICOS. INEFICÁCIA DO EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. APLICAÇÃO DO POSICIONAMENTO FIRMADO PELO STF NO ARE 664335-SC. IMPROVIMENTO. [...] a) **o segurado esteve sujeito a agentes nocivos biológicos como vírus e bactérias; b) não houve a demonstração da eficácia do Equipamento de Proteção Individual para neutralizar a nocividade dos agentes a que esteve exposto.** Agravo Interno improvido. (AGIVP 00048576820114058200, Relator: Des. Federal Cid Marconi, TRF5 - DJE - Data:14.06.2017).

Estes foram os principais argumentos favoráveis utilizados na maioria dos julgados pesquisados, cujo posicionamento dos vários Tribunais de nosso país demonstra que recepcionaram a decisão do STF apenas em parte, conservando o entendimento anterior no intuito de não deixar de reconhecer como especial, os períodos de trabalho com exposição a agentes nocivos biológicos, ainda que informado no PPP o uso de EPI, aos profissionais da saúde, pois não haveria nenhum EPI eficaz de neutralizar totalmente os riscos.

ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Embora a maioria dos julgados seja favorável ao direito à aposentadoria especial para os profissionais da área da saúde, existem poucas decisões em sentido contrário, cujos argumentos levam em consideração a declaração de eficácia do EPI, seguindo a tese fixada pelo STF.

a) Trata-se especificamente da tese fixada pelo STF, de que será afastada a possibilidade de caracterização da especialidade pela utilização do EPI: “se houver prova de que o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial”.

Nesse sentido a decisão que deixou de considerar como especial a exposição ao agente nocivo biológico pela utilização eficaz do EPI informada no PPP:

EMENTA: Recorre o INSS da sentença, cujo dispositivo é este, em síntese: JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO e julgo extinto o processo, com exame do mérito, nos termos do inciso I do artigo 269 do Código de Processo Civil, para determinar que a parte ré reconheça como especiais os períodos de 18/08/1978 a 15/03/1984, de 01/06/1984 a 20/10/1985 e de 09/06/1991 a 01/06/2011 (DIB), procedendo à sua conversão pelo fator 1,40 e, em consequência, revise o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional à parte autora. O recurso deve ser parcialmente provido. O autor trabalhou na Casa de Saúde Santa Marcelina, como auxiliar de laboratório e técnico de laboratório, exposto a agentes biológicos (vírus, bactérias, fungos e protozoários), de modo habitual e permanente, segundo o PPP. [...] A eficácia do EPI na neutralização dos agentes nocivos - salvo ruído, afasta a natureza especial do trabalho, conforme primeira tese das duas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral. A Turma Nacional de Uniformização – TNU decidiu que, se do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP elaborado com base em laudo técnico consta a informação da eficácia do EPI em neutralizar a nocividade do agente agressivo, não há mais respaldo constitucional para o reconhecimento do tempo especial - salvo em relação ao ruído —, inclusive no caso de exposição a agentes biológicos infecto-contagiantes. (PEDILEF 50479252120114047000, JUIZ

FEDERAL DANIEL MACHADO DA ROCHA, TNU, DOU 05/02/2016). [...] Constando do PPP elaborado com base em laudo técnico a informação acerca da eficácia do EPI em neutralizar a ação do agente agressivo, não cabe a contagem do período como especial a partir de 3/12/1998, data de publicação da Medida Provisória 1.729, convertida na Lei 9.732/1998, que deu nova redação aos §§ 1º e 2º da Lei 8.213/1991. Daí por que até 2/12/1998, mesmo se do PPP constar a eficácia do EPI na neutralização dos agentes agressivos, é possível a conversão do tempo especial em comum. Recurso parcialmente provido para que o período de 3/12/1998 a 1/6/2011 seja contado como tempo de serviço comum e para que as diferenças devidas sejam calculadas com a exclusão desse período na revisão do benefício [...]. (Ac. Un. da 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região – Seção Judiciária de São Paulo, Processo nº 0063390-77.2013.4.03.6301, Relator: Juiz Federal Clécio Braschi. DJ 14.03.2017).

b) da mesma forma, seguindo ainda a tese construída pelo STF, algumas decisões ainda utilizaram o argumento de que não bastava o exercício das funções em ambiente hospitalar, porque nem todos os pacientes seriam portadores de doenças infectocontagiosas:

o fato de trabalhar em ambiente hospitalar não assegura, por si só, o direito ao reconhecimento da especialidade da atividade exercida, pois não expõe o trabalhador à condição excepcional de trabalho. Ademais, se as atividades exercidas incluem realização de tarefas que não expunham o trabalhador à contaminação, uma vez que nem todos os pacientes atendidos são portadores de moléstia infectocontagiosas, capazes de colocar em risco a saúde do mesmo.

Vejamos o julgado da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência - TNU:

CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, APÓS O RECONHECIMENTO DE PERÍODOS ESPECIAIS. A SENTENÇA JULGOU O PEDIDO PROCEDENTE. O ACÓRDÃO DA SEGUNDA TURMA RECURSAL DO PARANÁ DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO INSS, PARA NEGAR RECONHECIMENTO AOS PERÍODOS LABORADOS COMO ELETRICISTA E AUXILIAR DE ELETRICISTA (1977/1998), PORQUE NÃO HAVERIA COMPROVAÇÃO DE EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE, PORQUE ELA SERIA INTERMITENTE. O INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO ALEGOU DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COM A TURMA NACIONAL DE

UNIFORMIZAÇÃO E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PORQUE O EPI EFICAZ NÃO DESCARACTERIZARIA A ESPECIALIDADE DO VÍNCULO, NÃO HAVERIA A NECESSIDADE DE COMPROVAR A PERMANÊNCIA DA EXPOSIÇÃO ATÉ 1995 E HAVERIA JULGAMENTO EXTRA PETITA. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE PROCESSUAL, QUANTO AO ÚLTIMO ARGUMENTO. QUESTÃO DE ORDEM 13. INCIDENTE PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO QUANTO A TAL PARTICULAR. [...] De igual modo, não conheço do incidente, quanto à alegação do EPI eficaz, que não descaracterizaria a especialidade, porque, após o julgamento do Supremo Tribunal Federal, em caráter vinculante, a posição da Turma Nacional de Uniformização modificou-se, verbis: Processo PEDILEF 50479252120114047000 PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL Relator(a) JUIZ FEDERAL DANIEL MACHADO DA ROCHA Sigla do órgão TNU Fonte DOU 05/02/2016 PÁGINAS 221/329 Ementa PEDIDO NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDENCIA. ATIVIDADE COM EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES. FORNECIMENTO DE EPI. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO POSICIONAMENTO DA TNU EM FACE DA DECISÃO DO STF NO ARE N.' 664.3 35 NA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. SE O EPI FOR REALMENTE CAPAZ DE NEUTRALIZAR A NOCIDIDADE, NÃO HÁ MAIS RESPALDO CONSTITUCIONAL AO RECONHECIMENTO DO TEMPO ESPECIAL. SITUAÇÃO PARTICULAR DO RUÍDO. 1 [...] 10. Com base na posição que triunfou no STF, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não há mais respaldo constitucional ao reconhecimento do tempo especial. [...] a) **Perfil Profissiográfico Previdenciário (evento 9 - FORM45 e FORM46) reportando ao exercício da atividade de Atendente de Enfermagem, no setor de Enfermaria, no período de 18/08/1994 a 12/02/2004, junto ao Hospital e Maternidade Santa Izabel S/C Ltda. Consta ainda que havia exposição a agentes biológicos e o uso de EPI eficaz; [...]** O simples fato de trabalhar em ambiente hospitalar não assegura, por si só, à parte autora o direito ao reconhecimento da especialidade da atividade exercida, pois não expõe o trabalhador à condição excepcional de trabalho. Ademais, as atividades exercidas pela autora incluem realização de tarefas que não a expunham a contaminação, uma vez que nem todos os pacientes atendidos são portadores de moléstia infecto-contagiosas, capazes de colocar em risco a saúde da parte autora. [...] a improcedência do pedido é medida que se impõe. Isso porque o uso de EPI eficaz descaracteriza a especialidade a partir de 02/06/98, desde que haja prova técnica confirmando que o uso do EPI's atenua, reduz ou neutraliza a nocividade do agente a limites legais de tolerância [...] No caso, a empresa empregadora avaliou a

nocividade das atividades desenvolvidas pela autora e considerou amenizada a exposição aos agentes biológicos pelo uso efetivo dos Equipamentos de Proteção Individual – EPI’s. É o que se extrai do item 15.7 do PPP apresentado (evento 09, FORM45). [...] 15. Em face de todo o exposto, e nos termos da fundamentação, tenho que o pedido nacional de uniformização de jurisprudência formulado pela parte autora deve ser conhecido e improvido. (PEDILEF 50018833120134047003, Relator: JUIZ FEDERAL LUIS EDUARDO BIANCHI CERQUEIRA, TNU, DOU 18.05.2017, grifo nosso).

COMPARATIVO ENTRE AS DECISÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS

Da análise entre as decisões da pesquisa, verificou-se que o entendimento dos Tribunais e também do Superior Tribunal de Justiça (REsp n.º 462.858/RS, Rel. Min. Paulo Medina, 6.ª T, DJU de 08-05-2003) tem sido no sentido de que apenas a menção genérica de uso de EPI eficaz, como o fornecimento de “apenas óculos e luvas, objetos imprestáveis para eliminar os riscos de contaminação a que os profissionais da saúde estão sujeitos, não são suficientes para descaracterizar a especialidade das atividades que envolvem agentes biológicos”, cuja avaliação deve ser qualitativa, a não ser que comprovada a sua real efetividade e desde que devidamente demonstrado o correto uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho.

Vale dizer que na decisão do STF no ARE 664.335, tratou-se mais especificamente do agente nocivo ruído, através do qual pacificou o entendimento no sentido de que, em limites acima do limite legal, “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 [...]”.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal definiu que apenas não haveria respaldo à aposentadoria especial se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, excluindo o agente nocivo ruído em face da impossibilidade de se constatar a sua real eficácia com a simples informação no PPP.

Observou-se que muitos julgadores tem o entendimento de que no caso de exposição ao risco biológico em ambiente hospitalar não há EPI adequado ou eficaz para neutralizar a sua nocividade.

Inclusive, o Dr. Lazzari (Juiz Federal do TRF da 4ª Região, membro da 3ª Turma Recursal dos JEFs em Florianópolis/SC, Integrante da Turma Nacional de

Uniformização dos JEFs (2013-2015)), em Palestra no XIII Congresso de Direito Previdenciário, ocorrido no Rio de Janeiro, em outubro/2017⁶¹, salientou seu entendimento de que “não existe EPI eficaz para os agentes biológicos”, e, portanto, é devida a aposentadoria especial aos profissionais que comprovem o exercício de suas funções em ambientes ou unidades de atendimento à saúde.

Administrativamente, verifica-se que o próprio Manual para os peritos do INSS confirma não existir EPI eficaz para os agentes biológicos:

Análise Técnica dos Agentes Biológicos: 3.1.5 [...] No entanto, como não há constatação de eficácia de EPI na atenuação desse agente, deve-se reconhecer o período como especial mesmo que conste tal informação, se cumpridas as demais exigências. (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO NACIONAL, 2017, p. 112).

Pois bem, o entendimento jurisprudencial para reconhecer como especial, os períodos de trabalho com exposição a agentes nocivos biológicos, ainda que informado no PPP o uso de EPI (com a resposta “S” apenas), refere-se aos riscos de contaminação a que os profissionais da saúde estão sujeitos, impossibilitando sua efetiva neutralização, o que caracteriza a ineficácia de qualquer EPI nesse sentido.

Portanto, mesmo após a decisão do STF, acerca da utilização de equipamentos de proteção individual e seus reflexos na configuração do tempo especial, constatou-se que em relação à exposição aos agentes biológicos, a maioria dos Tribunais tem entendido que não pode ser desconsiderada a atividade como especial baseando-se apenas em dados genéricos e inconclusivos, sem a efetiva comprovação de que houve a utilização de EPI que fosse capaz de elidir completamente a nocividade da exposição a agentes biológicos aos quais o trabalhador na área da saúde está constantemente sujeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No julgamento do ARE n. 664.335/SC o STF posicionou-se no sentido de que o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão de aposentadoria

⁶¹ Disponível em: <https://www.ibdp.org.br/hotsite/>. Acesso em: 4 dez. 2018.

especial, excluindo tão somente a exposição ao ruído por inexistir EPI eficaz que garantisse uma proteção efetiva aos danos.

Concluiu-se que, mesmo depois dessa decisão do Supremo, é firme o entendimento da maioria dos nossos Tribunais no sentido de garantir a aposentadoria especial aos profissionais da área de saúde expostos a agentes nocivos biológicos em seu ambiente de trabalho, diante da dúvida a respeito da possibilidade do uso do EPI em eliminar os riscos de contaminação a que os profissionais da saúde estão sujeitos.

O posicionamento dos Tribunais manteve-se, ainda, no sentido de que ao segurado compete o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, isto é, a obrigação de provar a exposição a agentes nocivos é do segurado, cabendo ao INSS provar se houve a utilização de EPI com eficácia para anular os efeitos desses agentes, não bastando a simples informação no PPP.

Diante disso, verificou-se que os nossos julgadores têm decidido que o documento PPP unilateralmente elaborado pelo empregador não pode ser utilizado para negar o direito à aposentadoria especial, sob pena de subversão às regras do ônus probatório tal como estabelecidas no CPC.

Portanto, através do presente artigo, pode-se concluir que muitos julgados tem se posicionado no sentido de que não há EPI eficaz para neutralizar os agentes biológicos e, mesmo que conste a informação no PPP sobre o uso de EPI, isto não seria suficiente para desconsiderar como tempo especial aquele período de trabalho exposto a agentes nocivos biológicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 dez. 2018.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). **Manual de direito previdenciário**. 20. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998**. Altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9732.htm. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. **Lei nº 8.123, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos e Benefícios

da Previdência Social e dá outras providências. Brasil, DF: Presidência da República. [1991]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 04 dez 2018.

_____. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995.** Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9032.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

_____. **Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997.** Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9528.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

_____. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015.**

Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 04 dez. 18.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias; LEMOS, Jonas Eduardo Gonzalez.

Aposentadoria Especial em Juízo - Aspectos Controversos de Direito Material e de Processo Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2017.

LANDENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial – Teoria e Prática.** 3. ed. Curitiba: JURUÁ, 2016.

LAZZARI, João Batista *et al.* **Prática processual previdenciária.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2014.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial: regime geral de previdência social.** Curitiba: Juruá, 2016.

O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E A NECESSIDADE DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

Carlos Djalma Silva da Rosa⁶²

Resumo

O presente trabalho tem por escopo discutir a importância da Assistência Social no Brasil em especial em relação à concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada que é uma das principais ações do governo no combate à desigualdade social. Esse benefício que é concedido ao idoso, a partir dos 65 anos de idade, e ao deficiente, que não consegue prover o seu sustento, nem mesmo por sua família; seu valor é de um salário-mínimo nacional. Realizará um Estudo acerca da Assistência Social em relação à sua evolução legislativa. Assim, o presente trabalho abordará sobre o papel dessas políticas no tocante à emancipação social do sujeito, ou seja, que está sendo feito para reabilitar o beneficiário ao mercado de trabalho.

Palavras-chave: Benefício assistencial. Ferramenta importante. Emancipação social.

INTRODUÇÃO

O problema da desigualdade social existe, desde os primórdios da humanidade, ou seja, há de um lado uma classe privilegiada e de outro uma oprimida. Fato social existente desde quando o homem deixou de viver em estado primitivo. É que, a partir do momento em que se constituiu o estado, as classes sociais começaram a surgir, constituindo-se em linhas horizontais, representando cada qual diferentes estratos dentro da sociedade. Essas diferenças fizeram com que uns tivessem mais privilégios que os outros do ponto de vista econômico, político e social. Tais desigualdades acabavam refletindo na falta de acesso a direitos básicos do homem, como o direito a viver em condições dignas. Ocorre que, com a evolução social, foram sendo criados tratados internacionais versando sobre Direitos Humanos que continham normas no sentido de reduzir a desigualdade social, através de prestações estatais dirigidas às pessoas em situação de vulnerabilidade.

No Brasil, não foi diferente, inicialmente, tinha-se uma sociedade escravocrata que era estruturada por uma pirâmide, construída em linhas horizontais, que

⁶² Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2014). Atualmente é professor de Direito Previdenciário.

inviabilizava qualquer possibilidade de ascensão social. Hoje, as políticas públicas envolvendo a Assistência Social têm muita importância em especial as que envolvem a concessão de benefício de natureza pecuniária, no tocante ao combate à desigualdade social no país.

É importante destacar que, com tais programas, houve significativa redução da pobreza e da desigualdade de renda. Conforme estudos realizados em 2004, “[...] houve 20% da queda da desigualdade de renda, medida pelo coeficiente de Gini entre 2001 e 2004”. (ROCHA, 2016)

Desse modo, a Assistência Social é uma grande ferramenta que o Estado tem disponível para integrar pessoas que vivem à margem da sociedade, como, por exemplo, através da concessão de Benefícios Assistenciais. Com isso, o legislador objetivou fazer com que as pessoas tenham acesso ao mínimo existencial, ou seja, capaz de atender as necessidades vitais básicas e as de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte.

Ressalta-se que a Assistência Social é prestada com base no critério da efetiva necessidade e é técnica de proteção social, precedendo a Previdência Social, deflui da solidariedade pessoal, em primeiro lugar, e da social, como exigência do bem-estar comum. Além disso, a necessidade é dado fundamental na vida humana e, por via de consequência, para o Direito Social.

Um traço comum entre tais programas é que não visam só o beneficiário, mas sim toda a família. Possuem uma abordagem a partir de um aspecto multidisciplinar, ou seja, a prestação estatal não se exaure na simples prestação pecuniária, mas há um conjunto de programas envolvidos, programas envolvendo, saúde, educação de todos os membros do grupo familiar, ou seja, são políticas interligadas.

Hoje, a Assistência Social vem prevista, no art. 203, da Constituição Federal de 1988, integrando juntamente com a Previdência Social e a Saúde os três pilares da Seguridade Social, conforme preceitua o citado texto no seu art.194. No caso da Assistência Social, em que pese esteja no rol dos direitos sociais, conforme o art. 6 da Carta Política que prevê a assistência aos desamparados, de forma pecuniária, através do Benefício Assistencial, ela é concedida independente de contribuições. Fato esse que diferencia dos benefícios previdenciários. Por estar prevista neste dispositivo, aquela pertence aos direitos de segunda geração, onde há uma contraprestação recíproca entre o Estado e a sociedade. (BRASIL, 1988)

Ocorre que, embora cumpra grande papel no tocante à redução da desigualdade social, o Benefício de Prestação Continuada, que foi criado pela Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social), sendo concedido ao idoso e ao deficiente, ainda não tem esse cunho emancipatório. É uma política pública que termina com a concessão de um benefício de valor de um salário-mínimo nacional, diferente que os seus irmãos Bolsa-família, Bolsa-escola, que tem essa peculiaridade, no qual são desenvolvidas políticas públicas para tirar os beneficiários da situação de miserabilidade.

Assim, o presente trabalho fará uma evolução histórica sobre Assistencial Social no Brasil. Analisará dados estatísticos sobre os Benefícios Assistenciais, em especial do Benefício de Prestação Continuada que ainda não tem cunho emancipatório. E apresentará alternativas para que o Benefício Assistencial cumpra uma função essa função dentro da sociedade.

É que o presente trabalho parte do pressuposto de que o combate à pobreza e à exclusão social são problemas complexos, envolvendo diversos setores, diferentes áreas do conhecimento e uma ação conjunta entre as três esferas do governo.

DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

Cabe destacar inicialmente que a assistencial social remonta a datas bem pretéritas. Em Roma, ela era materializada, através do *pater familias*, que nada mais era do que a obrigação de prestar assistência aos servos e clientes, em forma de associação, através da contribuição de seus membros. Com isso davam ajuda aos mais necessitados. Também, concedia-se prestação semelhante à aposentadoria aos soldados veteranos, como forma de agradecimento pelos serviços prestados, através de terras ou parcelas monetárias. Na Idade Média, Carlos Magno criou a obrigação de assistência aos pobres. Na Inglaterra, em 1961, foi instituída a Lei dos Pobres que estabeleceu uma contribuição obrigatória arrecada da sociedade e que teria como objetivo a manutenção de um sistema protetivo direcionado em favor dos necessitados. No projeto de “seguro operário” instituído em 1869 pelo Chanceler Otton Vom Bismarck, foi instituída a lei de acidentes de trabalho, o reconhecimento dos sindicatos, o seguro de doença, acidente ou invalidez entre outras. A Igreja Católica através das Encíclicas *Rerum Novarum*, de Leão XIII em 1891 e *Quadragesima Anno*, de Pio XI em 1931, trataram a respeito das condições

das classes trabalhadoras, criando, por exemplo, um pecúlio ao trabalhador com parte economizada de seu salário.

Após, na fase em que foi incorporado nas legislações dos países os direitos de segunda geração, os países começaram a incorporar em seus textos constitucionais os direitos sociais, trabalhistas, econômicos e previdenciários. A percussora foi a Constituição do México de 1917, a qual incluiu no seu texto o seguro social (artigo 123)⁶³. Após a Segunda Guerra Mundial e crise de 1929, teve-se a necessidade de estender a concessão de direitos sociais aos trabalhadores, como uma política pública voltada para o desenvolvimento econômico dos países. Assim, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, houve a criação de um programa de previdência social:

Artigo 22. Todo homem, como membro de sociedade, tem direito à segurança social e a realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Artigo 23. I) todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego a condições justas e favoráveis de trabalho e a proteção contra o desemprego.

[...]

III) Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

[...]

Artigo 25. I) Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Na Inglaterra, surgiu a primeira normatização orgânica acerca da seguridade social nos moldes das atuais, prevendo a implantação do Plano de

⁶³ A Constituição do México de 1917 em seu artigo 123, prevê jornada de oito horas, proibição de trabalho dos menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, jornada máxima noturna de sete horas, proteção à maternidade, salário mínimo, direito de sindicalização e de greve, seguro social e proteção contra acidentes do trabalho.

Beveride, que era universal e uniforme e que tinha por objetivos: a) unificar os seguros sociais existentes; b) estabelecer o princípio da universalidade para que a proteção se estendesse a todos os cidadãos e não apenas aos trabalhadores; c) igualdade de proteção; b) tríplice forma de custeio, porém com predominância do custeio estatal.

Em relação à Assistencial Social no país, é importante ressaltar que a externalização dos custos sociais é que tem permitido a alguns cientistas políticos, historiadores e sociólogos defender que o núcleo histórico do Estado Brasileiro pode ser reconhecido na Alemanha de Bismarck. É nesse período, durante a década de 1880, quando se impulsiona pela primeira vez um grande projeto de seguridade social que se concretiza em três leis: a referente aos seguros sociais e enfermidade (1883), a de acidentes de trabalho (1884), a de invalidez e velhice é nesse período que se tem um salto qualitativo. Pela primeira vez se produz uma ruptura com as formas de beneficiência, privada ou públicas que existiam anteriormente, ruptura que anuncia novo modelo. (SANCHEZ, 2016, p. 264).

No Brasil, até o final da década de 30 do século passado, a Assistência Social estava baseada na caridade, filantropia e na solidariedade religiosa, ou seja, não havia normatização alguma, regulando-a. É que, com a chegada dos imigrantes para trabalharem no país, foram criados albergues públicos para abrigar imigrantes recém chegados. Este fator somando à Revolução de 1930 conduziu a assistencial social para o centro das agendas públicas.

Na era Vargas, foi criada a CLT, surgiram os IAPs, porém o acesso aos benefícios e serviços era condicionado à contribuição, não abarcando os trabalhadores informais. Em 1938, em pleno Estado Novo, nasceu o Conselho Nacional de Serviço Social (Decreto Lei 525), vinculado ao Ministério de Educação e Saúde, o órgão era composto por sete membros que deveriam estar ligados ao Serviço Social, *com o objetivo de opinar sobre questões sociais e subvenções a obras sociais*. “Com a promulgação da LOAS, em 1993, o CNSS foi extinto e substituído pelo atual CNAS”. (VIANA, 2011). Este é o órgão do governo brasileiro, vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, que, atualmente, é o responsável pela coordenação da política nacional de assistência social.

Posteriormente, foi criada a lei da Legião Brasileira de Assistência (LBA), fundada em 28 de agosto de 1942, pela primeira dama, Darcy Vargas, com o objetivo de ajudar as

famílias dos soldados enviados à Segunda Guerra Mundial. Este órgão posteriormente passou a atender aos mais empobrecidos, colocando em prática um sistema assistencial que já existia num plano não governamental. Em 1946, o Brasil passou por um processo de Redemocratização, sob o comando do então presidente Eurico Gaspar Dutra, sendo criada a Constituição de 1946, sendo as políticas públicas descentralizadas para as esferas estaduais e municipais.

A LBA se espalhou pelo país, criando as câmaras municipais, estimulando o voluntariado feminino. Nesse período, o CNSS ganhou a finalidade de certificar as entendidas filantrópicas. Assim, a partir dos tributos, começou-se a distribuir renda para essas entidades no sentido de melhor atender essas comunidades.

Com o Regime Militar não houve avanço, mas se criou regras para se atender a população excluída. Nesse período foi criado o FUNRURAL, estendendo a assistencial ao trabalhador do campo. A LBA passou a ser vinculado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social. Foi criado o BNH e CEME (Central de Medicamentos). Também passou a ocorrer uma centralização da política de assistência social, bem como a criação de legislação. Nesse período, uma das formas de materialização do programa passou a ser um benefício de prestação continuada. O benefício que tinha cunho assistencialista, concretizando a concepção do programa, que era concedido tanto para a população da cidade como para a do campo, era a chamada Pensão Vitalícia a qual era regulada pela Lei nº 6.179/74. Esse benefício era concedido aos maiores de 70 anos e aos inválidos definitivamente incapacitados para o trabalho que não tinham meios próprios nem através de sua família de prover o seu sustento. Os seus beneficiários não tinham direito ao abono anual (décimo terceiro salário), sendo que tal direito ainda hoje não é concedido. É que, em que pese o benefício tenha características dos benefícios previdenciários, como por exemplo, é uma prestação de trato continuado, não pode ser confundido, haja vista não ter caráter contributivo.

Para fazer jus ao benefício, tinha-se que cumprir os seguintes requisitos:

ser filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou tinham exercido atividade remunerada incluída no regime do INPS ou FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ainda, tinham ingressado no regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares (BRASIL, 1974).

Esse benefício era pago a cargo do INPS ou do FUNRURAL, conforme o caso, correspondia à metade do maior salário-mínimo vigente no país, não podia ultrapassar 60% (sessenta por cento) do valor do salário-mínimo do local do pagamento, conforme art. 2º da Lei 6179/74. (BRASIL, 1974).

É importante sinalizar que ocorreu uma situação diferente no início dos anos 80. É que, nesse período, como já ressaltado, as políticas públicas promovidas pelo Estado brasileiro eram marcadas pela centralização decisória e financeira na esfera federal, sendo que cabia aos estados e municípios, quando estes eram envolvidos em uma política específica, o papel de executores das políticas formuladas centralmente. Nesse período houve um articulado de estado, município e união para montar uma rede de captação de recursos federais. (FARAH, 2001, p. 123). Essas políticas foram criadas de forma desorganizada sem que se estabelecesse a coordenação da ação dos diversos órgãos. Esta desarticulação ocorria tanto no âmbito de um mesmo nível de governo quanto entre diferentes esferas de governo. Tal desenho institucional dificultava a tarefa de coordenação, com implicações para a eficiência e a efetividade das políticas públicas.

Assim, com o retorno da democracia no país, voltou a haver a descentralização das políticas de assistencial social, ganhando força os poderes locais. É importante destacar que:

Embora a importância crescente dos governos locais, não apenas no Brasil, possa ser vista como parte de um processo de “desmonte” do Estado central, consistente com a tese do Estado mínimo, ela certamente não se limita a isto. No Brasil, o movimento em curso na esfera local pode ser entendido como parte de um processo de reconstrução da esfera pública, orientado para a democratização da gestão e das políticas públicas no país, o qual tem na descentralização um de seus componentes centrais. (FARAH, 2001, p. 122).

Nesse período, houve um processo de reforma iniciado em 1982 e consolidado em 1988, tendo como eixos a democratização dos processos decisórios e a equidade dos resultados das políticas públicas, sendo a democratização vista como condição da equidade dos resultados. É importante destacar que também foram importantes na constituição da agenda de reforma determinadas categorias profissionais, como médicos sanitários, educadores, assistentes sociais e profissionais da área de habitação e saneamento. É a tais profissionais estavam em contato direto com a população atendida pelo Estado, sobretudo, com a realidade dos excluídos do atendimento estatal. (FARAH, 2001, p. 127).

A ideia de descentralização da assistencial foi reforçada pela Carta Magna de 1988, que pela primeira vez positivou a Assistencial Social, no art. 203, tendo como objetivo concretizar os seguintes objetivos:

a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária, 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. (BRASIL, 1988).

É que, por a lei não ter eficácia imediata, necessitou a edição da Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), dando força ao poder local no tocante as tais políticas é o que se denota do art. 6º, *in verbis*: “a gestão das ações na área de assistência social fica organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (Suas) [...]”. (BRASIL, 1993). Também foram criados os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) e Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), conforme art.6º- C da referida lei, ganhando forças os Conselhos Municipais. Elemento de grande mudança em relação ao modelo anterior no qual não havia participação social no tocante à administração da Assistência Social. Isso representou uma nova concepção em matéria de políticas públicas, pois até os anos de 1980 consistiam na exclusão da sociedade civil do processo de formulação das políticas, da implementação dos programas e do controle da ação governamental. (FARAH, 2001, p. 124). É importante destacar que, nesse contexto, os governos locais assumem um papel de coordenação e de liderança, mobilizando atores governamentais e não-governamentais e procurando estabelecer um processo de conserto de diversos interesses e de diferentes recursos em torno de objetivos comuns. (FARAH, 2001, p. 142).

Subsequentemente, foi editada a Lei nº 8.742/93 que regulou a concessão do Benefício Assistencial, também chamado de benefício de prestação continuada, bem como os requisitos para a sua concessão, em seu art. 20. Nesse dispositivo, há a previsão de que

o benefício de prestação continuada de um salário-mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou

mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família. (BRASIL, 1993).

Assim, foi extinta a Renda Mensal Vitalícia.

Esse benefício diferente do anterior é concedido independente de contribuição ao INPS ou ao FUNRURAL. Isso se justifica pelo fato de o texto constitucional em seu art. 203 aludir que a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar sem a realização de contribuições. Outras adequações que o benefício precisou passar, para se adaptar ao texto da República, foi seu valor ser aumentado de meio salário-mínimo para um salário-mínimo nacional. Também, ser adotado os mesmos requisitos exigidos para sua concessão tanto para a população urbana como a população rural.

Também foi instituído o CNAS conselho nacional de assistencial social. O ano de 2003, foi o divisor de águas para a política de assistencial social, tendo em vista que houve a criação do SUA; na quarta conferencial nacional, foram criados programas sócios assistenciais de transferências de rendas, como o programa Bolsa Família.

O SUAS representou um avanço para a organização descentralizada e participativa da política pública de assistência social. A família começou a ser o objetivo da política de assistencial social nos princípios da matricialidade sociofamiliar e do território como base de organização dos serviços. A pessoa como sendo um conjunto de pessoas com laços consangüíneos, afetivos e de solidariedade; a assistência social assumiu seu caráter preventivo. Na primeira década do milênio, milhares de brasileiros saíram da linha de pobreza, passando a ter acesso aos serviços e benefícios da assistência social, onde a esmola termina o direito começa.

Recentemente, ocorreu alteração na legislação, no tocante ao Benefício de Prestação Continuada. O Decreto nº 6.214, publicado em 26 de setembro de 2007, passou a regulamentar a Lei nº 8.742/1993 e a Lei nº 10.741/2003, revogando os Decretos nº 1.744/1995 e 4.712/2003. Em seu art. 1º, cumprindo a função lhe concedida pelo Poder Regulamentar, remete ao art. 20 da Lei nº 8 742/93, esclarecendo que a

garantia de um salário-mínimo mensal se estende à pessoa com deficiência e ao idoso, com idade de sessenta e cinco anos ou mais, que comprovem não possuir condições de auto-sustentar-se ou ter o sustento assegurado por sua família. (BRASIL, 1993).

Antes, o art. 38 da 8.742/93 exigia que se cumprisse, para a concessão do Benefício Assistencial ao Idoso, a idade de 67 anos. Ocorre que a Lei nº 10.741/2003, Estatuto do Idoso, expôs, em seu texto, que os idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, “[...] terão direito a um benefício no valor de um salário-mínimo nacional, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social-LOAS”. (BRASIL, 2003). Pelo fato de o Estatuto do Idoso ser lei especial, revogou-se de forma tácita o critério etário anterior.

Importante destacar que o novo regulamento do benefício demonstra os seus objetivos, quais sejam: enfrentar a pobreza, garantir a proteção social, prover condições para atender às contingências sociais e à universalidade dos direitos sociais. Para tanto, atendendo à demanda da sociedade pela positivação explícita da interpretação jurisprudencial consolidada, acerca do benefício assistencial, o art. 4º do Decreto nº 6.214/2007, traz a definição das expressões lingüísticas que compõem o benefício assistencial, na seguinte redação:

Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

I - idoso: aquele com idade de sessenta e cinco anos ou mais;

II - pessoa com deficiência: aquela cuja deficiência a incapacita para a vida independente e para o trabalho;

III - incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social;

IV - família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso: aquela cuja renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo. (BRASIL, 2007).

E, por fim, foi editada a Lei nº 12.435/2011, publicada em 06 de julho de 2011, que alterou a composição do grupo familiar e conceito de pessoa deficiente. Da análise da evolução legislativa, denota-se que vai ao encontro dos princípios positivados na Carta Magna, em especial, o Princípio da Dignidade Humana. Todavia, todas essas políticas públicas, envolvendo o Benefício de Prestação Continuada, têm um cunho assistencialista sem se preocupar com a questão de inserção no mercado de trabalho; a própria fundamentação de concessão do benefício define a pessoa com impossibilitada de ingressar no mercado de trabalho, desconsiderando o fato de haver várias políticas públicas no sentido de inclusão social da pessoa com deficiência. Isso denota que esse benefício está bem atrás de seus irmãos (Bolsa-família, Bolsa-

escola) que objetivam integrar a pessoa em situação de miserabilidade no mercado de trabalho, controles preventivos e curativos em relação à saúde e educação, qualificando os indicadores sociais do país. (BRASIL, 2011).

ÍNDICES SOBRE A EFETIVIDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL EM RELAÇÃO AO COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL

É importante registrar que a pobreza é um dos maiores males da humanidade está presente em todos os continentes, apresentando-se como maior veemência na América Latina, África e Ásia. Os dados são assustadores: 1 bilhão de pessoas tenta sobreviver com menos de 1 dólar por dia; 2,5 bilhões com menos de 2 dólares por dia; 800 milhões de indivíduos passam fome; 8 milhões de pessoas morrem por ano em consequência da extrema pobreza. (SCHMIDT, 2006, p. 1756).

Cabe frisar que esse problema pode estar relacionado há vários elementos, podendo variar desde os “[...] físicos elementares como estar bem nutrido, adequadamente vestido e obrigado, evitar doenças que podem ser prevenidas”. (SEM, 2000, p. 173). É importante destacar que a pobreza assume variantes conforme o contexto e lugar em que se está analisando, ou seja, as necessidades variam de uma época para outra, bem como de um país para outro. Assim, pode-se inferir que a pobreza tem significado diferente no sertão brasileiro e na periferia de uma grande cidade européia. (SCHMIDT, 2006, p. 1758).

Essa acepção não guarda identidade com exclusão social; é que esta pode estar presente tanto na dinâmica econômica como na política, social e cultural. Entre as formas mais discutidas estão as associadas à privação de renda, ao desemprego, ao conhecimento, bem como à discriminação por questões étnicas, religiosas, de gênero, de opção social. Seu oposto seria inclusão social cujo objeto é enfrentar problemas em diversas esferas, como econômica, política, social e cultural. No terreno político, dois temas são de notória importância para a análise das ações de inclusão social: o Estado de Bem Estar e as políticas públicas, especialmente o das políticas sociais. (SCHMIDT, 2006, p. 1759).

Nesse contexto, o Brasil tem adotado políticas públicas envolvendo distribuição de renda, como forma de combater a pobreza e a exclusão social. Tal ação estatal tem por escopo concretizar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que é erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais. Como já

ressaltado, uma das formas de distribuir renda é através da concessão de benefícios assistenciais (Benefício de Prestação Continuada, Bolsa-família, Bolsa-escola, Bolsa-gás).

A função assistencial caracterizou-se por forte crescimento dos valores líquidos por seu orçamento entre 2000 e 2007. No ano de 2000, menos de R\$ 5 bilhões foram liquidados em programas e ações pertencentes a essa função. Contudo, esse valor cresceu aproximadamente cinco vezes em seis anos, ascendendo para cifras superiores a R\$ 25 bilhões em 2006⁶⁴. (TCU).

É importante destacar que, em relação ao Benefício de Prestação Continuada, a jurisprudência vem flexionando os critérios de concessão do benefício. É o que se observou no julgamento dos RE n° 567.985 e n° 580.963, sessão de 18 de abril de 2013, no caso da flexibilização do critério renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo nacional (parágrafo 3° do art. 20 da Lei 8.742/93) e da exclusão de todo benefício de valor mínimo do cálculo da renda *per capita* (art. 34 da Lei 10.471/2003 previa somente a exclusão do benefício concedido ao idoso). Com isso, tal benefício foi estendido a milhares de pessoas. (BRASIL, 2013).

Outra decisão importante foi o reconhecimento da concessão de tal benefício é a concessão do mesmo aos estrangeiros residentes no país cujo tema será apreciado em sede de repercussão geral (RE 587970), tendo como relator o Ministro Marco Aurélio. É que há muitos trabalhadores estrangeiros no país que trabalham na informalidade, sem direito a prestações previdenciárias, sendo que o INSS entende que só fazem jus ao benefício assistencial os brasileiros. Dentro desse contexto, é importante destacar que tal concepção vai ao encontro das disposições dos tratados no qual o Brasil é signatário, é o que se denota da leitura do Art. 31 do protocolo de Buenos Aires que assim dispõe:

Art. 31 A fim de acelerar seu desenvolvimento econômico e social, de acordo com suas próprias peculiaridades e processos e dentro da estrutura dos princípios democráticos e das instituições do Sistema Interamericano, os Estados Membros convêm em envidar seus maiores esforços no sentido de alcançar as seguintes metas básicas:

Distribuição eqüitativa da renda nacional;

⁶⁴ Disponível em:

http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/assistencia_social/Relat%C3%B3rio%20BPC%20e%20RMV.pdf.

E ainda da adoção do princípio da reciprocidade com os países signatários de tratados no qual participa, conforme se denota do Art. 44 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

Os Estados Membros reconhecem que, para facilitar o processo da integração regional latinoamericana, é necessário harmonizar a legislação social dos países em desenvolvimento, especialmente no setor trabalhista e no da previdência social, a fim de que os direitos dos trabalhadores sejam igualmente protegidos, e convêm em envidar os maiores esforços com o objetivo de alcançar essa finalidade.

É importante destacar que a pobreza é um fenômeno complexo com raízes na economia, na política, na cultura e nas relações sociais. (SCHMIDT, 2006, p. 1762).

Cabe enfatizar que a redução das desigualdades, o enfrentamento da pobreza, a viabilização do desenvolvimento são desafios que requerem ações não só na esfera econômica, mas também na da política e da cultura. Esse é o terreno em que se estabelecem os vínculos entre exclusão social e capital social. É que não basta só uma política de distribuição de renda para enfrentar a desigualdade social. É necessária uma política que envolva também programas de inclusão social no mercado de trabalho, saúde e educação, com o escopo de emancipar o sujeito da situação de miserabilidade.

DA EMANCIPAÇÃO SOCIAL DOS PROGRAMAS DE BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS NO BRASIL

Como já ressaltado, a simples prestação pecuniária não é suficiente para tirar uma pessoa da situação de miserabilidade. Também, é necessária uma série de políticas, envolvendo saúde e educação, inclusão social no mercado de trabalho para que ocorra tal fenômeno. O Programa mais completo atualmente no país, inspirando programas sociais pelo mundo é o Bolsa Família cujo objetivo é transferir renda e garantir o acesso à educação e à saúde das famílias em situação de extrema pobreza no país. Atualmente, atende mais de 13 milhões de famílias em todo território nacional, como concessão de renda que vai de R\$ 70,00 até o máximo de R\$ 306,06 por família, conforme números de integrantes do grupo familiar que pertencem ao referido programa. (MARTINS, 2013).

Os requisitos para participar do programa são:

Famílias com renda de até R\$ 70,00 (Setenta Reais) por pessoa; famílias com renda de até R\$ 70,00 (Setenta Reais), por pessoa, considerando, inclusive, os valores dos benefícios do Programa Bolsa Família e que possuam em sua composição crianças de 0 a 6 anos de idade; famílias com renda de R\$ 70,01 (Setenta Reais e Um Centavo) a R\$ 140,00 (Cento e Quarenta Reais) por pessoa, que possuam em sua composição gestantes, nutrizes, crianças de 0 a 12 anos e adolescente até 15 anos; famílias com renda de R\$ 0,00 (zero) a R\$ 140,00 (Cento e Quarenta Reais) por pessoa, que possuam em sua composição adolescente de 16 e 17 anos. (MARTINS, 2013).

Por ser um programa interrelacionado com outros direitos sociais o seu reflexo é bem visível, conforme indicadores:

No Ensino Fundamental, a taxa de aprovação dos beneficiários do Bolsa Família vem crescendo de forma constante, passando de 80,5% em 2008 para 83,9%, sendo a taxa de abandono em 2011 foi de 2,9% para os beneficiários do programa, enquanto a média nacional era de 3,2%; ao todo, 14,1 milhões de crianças e jovens entre seis e dezessete anos, cadastrados no Bolsa Família, cumpriram a meta mínima de frequência escolar nos meses de abril e maio de 2013, equivalente a 95,6% dos beneficiários; mais de 73% de famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família tiveram acesso a serviços de saúde, no primeiro semestre de 2013, correspondendo ao número aproximado de 8,7 milhões de famílias tiveram registrados os atendimentos de saúde prestados nas Unidades Básicas de Saúde nos municípios ou em casa, por meio do Programa Saúde da Família. (BRASIL, 2017).

Portanto, os dados acima reforçam a ideia de materialização dos objetivos do programa que é o acesso a direitos sociais básicos nas áreas de educação, saúde e assistência social, sendo reforçado pelo papel da descentralização da execução das políticas. É que os municípios desempenham importante papel de cadastramento, em especial, através dos Programas de Saúde da Família (PSF) que através, por exemplo, dos agentes comunitários de saúde, levantam dados acerca dos benefícios do programa, como peso, doenças. Enfim, é um programa que envolve ação conjunta entre as esferas governamentais e multidisciplinares. Com isso, quem ganha no final é o país, pois qualifica seus índices de desenvolvimento social: aumenta expectativa de vida, diminui mortalidade infantil, aumenta o grau de escolaridade da população e qualifica o mercado de trabalho.

É importante destacar que esses objetivos não são visíveis em todos os programas de assistência social do governo. Por exemplo, o Benefício de Prestação Continuação, concedido ao idoso e ao deficiente exaure-se pela prestação pecuniária, não há essa concepção de emancipar. É que se concede um benefício de valor de um

salário-mínimo e não se buscam alternativas de inserir a pessoa no mercado de trabalho, quando se trata de pessoa com deficiência. De início, o Art. 18⁶⁵, III, alínea “a”, da Lei 8.213/91, que instituiu o plano de benefício da previdência social, dispõe que o serviço de reabilitação somente será devido aos segurados do INSS e aos seus dependentes. (BRASIL, 1999).

É que através desse programa que se busca reabilitar a pessoa para desempenhar outra atividade compatível com as suas limitações. É importante destacar que o texto constitucional no art. 37, VIII, da Constituição de 1988, dispõe que: “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. (BRASIL, 1988). Ademais, objetivando dar efetividade ao texto, foi editada a Lei 7.853, em 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência, sendo no art. 2º, I, alínea “a” da citada lei⁶⁶, a reabilitação profissional da pessoa portadora de deficiência.

Uma forma tímida de inserir a pessoa deficiente no mercado de trabalho foi a inclusão do § 2º, no Art. 21-A, da Lei 8.742/93⁶⁷, através da Lei 12.470/2011, ficando

⁶⁵ Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

III - quanto ao segurado e dependente:

c) reabilitação profissional.

⁶⁶ Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

I - na área da educação:

a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;

⁶⁷ Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual.

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21.

garantido ao portador de deficiência trabalhar na condição de menor aprendiz sem perder o direito ao benefício.

Cabe destacar que, com exceção da pessoa que recebe Benefício Assistencial, em decorrência de doença psiquiátrica e neurológica, por exemplo, dependendo do caso, a mesma tem aptidão para o mercado de trabalho, caso utilize sua capacidade residual. É que geralmente a incapacidade toma o beneficiário impossibilitado de laborar, em virtude de barreiras sociais, culturais e econômicas. Como numa situação de pessoa portadora de doença de natureza cardiológica, que tem capacidade residual para atividades leves. Assim, com baixa escolaridade, possivelmente, terá aptidão para exercer atividades que exige o emprego de esforços moderados. Nesse caso, não poderá mais trabalhar não pelo fato de ter incapacidade total, mas sim por não ter qualificação profissional para desempenhar uma atividade leve. Nessa situação, a reabilitação profissional seria uma solução, mas não é estendida atualmente a quem não detém qualidade de segurado perante o INSS. Por exemplo, uma pessoa com paralisia nas pernas, se lhe fosse oferecido um trabalho burocrático, poderia desempenhar facilmente a tarefa, tanto é verdade que há grande número de deficientes ocupando cargos públicos.

No entanto, a questão é que os beneficiários dessa prestação dificilmente vão buscar qualificação no mercado de trabalho. Primeiro, porque a norma não lhes obrigou a estudar, como ocorre, por exemplo, no Bolsa-família; segundo, porque muitas vezes não detém qualificação para ter acesso a tais cargos públicos.

Outro avanço importante, em matéria de inclusão do deficiente, foi a edição da Lei Complementar 142/2013 que foi criada para regulamentar o § 1º do art. 201 da Constituição Federal de 1988, autorizando os segurados portadores de deficiência, pertencentes ao Regime Geral de Previdência Social-RGPS, passarem a se aposentarem mais cedo, dependendo do grau da sua deficiência, sendo dividida em leve, moderada e grave⁶⁸. Então, é mais uma prova de que até o próprio legislador

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

⁶⁸ 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;

reconhece que uma pessoa portadora de deficiência pode ingressar no mercado de trabalho, usando de sua capacidade residual.

CONCLUSÃO

É importante destacar que os Benefícios Assistenciais cumprem importante papel no tocante à redução da desigualdade social no país, conforme informam os índices apontados no decorrer do trabalho. Outra questão a se destacar é que cumprem importante papel no tocante à qualificação dos índices de desenvolvimento humano, é que, como foi destacado, houve aumento do ingresso de crianças e adolescentes no Ensino Fundamental e Médio, apresentando uma escala crescente da diminuição de repetência e evasão escolar dos participantes de tais programas. Outro fato a se destacar é que, com tais programas, houve uma redução significativa da desigualdade de renda entre a população, é notório o aumento da renda da população de baixa-renda. Ainda, que um dos importantes avanços das políticas envolvendo Assistência Social foi a descentralização dos programas, passando a haver uma ação conjunta entre os entes da federação. Assim, ganhou importância o poder local que age atendendo as peculiaridades de cada região.

Assim, fica clara a eficácia das políticas públicas do governo no sentido de efetivar direitos sociais, em especial a inclusão no mercado de trabalho da pessoa deficiente. Todavia, ficou claro que o Benefício de Prestação Continuada ainda não adquiriu essa função, tendo em vista que se exaure pela simples prestação de um benefício de valor mínimo. Sequer é garantido o direito à reabilitação profissional, serviço que poderia viabilizar o benefício a ingressar ou ser reinserido no mercado de trabalho. Também, é importante destacar que, como foi abordado, há legislações que possibilitam a pessoa com deficiência se inserir no mercado de trabalho, como as quotas em empresa e concurso público. E, por fim, a criação da aposentadoria especial para o portador de deficiência vinculado ao Regime Geral de Previdência Social.

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

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

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

Lógico, há possibilidades de inserção do titular do benefício assistencial no mercado de trabalho, porém, os meios são quase que inacessíveis; é que em princípio são pessoas que vivem em total estado de miserabilidade, não tem acesso a direitos básicos, como saúde, alimentação e educação. E ainda não há políticas públicas inter-relacionadas ao programa, como há no programa do Bolsa-família, como foi discorrido no trabalho. E que, com tais, seria, em especial com a educação, possível tais titulares terem acesso às ações governamentais no sentido de inclusão social da pessoa com deficiência.

Além disso, é importante pontuar que, com a concretização disso, o Benefício de Prestação Continuado, como os seus irmãos Bolsa-família, Bolsa-escola, cumpriria importante função de qualificar os indicadores sociais do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Beneficiários do Bolsa Família têm frequência escolar acima da média**: No total, 14,8 milhões de estudantes entre seis a 17 anos tiveram a frequência acompanhada nos meses de maio e abril. Brasília, DF, 23 dez. 2017. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/07/beneficiarios-do-bolsa-familia-tem-frequencia-escolar-acima-da-media>. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 21 nov. 2013.

_____. **Lei Complementar 142, de 08 de maio de 2013**. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em 21 nov. 2013.

_____. **Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974**. Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em: 21 nov. 2013.

_____. **Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislação>. Acesso em 21 nov. 2013.

_____. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http:// www4.planalto.gov.br/legislação](http://www4.planalto.gov.br/legislação). Acesso em 21 nov. 2013.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http:// www4.planalto.gov.br/legislação](http://www4.planalto.gov.br/legislação). Acesso em: 21 nov. 2013.

_____. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http:// www4.planalto.gov.br/legislação](http://www4.planalto.gov.br/legislação). Acesso em 21 nov. 2013.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre Estatuto do Idoso e dá outras providências, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. **Lei nº 12.470, de 31 de agosto.** Altera os arts. 21 e 24 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e acrescenta os §§ 4o e 5o ao art. 968 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual, Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12470.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

MARTINS, Renata. Bolsa Família: confira o passo a passo para participar do programa. **EBC**, Brasília, DF, 17 jul. 2013. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2013/07/bolsa-fam%C3%ADlia-confira-passo-a-passo-participar-programa>. Acesso em: 05 dez. 2018

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 21 nov. 2013.

_____. **Superior Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. Matéria Direito Benefício Assistencial. Critério Renda Per Capita. Não absoluto. Recurso Extraordinário n. 567.985. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 18 de abril de 2013.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 35, n. 1, p. 119-144, Jan./Fev., 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/6364/4949>. Acesso em: 05 dez. 2018.

ROCHA, Sônia. **Pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

_____. O programa Bolsa Família Evolução e efeitos sobre a pobreza. **Economia e Sociedade**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 113-139, jan. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v20n1/v20n1a05.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

SANCHEZ, Jordí. **El Estado de bienestar**. In: BADIA, Miquel. (ed.) **Manual de ciência política**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

SCHMIDT, João. **Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão**. In: LEAL, Rogério Gesta; REAIS, Jorge Renato dos. **Direitos sociais e políticas públicas**. 6. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VIANA, Juliana. **Linha do tempo: serviço social**. Bahia, 20 mar. 2011. Disponível em: <http://ju-viana.blogspot.com/2011/03/linha-do-tempo-servico-social.html>. Acesso em: 05 dez. 2018.

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE X INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: aspectos destacados acerca da aplicação dos precedentes do âmbito direito processual previdenciário

Renata Priscila Hahn⁶⁹

Resumo

Este trabalho objetiva a análise do comportamento do Poder Judiciário no âmbito da jurisdição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, onde duas pessoas diferentes, dotadas de uma mesma questão de direito, tiveram suas lides definidas de maneira diametralmente opostas, pois em um deles, se viu a aplicação de um dos precedentes inclusos no novo sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015 e, no outro, não. Por isto, não se viu nada mais injusto e “antiisonômico”, visto que, tratar um caso igual, de maneira desigual, no mesmo ordenamento jurídico, nos remete a pensar o que de fato se entende por segurança jurídica. O ensaio busca observar a relação da força vinculante entre dois precedentes instaurados no domínio da Justiça Federal e Juizados Especiais Federais da quarta região, que versam sobre a mesma questão de direito. Portanto, em um primeiro momento o ensaio procura a conceituação do que se entende por precedente e *ratio decidendi*. Já no segundo, busca estudar quais os tipos de força vinculante. No terceiro, analisa dois casos concretos vividos na prática previdenciária, os quais, imbuídos da mesma questão de direito, tiveram seus casos decididos de maneiras diferentes, no mesmo ordenamento jurídico, em um curto espaço de tempo. Como conclusão, o estudo tenta trazer ao mundo jurídico do direito previdenciário, questionamentos sobre a necessidade de se estudar e se buscar a aplicação do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Aposentadoria do professor. Processo civil. Precedente. Efeito vinculante. Segurança jurídica.

CONCEITO DE PRECEDENTE

O novel Código de Processo Civil, dentre diversas alterações, introduziu ao ordenamento processual brasileiro, o atual sistema de precedentes.⁷⁰

⁶⁹ Pós-Graduação em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. (PUC-SP).

⁷⁰ Embora o atual sistema de precedentes brasileiro se utilize de fundamentos e doutrina do tradicional sistema de precedentes do direito inglês, a *commow law*, o leitor deve se atentar serem estes distintos entre si. O sistema brasileiro de precedentes é considerado como misto, o qual não só se utilizada da aplicação de decisões precedentes para afirmação do direito, como também da norma jurídica positiva.

Em seu artigo 926 e seguintes, os Tribunais passam a ser obrigados a “uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. (BRASIL, 2016).

Assim, grosso modo, o sistema de precedentes brasileiro nasce com o intuito de uniformizar as decisões judiciais do país – nos aspectos verticais e horizontais, principalmente –, as quais, tomando como base a cultura do “empoderamento do juiz”, vinham perdendo a credibilidade e assertividade perante seus jurisdicionados.

Nesse passo, conforme se verá a seguir, a doutrina tem nos revelado que, embora a ideia do sistema seja reorganizar o papel das decisões judiciais no país, o engodo para formação de um precedente requer muito mais do que apenas a aplicação reiterada de uma decisão, ele chama pela construção de uma razão de ser e de toda a complexidade que a questão de direito traz consigo. Um precedente, por assim dizer, tem o condão de influenciar e nortear os jurisdicionados do momento em que fora criado, em diante.

Nesse viés, Evaristo Aragão dos Santos bem define que é o precedente judicial que “determinará o julgamento de casos semelhantes no futuro”, sendo que o mínimo que podemos esperar é que “a referida decisão encerre em si o melhor entendimento possível a respeito da questão jurídica que lhe serve como objeto”. (SANTOS, 2012, p. 136).

No mesmo sentido, a luz da doutrina do *stare decicis*, a qual tem como um de seus fundamentos principais, a conservação de decisões passadas, o sistema de precedente vem embutido com ideia de gerar *uniformity*, *stability*, *consistency* e *predictability*, ou, como se prefere dizer nos países adotantes da *civil law*, a igualdade e a segurança jurídica. (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 188).

Importante se faz notar, segundo José Rogério Cruz e Tucci, ser o precedente judicial um “fenômeno extremamente difuso, presente e relevante nos modelos jurídicos de época contemporânea”, o qual dispõe de função nomofilática, ou seja, o precedente tem o condão de interpretar e aplicar o direito uniformemente, através das decisões advindas das cortes superiores. (TUCCI, 2012, p. 100).

Assim, o bojo para formação de um precedente, qual seja, a compreensão de sua razão de ser até a atribuição de sua vinculação, vem a se tornar algo muito complexo quando em um judiciário bagunçado como o nosso, em que cada juiz se utiliza de sua própria convicção para decidir, o novo sistema acaba por trazer uma ideia “negativa restritiva” da atuação do Poder Judiciário, entretanto, se pensarmos

pelo ponto de vista “positivo restritivo”, a aplicação do precedente em verdade liberta e conduz o judiciário a promover decisões de mérito justas e efetivas. Tal motivo certamente tem trazido irresignação pelos nossos magistrados que, ao terem que se curvar ao precedente obrigatório a que está vinculado, o retira do centro do poder de decisão, tornando-o, talvez, um intermediador da lide.

Sob este aspecto, a da técnica de aplicação de um precedente não deveria ser vista com maus olhos, pois, se a função atribuída era a de se criar, paulatinamente, uma nova cultura de fundamentação do direito por intermédio das decisões judiciais, não é compreensível que por mera irresignação, os juízes se voltem contra a sua prática.

Toda a imposição de limite gera a libertação de uma conduta. A partir do momento em que os reflexos do limite são definidos, o comportamento a ser adotado dali em diante dará a previsibilidade necessária para o direito começar. Por assim dizer, na medida em que se é criado um limite contundente (interpretação adequada da norma, considerando todos os fatores que dela se amolda), os juízes passam a promover segurança jurídica e igualdade ao seu destinatário final.

Dessarte, o presente estudo tem como base a análise um precedente obrigatório e, em que pese alguns autores mencionem não estar o novo sistema brasileiro de precedente amparado pela tradição jurídica da *commow law*, no próximo tópico irar-se-á abordar o conceito basilar para aplicação da técnica processual introduzida pelo novo Código de Processo civil: a *ratio decidendi*.

Ratio Decidendi

Na doutrina do *stare decisis* a *ratio decidendi* é o fator de maior relevância para a formação do precedente judicial. É através da construção dela que o precedente judicial nasce e através dela que novos casos iguais serão decididos.

A *ratio decidendi* pode ser entendida, em síntese, como a essência existencial da decisão judicial geradora de um paradigma a ser seguido em casos análogos futuros: “é o *core* da decisão”. (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 190).

Trazendo um pequeno excerto da doutrina inglesa, Teresa Arruma Alvim, citando Goodhart, menciona que “a *ratio decidendi* de um caso pode ser definida como os fatos relevantes da causa somados a decisão que foi proferida a respeito deles”. (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 190).

Em outras palavras, é a *ratio decidendi* que, conseqüentemente, define a força do precedente.

A respeito disso, Marinoni atribui que “o significado de um precedente deve ser buscado nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram a fixação do dispositivo”. (MARINONI, 2016, p. 162). Nesse sentido, para que um precedente seja formado, a decisão judicial deve buscar as razões pelas quais se decide ou as razões pelas quais se decidiu.

Definir a *ratio decidendi* de um precedente não é uma tarefa fácil. Para a sua formulação são necessários se explicar, em seu sentido prescritivo, o “raciocínio que levou a corte à conclusão, baseado em elementos sociológicos, históricos e até psicológicos [...]”. Já no seu sentido descritivo, “trata-se da *proposition of law* (= proposição de direito), explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão.” (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 190).

Em sendo assim, no terceiro tópico do presente ensaio serão avaliados mais especificadamente dois precedentes de eficácia vinculante oriundos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, que versam sobre a mesma matéria: a) o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade – IAI e; b) o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR.

Desse modo, tomando-se em conta o conceito de *ratio decidendi* trabalhado neste momento, e, avaliando-se rapidamente a formação das respectivas decisões colegiadas, ressaltando-se, mais uma vez, que na primeira já existe o trânsito em julgado, e, na segunda, apenas a decisão monocrática de instauração, nota-se claramente ter o Tribunal criado a *ratio decidendi* no julgamento do IAI. Já no IRDR, como dito, pendente de julgamento, observa-se que já na sua decisão de instauração, esta se remete a *ratio decidendi* do IAI.

Nota-se, portanto, ter sido o IRDR instaurado a partir de fatores quantitativos, fator este peculiar à tipologia do precedente, bem como a partir do risco a ofensa à segurança jurídica da decisão proferida pelo próprio Tribunal.

Imprescindível se faz mencionar, ainda que de maneira rasa, ser um dos motivos de instauração do IRDR, a dissonância de entendimento encontrada entre TRF4 e JEF. Como é cediço, o JEF compreende não se subordinar as decisões do TRF4. Esta é uma problemática de dimensão catastrófica a qual só será abordada como elemento argumentativo do presente estudo.

Desse modo, cabe notar a evidente diferença encontrada entre a formação do

IAI, (precedente construído a partir da interpretação de todos os elementos relevantes a questão de direito) e o IRDR (precedente formado a partir da repetição de processos).

FORÇA VINCULANTE

De início, cabe dedicar esta parte do artigo à análise da força vinculante do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade - IAI, e do Incidente de Resolução de Demandadas Repetitivas, institutos ambos com aptidão para formação de precedentes, previstos respectivamente, nos artigos 948 e 978 do Código de Processo Civil.

A intenção deste tópico, por consequência, é levar ao leitor a se questionar sobre o por que duas pessoas diferentes, dotadas de uma mesma questão de direito, tiveram suas lides definidas de maneira diametralmente opostas, pois em uma delas se viu a aplicação de um precedente obrigatório, e, na outra, não. Por isto, não se viu nada mais injusto e “antiisonômico”, visto que tratar um caso igual de maneira desigual, no mesmo ordenamento jurídico, nos remete a pensar o que de fato se entende por justiça.

Portanto, partindo desta premissa, pergunta-se ao leitor: O que torna um precedente vinculante?

Segurança Jurídica, Liberdade e Igualdade

Inicialmente, importante se faz ressaltar existir no estudo dos precedentes duas notáveis tradições jurídicas propedêuticas, quais sejam: a *commow law* (difundida pelo direito inglês) e a *civil law* (propagada pelo direito francês). Sem adentrar às minúcias de suas teorias, cabe pinçar que o grande ponto de convergência entre ambas é a segurança jurídica.

Mas afinal, o que é a segurança jurídica?

Pois bem, nos tempos modernos, onde as sociedades paulatinamente foram construindo ideais mais livres, igualitários e democráticos, a necessidade de “sentir segurança” passou a ser o alicerce da resolução de conflitos.

Se considerarmos nascer o direito da repetição de um comportamento humano, capaz de gerar um conflito perante uma parcela (grande ou pequena) de pessoas

conviventes de um mesmo núcleo, se passa a notar a inevitabilidade da adoção de um “comportamento padrão”.

Arrisca-se a dizer, por conseguinte, que a lapidação de um comportamento padrão, extraído a partir da vivência reiterada de uma mesma situação conflituosa, desencadeia um processo de “expectação do direito”. A partir do momento em que a aplicação de uma conduta pode ser esperada, e que dela já se sabe onde pode chegar, ou, ainda, os reflexos que dela podem surtir, os destinatários do direito começam a experienciar o que pode ser livre, igual e seguro.

Sob uma perspectiva mais doutrinária, segurança jurídica pode ser considerada como um limite hipotético criado para se chegar à um resultado em comum; “o exercício da autonomia individual”. (MITIDIEIRO, 2016, p. 19).

Nesse sentido, o ponto de maior congruência entre as tradições jurídicas também é ponto de maior problemática, pois, como dito, identificar o que é segurança jurídica não é tarefa de simples compreensão.

De acordo com o professor Daniel Mitidieiro, segurança jurídica pode ser subdividida, ou, no uso de sua expressão, “decomposta analiticamente”, em quatro pilares, a saber: a cognoscibilidade, a estabilidade, a confiabilidade e a efetividade. (MITIDIEIRO, 2016, p. 22).

Cognoscibilidade compreende em “tomar conhecido”. Não há como se saber acerca da existência de algo sem que antes se conheça o seu objeto.

Já sobre estabilidade se pode atribuir “continuidade, permanência, durabilidade”. (MITIDIEIRO, 2016, p. 22). Também não há como se pensar em segurança jurídica se as regras a todo tempo mudam, variam, não se mantêm, via de regra, iguais.

No que diz respeito a confiabilidade, ela é a garantia de que tudo sairá conforme o esperado. O objeto jurídico desempenhador de sua função de “ser a mais correta” é também asseguradora de segurança jurídica.

Por fim, sobre a efetividade, esta consiste na “segurança de realização”, qual seja, segurança jurídica é também aquilo que constrange, impõe a aplicação da regra, barra a violação ou ameaça ao direito.

Portanto, na visão de Daniel, a segurança jurídica compõe-se do que pode se esperar, reconhecer, evitar variáveis, surpresas, planejar, pois, por corolário lógico, não há como se criar expectativa de algo se este se encontra dentro de um quarto escuro com as luzes apagadas.

Em outro viés, contudo, embora o Autor decomponha analiticamente os elementos nos quais abarcam os sentidos de segurança jurídica, e, ainda, atrele a sua condição à promoção de igualdade e liberdade, este ainda questiona não saber o que realmente efetiva a segurança jurídica, mencionando que “dizer simplesmente que o Direito deve ser seguro, não resolve o problema, porque ainda resta em aberto saber o que para tanto deve ser considerado como direito”. (MITIDIEIRO, 2016, p. 24). Concluindo com outro questionamento: “o que especificadamente do ponto de vista jurídico deve ser cognoscível, estável, confiável e efetivo?” (MITIDIEIRO, 2016, p. 24).

Destarte, sobre isso, as doutrinas modernas tentaram colocar uma pá de cal na conceituação controversa, criando dois sujeitos como vinculadores da regra instaurada: o juiz e o legislador.

Eficácia do precedente

Estudar precedentes no direito brasileiro é sem dúvidas, uma função árdua. Não é para menos que a doutrina vem se esforçando fortemente para desvendar as profundezas de sua obscuridade. Aqueles que vivem na prática a sua problemática tem extrema dificuldade em entender porque questões de direito iguais ou muito semelhantes tem desdobramentos diferentes, em um mesmo ordenamento jurídico, em um curto espaço de tempo.

Nesse viés, do início do presente trabalho até o momento, tentou-se construir, ainda que intuitivamente, considerando a dimensão grandiosa do objeto de estudo, os motivos pelos quais muitas decisões judiciais não conseguem arranjar forças para promover e manter a segurança jurídica ao ordenamento pátrio.

Assim, passeando pelo raciocínio da formação de um precedente (descoberta a partir do desenvolvimento da *ratio decidendi*) até a compreensão do conceito de segurança jurídica, nota-se claramente que as escolas jurídicas mais tradicionais do mundo (*commow law* e *civil law*) há séculos tentam responder a mesma pergunta: o que torna um precedente vinculante?

É sobre este questionamento, conseqüentemente, que os próximos tópicos serão delineados.

Precedente com Eficácia Vertical e Precedente com Eficácia Horizontal

Por ora, baseado no conceito simplista de que um precedente nasce a partir da interpenetração entre o caso em concreto e a aplicação da norma jurídica, necessário se faz trazer à baila os dois planos básicos de eficácia vinculantes: o plano de eficácia vertical e o plano de eficácia horizontal.

Desse modo, segundo ensinamentos do professor Eduardo Talamini, “toda decisão de tribunal tem força vinculante, em face do grau de jurisdição inferior, no âmbito do próprio processo em que foi proferida”. (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 694). Ou seja, toda decisão cuja força seja capaz de reformar outra, obriga essa a se curvar perante aquela. Peguemos como exemplo a decisão proferida por um tribunal no julgamento de agravo de instrumento, que determina a cassação de uma tutela de urgência antecipada concedida por um juízo de primeira instância. A decisão que cassa a tutela de urgência antecipada concedida, obriga o juiz de instância inferior a retratar a sua decisão.

Sob essa perspectiva imaginemos um quadro em branco onde possamos escrever a organização operacional dos tribunais pátrios. No topo, temos o Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Supremo Tribunal Federal – STF e, abaixo, temos o Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça.

O STJ tem o condão de interpretar a legislação federal, devendo “manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação”⁷¹. Assim, quando restarem dúvidas acerca da interpretação de norma infraconstitucional, o STJ deve intervir e dirimir a divergência.

Na mesma linha de raciocínio, o STF “prestará o compromisso de manter, defender e cumprir” a Constituição Federal, interpretando o seu texto, garantindo igualdade e isonomia constitucional perante a seus jurisdicionados. (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, sob o plano de eficácia vertical dos precedentes, todas as decisões exaradas pelo STJ, em sede de interpretação da norma infraconstitucional, bem como as decisões exaradas pelo STF, em sede de interpretação constitucional, estarão obrigadas a serem cumpridas por órgão ou Tribunais do país.

Importante se destacar, contudo, que embora todas as decisões do STJ e STF estejam obrigadas a ser seguidas, tais provimentos podem ter mais ou menos força

⁷¹ Recurso Especial nº 1.026.234/DF, voto do Ministro Teori Albino Zavaski.

entre si. Apenas como ilustração, pense-se em duas decisões proferidas pelo STF em julgamentos de Recurso Extraordinário, onde uma teve o seu processamento dado pelo regime de repercussão geral e, a outra, pelo regime “comum”. A decisão proferida em sede de repercussão geral terá mais força vinculante do que uma decisão proferida em regime comum, pois, o que determina a sua força vinculante é a dimensão de afetação da decisão judicial. Uma decisão proferida no regime de repercussão geral terá efeito *erga omnes*, ao passo que uma decisão proferida em regime comum será *inter partes*.

Já sob o plano de eficácia horizontal, a lógica será a mesma. Todos os juízes federais e de direito estarão sujeitos a respeitar as decisões proferidas pelos seus Tribunais Regionais Federais e de Justiça, observando, evidentemente, as suas respectivas competências.

É deste ponto que a problemática suscitada neste trabalho se colide.

Consoante incisos III e V do artigo 927 do CPC/2015, juízes e tribunais devem observar os acórdãos proferidos em Incidente de Assunção de Competência, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, em julgamento de Recursos Extraordinário e Especial repetitivos e também a orientação do plenário ou do órgão especial dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça aos quais estiverem vinculados.

Dessa maneira, vê-se que tanto o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade – IAI, quanto o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, são precedentes detentores de força vinculante.

Entretanto, embora o CPC/2015 prescreva disporem os dois Incidentes de força vinculativa, qual dos precedentes vincula mais do que o outro sob o plano de eficácia horizontal?

Refletindo-se o questionamento supramencionado e aplicando-se ao objeto do presente estudo, também se questiona: qual dos precedentes a Justiça Federal do TRF4 deve aplicar? O IAI? Ou o IRDR?

Atente-se fortemente e com todas as luzes de incêndio para a força de processamento e julgamento dos precedentes.

O IAI será instaurado a partir da arguição, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do órgão do poder público (art. 948 do CPC/2015). Após, o relator, depois de ouvir o representante do Ministério Público, sujeitará a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

Sendo a arguição rejeitada, o processo seguirá o julgamento. Sendo acolhida, será submetida ao Plenário do Tribunal ou ao Órgão Especial, onde houver. Atente-se que o IAI o qual será analisado com mais profundidade no último tópico, é proveniente do TRF4, Tribunal o qual dispõe de Corte Especial.

Em sendo assim, o IRDR será instaurado quando houver, sincronicamente, a repetição de processos que versem sobre a mesma questão de direito e, também, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art.976 do CPC/2015). Caso o incidente seja inadmitido, o processo não terá seguimento. Caso seja, o relator determinará a suspensão dos processos os quais versem sobre a mesma questão jurídica de todo território o qual a decisão tenha afetação. O Ministério Público também será intimado a se manifestar, entretanto, este não estará obrigado a emitir parecer. O julgamento do IRDR será processado e julgado pelo órgão colegiado competente da matéria discutida.

Observa-se, portanto, ser o teor das matérias das questões de direito, fator de potencial relevância na atribuição da competência do órgão que julgará os incidentes. No IAI, temos matéria de teor constitucional, no IRDR, matéria de teor repetitivo não constitucional.

Nos parece que, o CPC/2015, ao criar um sistema de precedentes, se preocupou de maneira mais contundente com um precedente que visa controlar a exacerbada dissonância de entendimentos havidos entre órgãos de uma mesma jurisdição, do que com um incidente que interpreta a lei e o caso concreto, a luz da Constituição Federal. Nota-se defender o regramento processual com afincos o IRDR e com, desleixo o IAI. Tanto é assim, que se percebe escancaradamente que os artigos os quais regulam a forma de processamento do IAI, nada falam acerca da possibilidade recursal, suspensão de processos, ou mesmo a primazia ao risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Encontramos aqui uma evidente falha ocorrida em nosso ordenamento jurídico processual, que, embora prime cooperação das partes para se obter uma decisão de mérito justa e efetiva, se inclina a apenas remediar o seu próprio descontrole.

Destarte, conquanto o CPC/2015 não tenha atribuído hierarquia direta entre os precedentes proferidos sob plano de eficácia horizontal, o teor da matéria e as hipóteses de cabimentos destes, indicam a necessidade de uma melhor compreensão.

Precedente com Eficácia Persuasiva

Como observado no tópico anterior, as decisões judiciais detêm entre si subordinação obrigatória aos precedentes proferidos no plano de eficácia vertical (tribunais superiores), e no plano de eficácia horizontal (tribunais inferiores).

Nesse sentido, precedente de eficácia persuasiva nada mais é do que a utilização de uma decisão judicial (colegiada ou não), como elemento argumentativo da fundamentação de uma outra decisão judicial. Este tipo de precedente não tem força vinculativa perante a jurisdição, tendo apenas função de ajudar no raciocínio do julgador.

Dessa maneira, para Tereza Arruma Alvim, precedente de eficácia persuasiva detém uma “obrigatoriedade fraca” de aplicação, ao passo de decorrer ele do “bom senso, da razão de ser das coisas, do que se deve ter o direito de razoavelmente esperar (= justa expectativa da sociedade). Da lógica do direito.” (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 279).

De outro lado, Ravi Peixoto define tratar-se de um “precedente declaratório”, na medida em que não há como se atribuir efeito vinculante a um precedente que não cria, específica ou que não é “capaz de sanar o caso concreto”. (PEIXOTO, 2016, p. 134).

Não se olvide dizer dever ser a fundamentação do juiz fator relevantíssimo na aferição do direito (este inclusive é obrigado a fazê-lo). Portanto, importante fundamentar a decisão utilizando-se de um ingrediente que, apesar de não ser vinculativo, é um “valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos”. (TUCCI, 2012, p. 113).

Os precedentes em exame ao nosso ver ultrapassam essa condição. Tanto o IAI quanto o IRDR constituem na criação de uma norma jurídica, a qual terá efeito vinculante sobre uma determinada circunferência. Ambos os precedentes têm a capacidade de obrigar a aplicação da decisão no âmbito de suas instâncias inferiores, de modo que o precedente invocado “só pode” deixar de ser aplicado quando na sua fundamentação existir a sua distinção (técnica do *distinguishing*) ou a sua superação (técnica do *overruling*).

Por fim, ressalta-se possuir o IAI e o IRDR eficácia vinculante forte e não apenas persuasiva.

Precedente com Eficácia Relativa Vinculante

Como já explorado ao longo deste trabalho, é cediço ser precedente, uma decisão que cria, inova, dá sentido e interpreta a lei em detrimento do caso concreto, dando norte ao que deve ser entendido dali em diante.

Precedentes de eficácia relativa vinculante devem ser seguidos e respeitados, sem, contudo, criar uma fonte de direito. Segundo Teresa Arruma Alvim, precedentes de obrigatoriedade média são aqueles que podem ser corrigidos ou modificados através de uma decisão superior (recurso, como exemplo), a qual disponha de entendimento contrário a seu Tribunal Superior. (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 279).

No mesmo viés, José Rogério Cruz e Tucci, citando Buzaid, menciona que o precedente formado a partir de uma súmula, embora disponha de relevância e atribua entendimento pacífico sobre a questão de direito discutida, não tem “autoridade intrínseca de fonte de direito”, posto não interpretar e criar uma razão de ser, mas apenas revelar “o sentido da lei”. (TUCCI, 2012, p. 113).

Trazendo esta linha de raciocínio ao emprego do estudo da eficácia vinculante do IAI e do IRDR, observa-se não se tratar estes precedentes apenas de decisões de obrigatoriedade relativa, pois, considerando-se o alcance de afetação de suas decisões e a constituição do seu teor, tratam-se sim de precedentes vinculantes.

Precedente com Eficácia Vinculante

Precedente com eficácia vinculante, por fim, são aqueles precedentes tidos como obrigatórios, fortes, que não podem deixar de ser seguidos.

A doutrina raciocina de várias maneiras o que é um precedente vinculante. Alguns entendem tratar-se da criação de uma norma jurídica consubstanciada pela interpretação de princípios. Outros, que a obrigatoriedade dependerá de quem está proferindo a decisão, se um tribunal superior ou um tribunal inferior. E outros, ser precedente vinculante apenas aquelas decisões proferidas que não sejam passíveis de reclamação.

De fato, a análise da eficácia vinculante nada em águas turvas. Se olharmos sob a perspectiva de que no direito processual brasileiro o juiz pode julgar, a grosso modo, de acordo com a sua própria convicção (sofrendo pouca ou nenhuma retaliação

por isto), forçar a aplicação de uma outra decisão judicial, proferida por um órgão superior, se torna pouco acessível.

Há quem diga também que obrigar a aplicação de uma decisão judicial de maneira tão restrita pode engessar o desenvolvimento da sociedade. Entretanto, se pensarmos sobre a movimentação de nosso judiciário, que a tudo se apegua na mesma medida em que se desapega, não nos parece nada ruim colocar à discussão o que realmente precisa ser inovado. O que se está em jogo afinal, a busca pela segurança jurídica do ordenamento jurídico, ou o embate antijurídico do “quem pode mais”?

ANÁLISE PRÁTICA DA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DO PROFESSOR

Inicialmente, imprescindível se faz destacar partirem as próximas considerações do entendimento de que o leitor já é um profissional atuante no direito previdenciário e que já saiba acerca da controvérsia constitucional instaurada, quanto a hipótese de não incidência do fator previdenciário na aposentadoria por tempo de contribuição do professor.

Assim sendo, para melhor ilustrar a problemática processual a qual deu razão ao presente estudo, passa-se a analisar dois casos práticos, patrocinados pelo mesmo escritório de advocacia, o qual demonstra a potencial falha ocorrida no sistema de precedentes adotado pelo novel Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, cabe ressaltar que os processos a serem analisados foram ajuizados em procedimentos distintos (definida em razão do valor de alçada) e, nada obstante, esta também seja uma problemática processual de largas dimensões que se conecte com o objeto aqui explorado, apenas irar-se-á abordar acerca da questão adversa quanto a eficácia vinculativa dos precedentes.

Análise temática 1

O primeiro caso a ser analisado foi ajuizado no âmbito do Juizado Especial Federal da seção judiciária do Paraná, circunscrição de Curitiba, sob nº 5035962-40.2016.4.04.7000, tramitando, na origem, pela 8ª Vara Federal.

A parte autora ajuizou demanda previdenciária em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, pleiteando, em sua essência, a revisão do seu benefício de

aposentadoria por tempo de contribuição do professor com base na exclusão do fator previdenciário de sua base de cálculo.

Assim, após as manifestações de praxe, contestação, juntada de processo administrativo e demais atos do juízo, o processo veio concluso à julgamento.

Em sentença, o juízo de primeira instância, conquanto tenha deixado claro o seu entendimento contrário acerca da matéria, julgou a demanda totalmente procedente, aplicando o precedente exarado no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n° 5012935-13.2015.4.04.0000 pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, o qual firmou pela “inconstitucionalidade do inciso I do artigo 29 da Lei 8.213/91, sem redução do texto, e dos incisos II e III do § 9º do mesmo dispositivo, com redução de texto, em relação aos professores que atuam na educação infantil e no ensino fundamental”. Por fim, determinou a revisão da prestação previdenciária, mediante a exclusão do fator previdenciário do salário de benefício.

Nesse passo, o INSS, valendo-se do entendimento dissonante entre a Turma Recursal do Paraná – TRPR e o TRF4, interpôs Recurso Inominado, baseando-se, em suma, não ser possível a exclusão do fator previdenciário da fórmula de cálculo da aposentadoria, pois entende que a Constituição Federal não estaria sendo ferida, mas sim, o dispositivo infraconstitucional incluso na Lei n° 8.213/1991.

A TR/PR, por seu turno, deu provimento ao Recurso do INSS, justificando ser o seu posicionamento adverso ao do TRF4, pois não se considera vinculado ao órgão, e sim à Turma Nacional de Uniformização – TNU. A TNU, por sua vez, entende ser aplicável fator previdenciário na aposentadoria do professor.⁷²

Nesse viés, inconformada com o julgamento proferido pela TR/PR, a parte autora protocolizou Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal – STF, para tentar dirimir as diferenças substanciais havidas entre as decisões.

Ocorre que no interim da tramitação do processo ora analisado, o TRF4 veio a instaurar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n° 11, incidente, o qual tem como tese jurídica firmada a hipótese de inaplicabilidade do fator previdenciário nesta espécie de benefício.

Com efeito, em sua decisão de instauração, o relator do IRDR fundamentou que, tendo em vista restar evidente a disparidade encontrada entre os entendimentos

⁷² Com a devida *vênia*, salienta-se que a TNU entre os anos de 2015 e 2016, mudou seu entendimento por pelo menos três vezes.

do TRF4 e dos "JEF's" da quarta região, bem como, a efetiva repetição de processos que versam sobre a mesma questão jurídica, e, por fim, a possibilidade de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, o incidente é cabível, devendo a questão ser levada a discussão por aquela sessão.

Tomando conhecimento disto, a parte autora requereu incidentalmente fosse o processo sobrestado, em razão da observância da instauração do IRDR n° 11, para tentar afastar o manto do trânsito em julgado.

Nesse sentido, em um primeiro momento, o gabinete de admissibilidade da TR/PR houve por acolher o requerimento da parte autora. Contudo, três meses depois, mandou levantar o sobrestamento, intimando as partes acerca do trânsito em julgado.

Ademais, ressalvadas outras peculiares processuais ocorridas durante o processo, este se encontra aguardando o julgamento de um agravo interno.

Análise temática 2

A segunda demanda analisada foi ajuizada sob a guarda da Justiça Federal do Paraná. Sua tramitação se deu pela 17ª Vara Federal da Comarca de Curitiba, recebendo como número de processamento o de 5035965-92.2016.4.04.7000.

Tal qual o processo acima analisado, depois de cumpridas as formalidades legais, o processo veio concluso a julgamento.

Em seu julgamento, por conseguinte, a magistrada de primeira instância entendeu pela procedência total da demanda, fundamentando não só entendimento favorável à tese da questão de direito já julgada pelo TRF4 no IAI, como também à aplicação deste, com base no art. 927, V do CPC/2015.

Se denota, aqui, visível diferença de comportamento entre um magistrado e outro.

O INSS, assim sendo, usando-se das vestes as quais lhes são de direito, interpôs recurso de Apelação, pugnando, mais uma vez, pela aplicação da norma infraconstitucional ao invés da norma constitucional.

Dando seguimento ao processo, a 5ª Turma do TRF4, competente para julgar os processos de matéria previdenciária, negou provimento ao recurso, fundamentando a sua decisão tanto pela interpretação da norma infraconstitucional sob a égide da Constituição Federal, quanto pela aplicação do precedente julgado pelo seu próprio Tribunal.

Imprescindível se faz destacar que o desembargador, o qual proferiu a decisão de não provimento ao recurso do INSS, não só participou do julgamento do IAI como também participará do julgamento do IRDR. O ilustre desembargador não só compõe a Corte Especial, como também compõe a 5ª Turma do TRF4.

Portanto, a problemática aqui explorada pode ser observada a partir deste espectro. Se, os mesmos julgadores os quais compõem as 5ª e 6ª Turmas do TRF4, competentes para julgar matéria previdenciária, também compõem a Corte Especial do mesmo Tribunal, qual seria o motivo para se instaurar o IRDR nº11? E, ainda, poderia as 5ª e 6ª Turmas, ao admitir a instauração do IRDR, deixar de observar uma decisão proferida pela Corte Especial do seu próprio Tribunal? Isto já não seria óbice para colocar a risco a isonomia e a segurança jurídica?

Destarte, ainda não satisfeito, o INSS interpôs recursos às vias extraordinárias, os quais ainda estão pendentes de julgamento.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como principal escopo trazer à reflexão dos profissionais e estudiosos do direito previdenciário uma pequena análise jurídica acerca dos reflexos do Novo Código de Processo Civil 2015, à matéria previdenciária.

O curioso sistema de precedentes brasileiro trouxe consigo infindáveis questionamentos a respeito da força e eficácia vinculante que as decisões judiciais exercem, e podem exercer, em nosso ordenamento jurídico. Além disso, também trouxe à baila a boa e velha pergunta enigmática: qual é o papel das decisões judiciais no direito brasileiro?

O ensaio demonstrou, portanto, que duas pessoas diferentes, detentoras de um mesmo direito, tiveram o caminhar de seus processos dado em direção opostas, pois a forma de instrumentalização do direito não foi equânime.

Nesse passo, viu-se que o Código introduziu ao ordenamento jurídico duas espécies de precedentes (o IAI e o IRDR), no mesmo plano de eficácia (horizontal), sem, contudo, ter premeditado que ambas as decisões poderiam vir a se colidir entre si.

Destarte, de um lado temos um precedente que interpreta, em controle difuso de constitucionalidade, a lei sob a exegese da Constituição Federal. De outro, um precedente que tem como principal escopo a uniformização em massa da

jurisprudência da do tribunal.

No mesmo viés tem-se um precedente que cria uma norma jurídica através da interpretação, compreensão, questionamento, construção de uma razão de ser, da análise da complexidade da matéria em detrimento do caso concreto – tanto é assim, que o próprio ordenamento processual definiu ser a sua forma de processamento realizada e julgada pelo plenário do tribunal ou corte especial quando houver; ou seja, pediu fosse a análise do direito observada por um *quórum* maior e mais experiente de julgadores, respeitando, por conseguinte, a representativa da temática a ser discutida.

De outro lado, tem-se um precedente o qual tem como uma de suas hipóteses de cabimento a uniformização em massa de processos de uma mesma questão de direito repetidos, incluindo o Juizados Especiais.

Qual decisão tem mais força vinculante?

Ficou evidenciado, desse modo, que embora o sistema de precedentes venha com a ideia de criar uma cultura de unicidade entre as decisões judiciais do país, talvez esteja sendo utilizado para remediar uma antiga e inconfundível problemática: a liberdade conferida aos julgadores de julgar os seus processos conforme sua própria convicção.

Foi observado, ainda, existir uma potencial diferença entre a formação da decisão do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade – IAI, e o Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas – IRDR.

Por fim, examinou-se que, apesar de se saber que a criação de um precedente nasce a partir da construção da *ratio decidendi*, qual seja, de um núcleo central rígido e ao mesmo tempo flexível, isto nem sempre atribuirá eficácia vinculante à decisão judicial (no direito brasileiro).

Conectando o processo civil, direito previdenciário e a prática processual suscitada, notou-se ter sido o comportamento do judiciário confuso, pois o mesmo tribunal houve por criar dois precedentes que versam sobre a mesma questão de direito, sem talvez ter observado que o segundo não necessitaria ter sido instaurado.

Destarte, se este estudo fez com que pelo menos o leitor pudesse trazer a questionamento não só que o direito do professor a ter um benefício previdenciário mais digno pode estar a ser ameaçado e, assim, a norma constitucional esvaziada, como também a existência da necessidade de mudança de cultura e pensamento sobre o papel do juiz e das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, o objetivo foi alcançado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Precedente Judicial Versus Jurisprudência Dotada De Efeito Vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Direito Jurisprudencial*. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. v1.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais E Segurança Jurídica : Fundamentos E Possibilidades Para A Juridição Constitucional Brasileira**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http:// www4.planalto.gov.br/legislação](http://www4.planalto.gov.br/legislação). Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. **Lei n. 13.256, de 04 de fevereiro de 2016**. Código De Processo Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 abr. 2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A Força Dos Precedentes No Modernos Processo Civil Brasileiro**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Direito Jurisprudencial*. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. v. 1.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Precedentes Vinculantes**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 215, p. 207-246, jan. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIEIRO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão À Vinculação**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEIXOTO, Ravi. **Superação Do Precedente E Segurança Jurídica**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Em Torno Do Conceito E Da Formação Do Precedente Judicial**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Direito Jurisprudencial*. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. V. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros De Eficácia E Critérios De Interpretação Do Precedente Judicial**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Direito Jurisprudencial*. 1. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado De Processo Civil : Cognição Jurisdicional (Processo Comum De Conhecimento E Tutela Provisória)**. 16. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2016. v. 2.

_____. Precedentes E Evolução Do Direito. In: _____ *et al.* (Org.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012.

_____; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário E A Nova Função Dos Tribunais Superiores No Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LAUDO TÉCNICO COMO PROVA SUBSTITUTIVA DE ESPECIALIDADE DO TRABALHO NOS CASOS DE AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DO PPP

Gisele Büchele Jucá⁷³

Resumo

O artigo tem por objetivo analisar se o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), quando inexistente ou preenchido irregularmente, pode ser substituído por laudo técnico, especialmente por Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), laudos individuais, laudos oriundos da Justiça do Trabalho ou laudos de perícia indireta (por similaridade), permitindo o conhecimento do período de trabalho como especial. No intuito de buscar maior especificidade ao tema proposto e, principalmente, tendo em vista a existência de inúmeros processos previdenciários envolvendo trabalhos com exposição a ruído excessivo, o estudo será desenvolvido dando especial enfoque a esse agente nocivo. A primeira etapa do artigo abordará a evolução da legislação previdenciária ao longo dos anos acerca do ruído, bem como os meios de prova exigidos para a caracterização da atividade laborativa como especial em razão desse agente agressivo. Na segunda etapa do trabalho, serão analisados os principais requisitos legais para o conhecimento do PPP e dos laudos técnicos citados como possíveis provas substitutivas ao formulário previdenciário insuficiente ou inexistente. Na terceira e última fase do artigo, será dado enfoque ao objeto proposto para o estudo, apresentando os principais fundamentos legais e doutrinários, bem como decisões judiciais que admitem a apresentação desses laudos técnicos como prova substitutiva ao PPP, nos casos de ausência ou insuficiência desse formulário previdenciário.

Palavras-chave: Prova de atividade especial. Laudo técnico. Perfil profissiográfico previdenciário. Ruído.

INTRODUÇÃO

Em razão das inúmeras alterações na legislação previdenciária ao longo dos anos, muitos trabalhadores têm encontrado dificuldade para comprovar a especialidade dos períodos de trabalho que envolvam sujeição a agentes nocivos, especialmente, quanto ao ruído excessivo.

⁷³ Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela Escola Superior de Advocacia da Paraíba (ESA-PB). Advogada. Sócia co-fundadora do escritório Jucá & Silva Sociedade de Advogados. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP).

Notoriamente, a concessão de aposentadorias programáveis, como a especial e de tempo de contribuição, envolve a análise de anos de trabalho do segurado. Com efeito, partindo-se da premissa que a grande maioria dos trabalhadores desconhece a necessidade da apresentação de provas específicas acerca da especialidade do trabalho desenvolvido, muitos são os casos de indeferimento administrativo em razão de insuficiência de provas.

Outro aspecto bastante comum nesses casos é a apresentação de formulários previdenciários preenchidos incorretamente pelos empregadores ou desacompanhados do respectivo laudo técnico, os quais, a depender da época do exercício da atividade laborativa e da espécie de agente nocivo presente no meio ambiente de trabalho, possuem apresentação obrigatória.

Na busca de desburocratização desse sistema de provas nasce o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), formulário que, desde 01/01/2004, tem sido aceito, administrativa e judicialmente, como único meio de prova da especialidade do trabalho, não sendo mais necessária a apresentação de laudo técnico, inclusive para os casos de atividade laborativa com exposição ao ruído.

Assim, diante da máxima importância atribuída a esse formulário previdenciário, bem como dos inúmeros casos de descaracterização da atividade especial por irregularidades ou omissões no seu preenchimento, partindo de uma revisão bibliográfica e da legislação pertinente, bem como de decisões judiciais, busca-se investigar se, diante da ausência ou insuficiência do PPP, seria possível o reconhecimento administrativo e/ou judicial da especialidade do trabalho pela apresentação substitutiva ou complementar de laudos técnicos como o LTCAT, laudos individuais, laudos oriundos da Justiça do Trabalho ou laudos decorrentes de perícia indireta por similaridade.

BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA LEGISLATIVA PREVIDENCIÁRIA

Caracterização do ruído como agente nocivo

Conquanto possam ser encontrados outros agentes nocivos em determinados ambientes de trabalho, os quais, isoladamente ou por associação, podem comprometer a saúde ou integridade física do trabalhador, de longa data, o ruído ou o barulho sempre foram motivos de grande preocupação, pois, quando excessivos,

são considerados muito prejudiciais a saúde. Estudos confirmam que “na indústria moderna, mesmo com toda a tecnologia preventiva e protetiva do trabalho, o ruído é o agente físico que mais produz acidentes [...]”. (MARTINEZ, 2010, p. 71).

Para melhor compreensão acerca do ruído como agente agressivo capaz de caracterizar a atividade laborativa como especial, cumpre registrar os ensinamentos de Ribeiro (2010) acerca dos tipos de ruídos encontrados no ambiente de trabalho, os quais seriam classificados como: 1) **ruído permanente**, que é aquele se repete constantemente no decorrer da jornada de trabalho; 2) **ruído não ocasional**, definido como frequente e **usual**; 3) **ruído intermitente**, que não é contínuo, mas apresente interrupções ou suspensões; 4) **ruído habitual**, que é usual, que se sucede frequentemente; **ruído eventual**, que é incerto, fortuito ou casual; e 5) **ruído contínuo**, que se repete frequentemente na jornada de trabalho, de forma contínua.

Note-se que a preocupação com a proteção do trabalhador exposto a esse agente nocivo não se resume apenas a sua intensidade, mas, sobretudo, quanto a duração da exposição do obreiro ao ruído, haja vista que ambos podem ser potencialmente ofensivos a saúde. Quando não respeitados os limites de tolerância de exposição ao ruído, as consequências para a saúde do trabalhador podem ser inúmeras, dentre elas, a incapacidade auditiva do indivíduo, cujos reflexos negativos ultrapassam a incapacidade laborativa, mas alcançam também o seu convívio social e as suas relações interpessoais.

A par da potencial agressividade do ruído à saúde do trabalhador, a sua caracterização como agente nocivo sofreu diversas modificações ao longo dos anos na legislação previdenciária, especialmente quanto aos níveis de tolerância e tempo máximo de exposição.

A evolução da legislação previdenciária, no tocante a exposição ao ruído, justifica-se pelos avanços dos meios técnicos de sua aferição no meio ambiente de trabalho, assim como pela busca do legislador previdenciário na promoção de efetiva proteção à saúde e integridade física dos trabalhadores que exercem suas atividades sujeitos a esse agente.

Historicamente, o Decreto n.º 53.831/64 trazia o ruído acima de 80 decibéis como caracterizador da atividade como especial para fins previdenciários, havendo previsão no código 1.1.6 de seu Anexo de concessão da aposentadoria especial aos 25 anos de trabalho com exposição a esse agente agressivo.

O Decreto n.º 83.080/79, posteriormente, passou a estabelecer como especial, no código 1.1.5, de seu Anexo I, o trabalho com exposição a ruído acima de 90 decibéis.

Com a publicação do Decreto n.º 2.172, em 05 de março de 1997, foram revogadas as disposições dos decretos anteriores, mantendo-se, contudo, o nível de tolerância do ruído superior a 90 decibéis, conforme código 2.0.1, do Anexo IV, do novo regulamento.

Apenas em 18 de novembro de 2003, com a publicação do Decreto n.º 4.882, o ruído passou a ter enquadramento idêntico ao previsto na legislação trabalhista⁷⁴, momento em que o limite de tolerância regrediu para 85 decibéis.

Em razão dessas inúmeras modificações legislativas acerca do nível de exposição ao ruído, para o enquadramento da atividade como especial para fins previdenciários, a partir do julgamento do Recurso Especial n.º 139.826-0/PR, recebido pela regra dos recursos repetitivos, foi firmado o entendimento que o tempo de serviço especial deverá ser regido pela legislação vigente ao tempo do efetivo exercício da atividade laborativa.

Assim, a exemplo dos casos de concessão do benefício de pensão por morte, onde a legislação aplicável deve ser aquela vigente à data do óbito do instituidor do benefício, posto que é o evento “morte” o fato gerador da proteção previdenciária garantida aos dependentes do segurado, dada a aplicação do princípio *tempus regit actum*, que norteia todo o universo previdenciário, passou-se a adotar o tempo da prestação do serviço com exposição ao ruído excessivo como marco para aplicação das disposições legais acerca do reconhecimento da atividade como especial.

Assim, partindo desse entendimento, para efeitos de enquadramento da atividade como especial, os níveis de ruído devem seguir os parâmetros estabelecidos pelos regulamentos, isto é: a) acima de 80 dB(A) na vigência do Decreto n.º 53.831/64; b) acima de 90 dB(A) no período de 06/03/1997 a 18/11/2003 (vigência do Decreto n.º 2.172/97); e c) acima de 85 dB(A) a partir da publicação do Decreto n.º 4.882/03.

De outro lado, conquanto não se desconheça a possibilidade de enquadramento como especial de determinadas atividades profissionais até

⁷⁴ O item 15.15 da NR 15 do Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE) define limite de tolerância como sendo a “concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral”. (BRASIL, 1978).

05/03/1997 (data de publicação do Decreto n.º 2.172), historicamente, o reconhecimento da especialidade do trabalho por exposição ao ruído sempre exigiu a apresentação de prova técnica por parte do segurado.

A Instrução Normativa INSS/PRES n.º 77, de 21/01/2015, é bastante elucidativa nesse ponto, quando o art. 258 dispõe acerca das provas necessárias para o reconhecimento da especialidade da atividade laborativa.

Para períodos de trabalho anteriores a 28 de abril de 1995, véspera de publicação da Lei 9.032, serão aceitos como prova para caracterização da atividade exercida com exposição ao ruído, os antigos formulários, desde que emitidos até 31/12/2003, acompanhados obrigatoriamente do LTCAT. (alínea “a”, I, art. 258).

Os antigos formulários indicados pela Instrução Normativa do INSS, seriam o SB/40, DISES-BE 5235, DSS-8030 e o DIRBEN 8030, que representavam o histórico laboral do segurado a respeito da exposição a agentes agressivos no ambiente de trabalho.

O formulário SB/40, regulamentado pela OS/SB n.º 52.5 de 13/08/1979 (emitido entre 13/08/1979 e 11/10/1995), era um formulário bastante simples, no qual a empresa, além dos dados pertinentes ao segurado e sua jornada de trabalho, precisava preencher outras três informações: a) descrição do local onde foi exercida a atividade; b) indicação dos agentes agressivos encontrados no ambiente de trabalho e c) informação acerca do tipo de exposição aos agentes agressivos, isto é, se a exposição se dava forma habitual e permanente.

Nesse mesmo período, era aceito o DISES-BE 5235, regulamentado pela Resolução INSS/PR n.º 58 de 16/09/1991 (emitido entre 16/09/1991 e 12/10/1995).

Posteriormente, esses documentos foram substituídos pelo DSS-8030, regulamentado pela OS INSS/DSS n.º 518, de 13/10/1995 (emitido entre 13/10/1995 e 25/10/2000). O formulário diferia do SB/40 pela exigência de maior detalhamento dos agentes nocivos encontrados no meio ambiente de trabalho. Além da necessidade de informar se a empresa dispunha de laudo pericial, havendo campo específico para descrever as conclusões desse laudo.

O formulário DIRBEN-8030, regulamentado pela IN INSS/DC n.º 39 de 26/10/2000, é utilizado para comprovar períodos especiais entre 26/10/2000 e 31/12/2003.

Para os períodos de trabalho compreendidos entre a publicação da Lei n.º 9.032/95 e véspera da publicação da Medida Provisória n.º 1.523/96, além dos

formulários previdenciários, exige-se a apresentação de laudo técnico **ou** demais demonstrações ambientais, descritas pelo art. 261 da IN INSS/PRES n.º 77/2015 como sendo: “a) Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA; b) Programa de Gerenciamento de Riscos - PGR; c) Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção - PCMAT; e d) Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO”. (BRASIL, 2015).

Entre a publicação da MP n.º 1.523/96, até 31 de dezembro de 2003, data estabelecida pelo INSS, em conformidade com o determinado pelo § 3º do art. 68 do RPS, é necessário a apresentação dos formulários **e** de laudo técnico ou demais demonstrações ambientais, para todos os agentes nocivos.

Em 1º de janeiro de 2004, todos os antigos formulários foram substituídos pelo Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), documento que por reunir todas as informações administrativas, ambientais e de monitoração biológica sobre as condições de trabalho do segurado em determinada empresa, dispensa a apresentação de laudo técnico, inclusive para os casos de trabalho com exposição ao ruído.

Cumpré observar, nesse ponto, que embora os antigos formulários tenham sido substituídos a partir de 01/01/2004 pelo PPP, ainda podem ser aceitos pelo INSS, desde que emitidos até 31/12/2003 e, quando no caso de trabalho com exposição ao ruído, estejam acompanhados do respectivo laudo técnico.

PROVA DE ATIVIDADE ESPECIAL

Principais requisitos para conhecimento do PPP

Introduzido na legislação previdenciária através da Lei n.º 9.528/97, mas sem adequada conceituação, de acordo com o seu art. 58, §4º a empresa deveria “[...] elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento”. (BRASIL, 1997).

Regulamentado alguns anos depois pelo Decreto n.º 4.032, de 26 de novembro de 2001, o PPP foi conceituado formalmente pelo §8º, de seu art. 68, como sendo o “documento histórico-laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo Instituto Nacional do Seguro Social, que, entre outras informações, deve conter registros

ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos”. (BRASIL, 1999).

Contudo, a eficácia do PPP só foi reconhecida a partir de 1º de janeiro de 2004, conforme §14, do art. 148, da Instrução Normativa INSS/DC n.º 99/03, que, além de definir as exigências para conhecimento do respectivo formulário, estabeleceu a finalidade do documento perante a Previdência Social.

No âmbito doutrinário, o PPP é conceituado como um “mapeamento atualizado das circunstâncias laborais e ambientais, com fiel descrição das diferentes funções do empregado, em face dos agentes nocivos, relato da presença, identificação e intensidade dos riscos, referência a periodicidade da execução do trabalho, enfim, relatório eficiente do cenário de trabalho, concebidos para fins previdenciários”. (MARTINEZ, 2010, p. 82).

As características básicas do PPP são definidas como: individualidade, atualidade, veracidade, utilidade e alcance. (MARTINEZ, 2010, p. 82).

O PPP é considerado *individual*, porque apresenta uma declaração personalizada acerca de determinado trabalhador.

A sua *atualidade* é verificada pela necessidade de, durante a vigência do contrato de trabalho, o empregador manter sempre atualizadas as informações relativas ao empregado e a existência ou não de agentes agressivos no ambiente de trabalho, emitindo esse formulário em favor do trabalhador contemporaneamente a sua rescisão. Ao avesso do que ocorria nos casos dos formulários antigos, os quais, pela inexistência de previsão legal acerca de prazo específico para serem fornecidos pelo empregador, muitas vezes só eram emitidos anos após a extinção do vínculo de trabalho. Em regra, quando o segurado já estava às margens de aposentar-se, via-se muitas vezes prejudicado, pois a maioria das empresas já não existiam, impedido que o trabalhador pudesse fazer prova da especialidade do período laborativo pela ausência do formulário previdenciário.⁷⁵

⁷⁵ Apesar da obrigação legal de fornecimento do PPP em favor do trabalhador no momento da rescisão do contrato de trabalho, muitos empregadores não vislumbram essa obrigação com a seriedade devida. Conforme adverte LADENTHIN (2013, p. 199) “[...] na prática essa regra não é levada muito a sério. Na verdade, o PPP, deve ser fornecido por todas as empresas, independentemente de haver exposição a agentes agressivos, pois a sua finalidade não é apenas computar tempo especial, mas também para requerimento de benefícios por incapacidade onde se precisa da profiisografia do trabalho exercido pelo segurado para avaliar a concessão do benefício de natureza previdenciária ou acidentária, por exemplo”.

Já a *veracidade* do PPP corresponde a obrigação legal do representante da empresa, sob pena de crime de falsificação de documento público, preencher o referido documento com informações fiéis aos levantamentos ambientais e de monitoração biológica, sem omitir o conteúdo do laudo técnico ou inserir informações inverídicas. Deverá, pois, ser um espelho fiel do laudo técnico e acaso “a empresa entenda que não existe a exposição ao agente nocivo, ainda assim deverá fornecer o PPP, se solicitado pelo trabalhador, obviamente relatando no documento a inexistência de atividade especial”. (IBRAHIM, 2015, p. 626).

A *utilidade* do PPP, por sua vez, confunde-se com um dos seus próprios objetivos, que diante do tema proposto para esse ensaio, é apresentar perante a Previdência Social as condições necessárias à comprovação do tempo de trabalho especial.

O *alcance* do PPP é definido por Martinez como a inexistência de previsão legal “acerca do período de duração do vínculo jurídico para ser necessário o documento; a rigor, logo, seria a qualquer tempo”. (MARTINEZ, 2010, p. 84).

Em razão da sua definição formal e doutrinária, pode-se afirmar, portanto, que o PPP foi criado em substituição aos antigos formulários com o intuito de desburocratizar e simplificar a análise do tempo especial perante a Previdência Social.

Por outro lado, para possa ser admitido pela Administração Previdenciária para fins de caracterização da atividade como especial, é necessário que o PPP preencha todos os quesitos legais estabelecidos para o seu conhecimento.

As principais premissas para conhecimento do PPP estão previstas na IN INSS/PRES n.º 77/2015, a qual, de acordo com o seu art. 258, estabelece que o PPP deve conter as seguintes informações básicas: a) dados administrativos da empresa e do trabalhador; b) registros ambientais; c) resultados de monitoração biológica; e d) Responsáveis pelas Informações. (BRASIL, 2015).

Através dos dados administrativos é possível identificar o vínculo laborativo, bem como as atividades desenvolvidas pelo segurado na vigência do contrato de trabalho. Assim, os dados administrativos principais compreendem: nome da empresa; CNPJ; nome do trabalhador; número do NIT do trabalhador; número da CTPS; data de admissão e demissão; o regime de revezamento adotado e a profissiografia da atividade desenvolvida.

Nos registros ambientais, sempre preenchido com base nas informações constantes no laudo técnico, serão descritos os agentes nocivos encontrados no

ambiente de trabalho, bem como se havia o fornecimento e utilização de equipamentos de proteção individual. Além disso, é necessário informar acerca da eficácia do EPI.⁷⁶

As demonstrações ambientais devem ser atualizadas pelo menos uma vez ao ano, quando da avaliação global, ou sempre que ocorrer qualquer alteração no ambiente de trabalho ou em sua organização (art. 261, §2º, da IN INSS/PRES n.º 77/2015).

Considerando, nesse ponto, que o agente agressivo informado pelos registros ambientais seja o ruído, é importante observar, no caso de exposição a níveis variados, há necessidade de informar o tempo de exposição para cada nível verificado.

Para os casos de exposição a níveis variados de ruído, o INSS exige a apresentação do Nível de Exposição Normatizado (NEM), cuja técnica, com base na NHO 1 da FUNDACENTRO, deve ser a da média ponderada. No entanto, em âmbito judicial, verifica-se posicionamento mais favorável ao segurado, possibilitando a adoção da média aritmética simples nos casos em que o laudo técnico não fornece elementos suficientes para se aferir com exatidão o tempo de exposição do trabalhador a cada nível de ruído.⁷⁷

No campo para resultados de monitoração biológica, serão verificadas todas informações acerca dos resultados dos exames realizados pelo trabalhador durante a vigência do contrato de trabalho.

Na seção “Responsáveis pelas Informações”, serão registrados os dados do responsável pelo preenchimento do PPP. O formulário deverá ser assinado pelo representante legal da empresa ou seu preposto, sobre o qual recairá a responsabilidade por qualquer informação inverídica.⁷⁸

⁷⁶ No tocante ao ruído, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, firmou o entendimento que “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”. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 664.335/SC**, RELATOR MINISTRO LUIZ FUX, DATA DO JULGAMENTO 04/12/2014, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE 12/12/2015).

⁷⁷ BRASIL, Turma Nacional de Uniformização. **PEDILEF nº 2010.72.55.003655-6**, Relator Juiz Federal Adel Américo de Oliveira, DOU 17/08/2012.

⁷⁸ Conforme alterações promovidas pela IN INSS/PRES n.º 85, de 18/02/2016, deverá ser informado o Número de Informações do Trabalhador (NIT) do responsável pela sua assinatura, devendo constar, ainda, o carimbo da empresa.

Quanto aos responsáveis pela emissão, os antigos formulários previdenciários e o PPP podem ser emitidos: a) pela empresa; b) por cooperativa de trabalho ou de produção; c) por órgão gestor de mão de obra ou d) pelo sindicato da categoria, sendo definido pelo §2º, do art. 260, da IN INSS/PRES n.º 77/2015, qual deverá ser a situação do segurado em cada caso para que sejam aceitos.

Conforme se pode observar ao longo do pesquisado, desde 01/01/2004, o PPP é utilizado como prova para fins de enquadramento da atividade como especial, tratando-se de documento individualizado emitido pela empresa ou preposto em favor do segurado para ser utilizado junto ao INSS como prova de exposição a agentes nocivos.

Todavia, para que este documento seja admitido como prova de especialidade do trabalho é necessário observar os requisitos formais impostos pela legislação previdenciária e pela norma interna do INSS acerca de seu conteúdo.

Assim, desde contenha todas as informações necessárias a caracterização da atividade como especial, o PPP poderá instruir o processo administrativo ou judicial sem necessidade de apresentação do laudo técnico, inclusive para o agente nocivo ruído.

Principais requisitos legais do LTCAT

No caso específico de trabalho com exposição ao ruído, o laudo técnico pericial era uma exigência a mais reclamada pela Previdência Social até 31/12/2003, sendo a sua ausência um fato impeditivo ao reconhecimento da especialidade do trabalho.

A partir de 01/01/2004, quando os antigos formulários foram substituídos pelo PPP, o laudo técnico pericial foi igualmente substituído pelo LTCAT. (MARTINEZ, 2010, p. 103). Desde então, o INSS só exige a apresentação do LTCAT quando for necessário dirimir eventual dúvida para caracterização da atividade como especial, estando a empresa obrigada a prestar tais informações (parágrafo único do art. 263, da IN INSS/PRES n.º 77/2015).

A natureza jurídica do laudo técnico é definida por Martinez como sendo: “peça técnica formal elaborada por pessoa juridicamente habilitada, com caráter auxiliar constitutivo de direito. Tem a mesma função do parecer técnico pericial: aduzir esclarecimentos a leigo sobre determinada situação específica”. (MARTINEZ, 2010, p. 103).

Quanto a sua tipologia, o laudo técnico é classificado como individual ou coletivo.

O laudo será individual quando elaborado exclusivamente para o trabalhador, mas não pode ser confundido com unilateral, pois o laudo unilateral, que é elaborado apenas a pedido do requerente, não admitido para fins previdenciários, pois de trata de prova produzida unilateralmente.

De acordo com o inciso IV, do art. 261, da IN INSS/PRE n.º 77/2015, para que o laudo individual seja aceito pelo INSS é necessário vir acompanhado de: a) autorização escrita da empresa realizar o levantamento, quando o responsável técnico não for seu empregado; b) nome e identificação do acompanhante da empresa, quando o responsável técnico não for seu empregado e c) data e local da realização da perícia. (BRASIL, 2015).

O laudo é considerado coletivo quando contempla os resultados de avaliação de todos os setores e trabalhadores da empresa. No entanto, para ser admitido é necessário que o posto de trabalho do segurado seja contemplado pelo documento.

Os critérios de formalidade para conhecimento do LTCAT estão previstos pelo art. 262, da IN INSS/PRES n.º 77/215, podendo ser destacados como seus principais elementos informativos constitutivos: 1) dados cadastrais informativos da empresa; 2) identificação do local de trabalho e da função desempenhada pelo trabalhador e pelo setor da empresa; 3) descrição dos agentes nocivos verificados no meio ambiente de trabalho; 4) tempo de exposição aos agentes nocivos; 5) metodologia e procedimentos utilizados; 6) descrição das medidas de segurança utilizadas pela empresa para prevenção ou neutralização dos riscos, especificando, ainda, os equipamentos de proteção individual e coletiva fornecidos; 7) a conclusão do LTCAT; 8) data da realização do levantamento ambiental e 9) assinatura e identificação responsável pela avaliação ambiental.⁷⁹

Dentre as premissas mínimas exigidas para conhecimento do LTCAT, algumas merecem ser observadas em razão de apresentarem peculiaridades importantes.

⁷⁹ O art. 279, da IN INSS/PRES n.º 77/2015, determina que a partir de 01/01/2004, os procedimentos técnicos de avaliação ambiental deveram ser realizados observando as Normas de Higiene Ocupacional - NHO da FUNDACENTRO e os limites de tolerância estabelecidos pela NR-15 do MTE. Aplicando-se, sempre, as normas vigentes à época da avaliação ambiental.

A primeira é temporalidade do laudo técnico, que está associada a necessidade permanente de sua atualização pela empresa. Isso ocorre porque a prova pericial tem o condão de retratar as condições em que o trabalho era realizado.

Portanto, sempre que houver alguma mudança no meio ambiente laborativo, como, por exemplo, a troca de maquinário, cujo ruído produzido pela sua utilização seja inferior ao antigo, é necessário realizar nova avaliação pericial.

A segunda peculiaridade está relacionada à data de realização da avaliação ambiental, que representa um fato importantíssimo para fins previdenciários, sobretudo, porque administrativamente não se conheceria a especialidade do trabalho quando o LTCAT é extemporâneo ao exercício da atividade.⁸⁰

No âmbito da administração previdenciária, o laudo considerado extemporâneo só seria admitido como prova de enquadramento da atividade como especial, quando cumprida a exigência estabelecida pelo §3º, do art. 261, da IN INSS/PRES n.º 77/2015.

Conforme esclarece Ladenthin (2013, p. 190) acerca da matéria:

deve ser observado se o laudo é contemporâneo ao período de trabalho, ou seja, se ele foi elaborado dentro do período em que o segurado trabalhou. Na via administrativa, isso é indispensável. Na justiça o entendimento tem sido mais elástico, admitindo-se laudo extemporâneo considerando que o segurado não pode ser prejudicado pela desídia do empregador.

O entendimento doutrinário e judicial⁸¹ favorável ao acolhimento dos laudos não contemporâneos ao início da prestação de serviço, decorre da lógica inegável que, em épocas mais remotas, menos seguros e mais ofensivos eram os locais de trabalho, assim, se anos depois, ainda estão presentes fatores de risco nesses ambientes

⁸⁰ Impede destacar nesse ponto que, a partir de 16/07/2016, em razão de decisão proferida pela 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Recife, Pernambuco, na ACP nº 0802331-13.2016.4.05.8300/PE, para comprovação de atividade com exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde e a integridade física, administrativamente é admitido o LTCAT ou documento substitutivo extemporâneo desde que esse documento “atesta de forma fundamentada a exposição do segurado a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física no período pretérito”. Assim, o documento extemporâneo que contiver essas características não poderá ser desconsiderado unicamente pelo fato de ser “extemporâneo”. (BRASIL, 2016).

⁸¹ O tema foi objeto de súmula pela Turma Nacional de Uniformização: “o laudo pericial não contemporâneo ao período trabalhado é apto à comprovação da atividade especial do segurado”. (BRASIL, TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO. **SÚMULA 68**. DATA DO JULGAMENTO 11/09/2012, DOU 24/09/2012, PG. 00114).

laborativos, mais ainda estavam presentes esses mesmos fatores de risco em décadas passadas.

A terceira peculiaridade refere-se à necessidade de assinatura e identificação do responsável pela realização do levantamento ambiental. A lei previdenciária é bastante clara quando afirma que apenas o médico de segurança do trabalho e o engenheiro são qualificados (art. 58, §1º, Lei n.º 8.213/91, com redação atual dada pela Lei n.º 9.732/98 e art. 68, §3º do Decreto n.º 3.048/99, com redação atual dada pelo Decreto n.º 8.123/2013). Importante observar, esses profissionais também precisam possuir registro habilitado perante o respectivo órgão de controle de exercício profissional. Do contrário, ainda que o laudo retrate fielmente as condições ambientais, o documento não será aceito para fins de caracterização da atividade como especial.

Por fim, outro aspecto a ser destacado é a necessidade de informação quanto a habitualidade e permanência da exposição do trabalhador ao agente nocivo.

Embora a Lei n.º 9.032/95⁸² tenha alterado o art. 57 da Lei n.º 8.213/91, exigindo exposição permanente, não ocasional e nem intermitente ao agente nocivo, para o enquadramento da atividade como especial, verifica-se que apenas com o Decreto n.º 4.882/03 houve conceituação formal do termo “permanência”.

O art. 65, do Decreto n.º 4.882/03, conceituou a permanência ligando-a diretamente ao exercício da atividade laborativa ou prestação de serviço. Assim, considera-se permanente “aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço”. (BRASIL, 1999).

Além da conceituação formal do termo permanência, outra contribuição importante dada pelo Decreto n.º 4.882/03 foi o fato de não ser mais necessário informar se exposição ao agente nocivo ocorria de forma “habitual e permanente, não ocasional e nem intermitente”, bastando a utilização apenas da expressão “permanente” para que as demais adjetivações fossem verificadas, conhecendo o labor como especial. (LADENTHIN, 2013, p. 90).

⁸² No cenário judicial o entendimento firmado é no sentido que a comprovação do exercício permanente, não ocasional nem intermitente, somente passou a ser exigido a partir da publicação da Lei n.º 9.032/95, havendo súmula da Turma Nacional de Uniformização sobre o tema (Súmula 49).

No mais, o critério de permanência refere-se à exposição ao agente agressivo em razão da atividade laboral, e não à integralidade da jornada. A teor parágrafo único, do art. 65, do Decreto n.º 4.882/03, significa dizer que os períodos de descanso previstos pela legislação trabalhista, inclusive férias, afastamentos por benefícios previdenciários por incapacidade (acidentários) e por salário-maternidade, serão igualmente computados como especiais, desde que na data do afastamento o segurado esteja exercendo atividade considerada especial. (BRASIL 1999).

Uma vez conceituado o critério de permanência, bem como esclarecidos os principais requisitos legais para conhecimento do LTCAT em razão do tema proposto para estudo, faz-se necessário observar que o LTCAT pode ser substituído por outros documentos, além daqueles já previstos no art. 261 da IN INSS/PRES n.º 77/2015⁸³. Para esse estudo, será destacado como prova substitutivas do LTCAT os laudos técnicos: a) produzidos no âmbito da Justiça do Trabalho; b) oriundos de perícia indireta por similaridade e c) individuais, os quais serão estudados no capítulo a seguir.

Como se observou ao logo desse capítulo, o laudo técnico deve preencher quesitos mínimos para ser conhecido administrativamente como prova da especialidade de um determinado período de trabalho. Dentre as diversas premissas estudadas, destaque para a necessidade de ser elaborado e assinado por médico de segurança do trabalho ou engenheiro regularmente habilitado.

Deste modo, conclui-se que preenchidas todas as exigências legais previstas na legislação previdenciária para o seu conhecimento, o LTCAT estará apto à caracterização do labor especial.

LAUDO TÉCNICO COMO PROVA SUBSTITUTIVA AO PPP IRREGULAR

Fundamentos para produção e utilização da prova pericial

Como visto, para fins de caracterização do tempo de trabalho especial em âmbito administrativo e judicial, inclusive para os casos de exposição ao ruído, o segurado poderá valer-se apenas da apresentação do PPP, sem a necessidade de instruir o processo administrativo ou judicial com o respectivo laudo técnico.

⁸³ Em razão da brevidade desse ensaio, deixaremos de estudar todos os documentos mencionados pela IN INSS/PRES n.º 77/2015, dando ênfase apenas aos laudos produzidos no âmbito da Justiça do Trabalho e aos laudos individuais.

Contudo, são inúmeros os casos de irregularidade no preenchimento desse formulário ou mesmo de inexistência desse documento, fato que pode representar verdadeiro calvário jurídico para o segurado que pretende a concessão de uma aposentadoria especial ou incremento da aposentadoria por tempo de contribuição.

De outro lado, nos casos de insuficiência por irregularidade ou inexistência de PPP, no tocante a determinado intervalo que se pretenda ver reconhecido como especial para fins de aposentadoria, verifica-se a possibilidade de apresentação substitutiva ou complementar de laudos técnicos como: a) LTCAT (ou documento substitutivo, conforme IN INSS/PRES n.º 77/2015), ainda que extemporâneo à época do exercício da atividade laborativa (Súmula n.º 68 da TNU); b) laudos técnicos periciais realizados na empresa em razão de ações trabalhistas (individuais ou coletivas), ainda que o segurado não seja o reclamante, desde que por determinação da Justiça do Trabalho ou do Ministério Público; c) laudos decorrentes de perícia indireta por similaridade ou d) laudos individuais.

Exceto para os casos de substituição do PPP pelo próprio LTCAT ou laudo individual, nos quais poderiam ser verificados sem maiores discussões os elementos necessários a caracterização do labor como especial, suprindo eventuais falhas ou omissões do formulário⁸⁴, a tarefa de contestar irregularidades no PPP nem sempre é fácil para o segurado.

Isso porque, em regra, eventuais questionamentos acerca das informações impressas no PPP precisariam ser levados à apreciação da Justiça do Trabalho.

No cenário judicial, vê-se posicionamento nesse sentido, confirmando que

a desconstituição do formulário voltado à comprovação do tempo especial e/ou de outros registros das condições ambientais de trabalho é controvérsia afeta às feições da relação empregatícia e, portanto, matéria que extravasa o litígio travado com a

⁸⁴ Em sentença prolatada pelo Juizado Especial Federal Cível da Subseção Judiciária de Campina Grande, Seção da Paraíba, foi reconhecida a possibilidade de substituição de um PPP sem a assinatura do representante legal da empresa, enquadrando o tempo de trabalho como especial, em razão da apresentação de LTCAT (ainda que extemporâneo), o qual confirmava-se a existência de trabalho com exposição a ruído acima dos limites de tolerância. Confira-se o trecho da sentença nesse ponto: “[...] o autor apresentou PPP (anexo 19, p. 4). A despeito deste documento não conter a assinatura do representante legal da empresa, tenho que está suprida a falta, tendo em vista que há nos autos LTCAT, elaborado em 2013, atestando que o autor fora exposto ao agente nocivo “ruído”, com nível de exposição de 100 d(B)A. Vale dizer que, para confecção do PPP, deve-se basear no LTACT”. (BRASIL, JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINA GRANDE, PARAÍBA, **PROCESSO N.º 0502730-87.2017.4.05.8201**, JUIZ FEDERAL GILVÂNKLIM MARQUES DE LIMA, DATA DA SENTENÇA 04/08/2017).

Previdência Social. (BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, 2018).

A própria Justiça do Trabalho confirma esse entendimento ao afirmar que

a produção de prova, para apuração ou não de labor em reais condições de risco acentuado à saúde e integridade física do trabalhador, mesmo para fazer prova junto ao INSS visando à obtenção da aposentadoria especial, por envolver relação de trabalho, é da competência desta Justiça Especializada [...]. (BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, TERCEIRA TURMA, 2011).

Acredita-se que esse posicionamento judicial seria reflexo de interpretação literal ao art. 58, § 4º, da Lei n.º 8.213/91, incluído pela Lei n.º 9.528/97, o qual atribui à empresa o dever de elaborar e manter atualizado o laudo técnico, fornecendo cópia autêntica do PPP ao trabalhador quando da rescisão do contrato de trabalho, quadro este que traduziria tal obrigação como sendo tipicamente de natureza trabalhista.

Assim, acaso PPP fornecido pela empresa não retrate a realidade laborativa do segurado quanto ao trabalho com exposição a agentes nocivos, por competência definida pelo art. 114 da CRFB/88, caberia à Justiça do Trabalho a apreciação de eventual ação declaratória cujo objetivo seja a realização de perícia judicial junto a empresa para verificação concreta dos eventuais agentes agressivos encontrados naquele meio ambiente laborativo, ainda que o objetivo dessa prova pericial seja exclusivamente comprovar o exercício de trabalho especial para fins previdenciários.

85

Todavia, antes do ajuizamento de ação individual pelo segurado com o intuito de questionar as informações contidas no PPP, seria recomendável pesquisar se já não existem outras reclamações contra a mesma empresa, nas quais, através da produção de prova pericial, possa ter sido confirmado a presença de agentes agressivos no ambiente de trabalho acima dos limites de tolerância, haja vista a admissibilidade de laudos periciais oriundos da Justiça do Trabalho pela própria Administração Previdenciária, mesmo nos casos em que o segurado tenha sido parte da ação.

⁸⁵ O art. 11, § 1º, da CLT afirma que é imprescritível a pretensão cujo objeto seja anotações para fins de prova junto à Previdência Social.

Por outro lado, observa-se que a situação se apresenta menos problemática para os casos de substituição do PPP por laudo decorrente de perícia indireta por similaridade.

Ainda que não haja reconhecimento dessa prova técnica em âmbito administrativo (art. 621, §1º, incisos III, IV e V da IN INSS/PRES n.º 77/2015), judicialmente a realização dessa prova pericial vem sendo admitida.

A perícia indireta por similaridade é possível quando comprovada a impossibilidade de levantamento técnico de dados no próprio ambiente laborativo pelo: 1) **encerramento das atividades pela empresa** em que segurado tenha trabalhado com sujeição a agente agressivos; 2) **mudança de layout**, nos casos em que a empresa tenha alterado substancialmente as condições do ambiente de trabalho da época do vínculo laborativo e 3) **inexistência de formulários previdenciários ou laudos técnicos**.

A prova pericial indireta, inclusive quando decorrente de prova emprestada⁸⁶, tem sido defendida pela doutrina especializada como documento hábil à comprovação do labor especial. Consoante esclarece Ladenthin a “similaridade não quer dizer igual, mas parecido. Representa uma aferição indireta das circunstâncias de trabalho [...]”. (LADENTHIN, 2013, p. 196). Nesse contexto, para o acolhimento do laudo pericial por similaridade para fins previdenciários, afirma ser necessário observar que “o ramo de atividade e as funções exercidas devem ser as mesmas” e “a natureza da atividade do segurado deve ser similar àquelas exercidas na empresa vistoriada”. (LADENTHIN, 2013, p. 196-197).

Judicialmente, os critérios para a admissibilidade dessa prova não são diferentes.

A Turma Nacional de Uniformização, por exemplo, entende ser possível a realização de perícia indireta por similaridade nos casos de extinção das empresas em que o segurado trabalhou com sujeição a agentes agressivos ou de alteração substancial das condições originais do ambiente de trabalho, desde que não existam laudos técnicos ou formulários que possam comprovar que a atividade laborativa era segurado. (BRASIL, TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO, 2017).

⁸⁶ “No caso da prova emprestada, é preciso prévia indicação do agente nocivo cuja presença se quer comprovar, fundado ao menos em indício de sua presença, bem como demonstração da similaridade mediante descrição mínima do ramo de atividade, porte da empresa, funções, ambiente e recursos de trabalho, localização etc.”. (BRASIL, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO, 2009).

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em oportunidade para se manifestar acerca do tema, também reconheceu a possibilidade de utilização da perícia produzida por meio indireto, em empresa similar àquela em que trabalhou o segurado, afirmando que “diante do caráter eminentemente social atribuído à Previdência, onde sua finalidade primeira é amparar o segurado, o trabalhador não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção, no local de trabalho, de prova, mesmo que seja de perícia técnica. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Respeitadas, portanto, as exigências para a sua realização, o pedido de realização de perícia indireta por similaridade é admitido nos próprios autos da ação de concessão de benefício, e quando constatada a presença de agentes agressivos acima dos limites de tolerância no meio ambiente de trabalho, essa prova técnica poderá ser acolhida em substituição ao PPP inexistente, permitindo, ainda que apenas em âmbito judicial, o reconhecimento do tempo de trabalho como especial para fins previdenciários.

Conforme se pode observar, para configuração da especialidade da atividade por exposição a agente nocivo, inclusive para o ruído excessivo, seria possível a apresentação complementar ou substitutiva ao PPP irregular, omissos ou inexistente. Reconhecendo-se uma maior facilidade para solução dessa problemática, quando o documento substitutivo ou complementar apresentado pelo segurado é próprio LTCAT, uma vez que o formulário é confeccionado observando as diretrizes desse documento.

CONCLUSÃO

Especificamente acerca da prova do tempo especial, não há dúvidas que, no âmbito previdenciário, a comprovação da especialidade dar-se-á pela forma documental.

Isso porque o PPP seria preenchido pela empresa ou preposto observando fielmente, sob as penas de lei, todos os elementos técnicos verificados no LTCAT.

No entanto, não são incomuns os casos em que o PPP é emitido sem as informações necessárias ao conhecimento da especialidade do período de trabalho.

A despeito das disposições legislativas acerca de seus elementos constitutivos básicos, muitos formulários apresentam irregularidade ou omissões. A título de exemplo, cita-se o caso de formulários omissos quanto a existência de registros

ambientais capazes de fundamentar a indicação, no campo 15 do documento, do trabalho com exposição a ruído excessivo, ou em hipóteses mais dramáticas, quando o PPP é entregue ao trabalhador sem a assinatura do representante legal da empresa, invalidando o formulário para fins previdenciários.

Enfim, muitas são as hipóteses de insuficiência por erros técnicos ou literal inexistência desse formulário previdenciário, inviabilizando o reconhecimento especialidade do trabalho.

Acerca dessa problemática, concordamos com Ladenthin quando afirma que o segurado figura como vítima nesse sistema, pois embora o ônus da prova da atividade especial recaia sobre ele, este, por sua vez, sempre dependerá da empresa para lhe fornecer um documento sem falhas ou omissões. (LADENTHIM, 2013, p. 183). Sobretudo, quando considerado que a maioria dos trabalhadores não possui conhecimento técnico para questionar eventuais irregularidades do PPP, deparando-se com falhas ou omissões no documento apenas às margens do pedido de aposentadoria especial ou por tempo de contribuição no INSS. Nesse interim, muitos são os casos de extinção das empresas ou em razão da busca por melhores condições de trabalho, de mudanças significativas no *layout*, modificando completamente as características originais do local de prestação de serviço.

Quando o agente agressivo é o ruído, as dificuldades enfrentadas pelo segurado para caracterização da atividade especial são ainda mais evidentes.

A partir de uma revisão cronológica da legislação previdenciária sobre o enquadramento do ruído como agente agressivo, percebeu-se diversas modificações quanto aos meios de prova de especialidade do trabalho e aos níveis de tolerância, sendo firmado o entendimento que os níveis de tolerância para exposição ao ruído deveram observar a legislação vigente à data da efetiva prestação do serviço.

Ao logo dos anos, muitas foram as espécies de formulários utilizados para caracterização da atividade como especial (SB/40, DISES-BE 5235, DSS-8030 e o DIRBEN 8030), os quais foram substituídos pelo PPP a partir de 01/01/2004. Além de fazer prova frente ao INSS da especialidade do trabalho por exposição a agentes nocivos, viu-se que o PPP pode ser utilizado para outros fins, como comprovar o nexo de causalidade de eventual incapacidade laborativa com a atividade do segurado.

A dispensa de apresentação do laudo técnico nos casos de emissão do PPP, inclusive para o ruído, seria justificável porque todas as suas informações contidas no formulário são amparadas nesse documento técnico.

Significa dizer, embora a apresentação do laudo técnico seja dispensável em razão do PPP, isso não implica em sua inexistência.

Muito pelo contrário, conforme se observa o § 6º, art. 68, Decreto n.º 3.048/99, com redação dada pelo Decreto n.º 8.123/2013, além do PPP precisar imprimir a concreta realidade do meio ambiente de trabalho pelo laudo técnico, existe previsão de penalidades para os casos em que a empresa não mantenha atualizado o respectivo laudo técnico, utilizado como referência para o preenchimento do PPP.

Ao contrário dos formulários previdenciários antigos, acredita-se que o PPP seja infinitamente mais completo em termos de informação, permitindo a análise do tempo especial declarado com muito mais segurança. Contudo, é inegável que esse documento, muitas vezes, é fornecido ao trabalhador apresentando irregularidade no seu preenchimento ou omissões, inviabilizando o reconhecimento do labor como especial.

No tocante as eventuais omissões ou irregularidades no preenchimento do PPP pelo empregador, ou nos casos de inexistência desse formulário, foi possível confirmar que tanto a lei previdenciária, quanto a doutrina especializada e a jurisprudência, indicam algumas possibilidades de o documento ser substituído ou complementado por outros meios de prova.

Em razão do tema proposto para esse estudo, restou confirmado que os laudos oriundos da Justiça do Trabalho, ainda que o segurado não figure como parte, podem ser utilizados em substituição ao PPP irregular ou omissivo, desde que a produção da prova tenha sido ordenada pelo juízo trabalhista ou Ministério Público.

Laudos por similaridade, isto é, quando decorrentes de perícia indireta, embora não sejam conhecidos pela Administração Previdenciária, seriam admitidos em âmbito judicial, desde que comprovada a extinção da empresa ou a impossibilidade de levantamentos das condições de trabalho conforme à época da prestação de serviço.

De outro lado, os laudos individuais, quando realizados observando as premissas da norma interna do INSS, seriam aceitos pelo próprio INSS em substituição ao PPP e LTCAT, permitindo a caracterização do trabalho como especial.

Da mesma forma, o LTCAT, desde que contenha todos os elementos constitutivos básicos para conhecimento da especialidade do trabalho, ainda que elaborado após o exercício da atividade laborativa pelo segurado (laudo extemporâneo), também poderá ser apresentado em substituição ao PPP irregular ou omissivo.

Conclui-se, portanto, que sendo a prova pericial o único meio para comprovação do trabalho como exposição a agentes nocivos, deve ser admitida em substituição ao PPP, quando este se apresenta insuficiente para fins previdenciários.

Assim, conquanto o PPP seja a única prova exigida para caracterização da especialidade do trabalho, ainda que por exposição ao ruído excessivo, através da apresentação de laudo técnico de forma subsidiária ou complementar, principalmente do LTCAT, seria possível suprir eventuais omissões do formulário, permitindo o reconhecimento da especialidade do trabalho em favor do segurado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Instrução Normativa INSS/PRES n. 77, de 21 de janeiro de 2015.**

Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. **Decreto n. 2.172, de 5 de março de 1997.** Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social [revogado pelo decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2172.htm. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. **Decreto n. 4.032, de 26 de novembro de 2001.** Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D4032.htm. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. **Decreto n. 4.882, de 18 de novembro de 2003.** Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4882.htm. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. **Decreto n. 53.831, de 24 de março de 1964.** Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960 [revogado pelo decreto n. 62.755, de 22 de maio de 1968]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D53831.htm. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. **Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979.** Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social [revogado pelo decreto n. 3.048, 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm#art3. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. **Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nºs. 8.212 e 8.213 ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1997/lei-9528-10-dezembro-1997-349414-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social, **Memorando-Circular Conjunto n. 50 /DIRBEN/DIRSAT/PFE/INSS**, data da publicação 09/09/2016. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/515466/R EPOSTA_PEDIDO_mccj50DIRBEN-DIRSAT-PFE.pdf. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. **Norma Regulamentadora n. 15, de 08 de junho de 1978**. Atividades e operações insalubre, anexo N.º 1. Disponível em: http://carep.mte.gov.br/legislacao/normas_regulamentadoras/nr_15_anexo1.pdf. Acesso em: 06 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1398260/PR**, Recurso Especial 2013/0268413-2. **Tema 694**. Relator(a) Ministro Herman Benjamin, Órgão Julgador Primeira Seção (S1), data do julgamento 14/05/2014, data da publicação/Fonte 05/12/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **REsp n.º 1397415/RS**, Recurso Especial 2013/0289544-5, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, data do julgamento 12/11/2013, data de publicação/fonte DJe 20/11/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Agravo em recurso extraordinário n.º 664.335/SC**, Relator Ministro Luiz Fux, Data do julgamento 04/12/2014, data da publicação/Fonte 12/12/2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma Recursal do Rio Grande do Sul, **Recurso cível n.º 5003921-53.2017.4.04.7107/RS**, Relator Selmar Saraiva Da Silva Filho, data do julgamento 21/02/2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, Terceira Turma, **Recurso de revista n.º 271000-52.2005.5.12.0031**, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, data de julgamento 18/03/2011.

_____. Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, **IUJEF n.º 2008.72.95.001381-4**, Relatora Luísa Hickel Gamba, D.E. 01/09/2009.

_____. Turma Nacional de Uniformização, **PEDILEF n.º 0001323-30.2010.4.03.6318/SP**, Relator Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler, data do julgamento 22/06/2017.

_____. Turma Nacional de Uniformização, **PEDILEF n.º 2010.72.55.003655-6**, Relator Juiz Federal Adel Américo de Oliveira, DOU 17/08/2012.

_____. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula 68**. Data do julgamento 11/09/2012, DOU 24/09/2012, pg. 00114.

_____. Juizado Especial Federal Cível da Subseção Judiciária de Campina Grande, Paraíba, **Processo n.º 0502730-87.2017.4.05.8201**, Juiz Federal Gilvânklím Marques de Lima, data da sentença 04/08/2017.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LADENTHIN, Adriana Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. Curitiba. Juruá, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial**. 5. ed. São Paulo, LTr: 2010.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LIMITES DO ÔNUS PROBATÓRIO DO SEGURADO EM DEMANDAS DE APOSENTADORIA ESPECIAL E DECORRENTE RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSS

Eric Vinicius Galhardo Lopes⁸⁷

Resumo

O estudo parte de duas questões fundamentais, problematizadas na introdução: quais são os limites do ônus probatório do segurado em demandas de aposentadoria especial e qual o papel do ente público gestor de benefícios previdenciários em suprir as lacunas da prova documental, quando o interessado não lhes deu causa, de modo a perquirir a responsabilidade civil estatal? O objetivo do trabalho é responder às duas perguntas. Inicialmente, buscam-se descrever aspectos gerais definidos no art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, e no § 3º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991, temperados pela técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova. Em seguida, analisam-se mecanismos de ação colocados à disposição do Estado para salvaguarda do direito do trabalhador ao benefício em exame, com particular destaque às inovações trazidas pela plataforma eSocial. Na etapa derradeira, o enfoque é direcionado ao exame da responsabilidade civil do INSS, particularmente pela ótica da teoria da perda de uma chance, de modo a oferecer um lenitivo compensatório ao segurado que se viu privado da oportunidade de receber o benefício (ou ter o tempo correspondente averbado em seu histórico de contribuição) pela prática de ato ilícito omissivo de terceiros. A pesquisa é embasada em fontes dogmáticas bibliográficas, desenvolvendo-se pelo método dedutivo. Ao final, conclui-se pela necessidade de flexibilização do ônus da prova nas referidas demandas e viabilidade da parcela indenizatória paga pelo Estado em favor do segurado, sem prejuízo do direito de regresso contra os causadores do dano, nos casos de dolo ou culpa.

Palavras-chave: Aposentadoria especial. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Teoria do risco administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Indenização pela perda de uma chance.

INTRODUÇÃO

O § 3º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991 dispõe que:

a concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do

⁸⁷ Especialista (pós-graduação lato sensu) em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Franca - FDF (2016). Pós-graduando (lato sensu) em Direito Trabalhista e Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito de Franca - FDF (2017). Advogado no escritório Milan Converso Lopes Advogados Associados, com atuação nas regiões de Franca e de Ribeirão Preto, interior do Estado de São Paulo.

Seguro Social – INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais eu prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (BRASIL, 1991).

A atribuição do ônus probatório ao segurado, relativamente aos fatos constitutivos de seu direito, segue a lógica definida no art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015).

Contudo, sabe-se que essa distribuição não se dá de maneira estática. Já no Código de Processo Civil anterior (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), tinha-se que o encargo de provar deveria ser redirecionado sempre que a obrigação recaísse sobre direito indisponível da parte (inciso I do parágrafo único do antigo art. 333 adjetivo) ou tornasse excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (inciso II do mesmo dispositivo). (BRASIL, 1973).

Consagrando a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, a disciplina trazida pelo atual diploma é no sentido de que o dever de provar incumbe à parte que tiver melhores condições de fazê-lo, diante das circunstâncias fáticas do caso concreto. Assim a normativa trazida pelo § 1º do art. 373 do Código de 2015, pela qual se tem estabelecido que

nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2016, p. 409).

Diante dessa condição, surge o primeiro questionamento que dá origem à presente análise: quais são os limites do encargo probatório do segurado, nas demandas – de ordens tanto administrativa, quanto judicial – relacionadas à aposentadoria especial?

A dúvida assume particular importância nos requerimentos dessa espécie de benefício porque, como se sabe, raras não são as situações nas quais o trabalhador se vê privado de meios para demonstrar ao INSS – ou ao próprio juiz – a faina exercida em condições nocivas, sendo a falta dos respectivos documentos comprobatórios o principal obstáculo enfrentado pelo segurado.

A resposta à primeira pergunta serve de base a uma segunda indagação: tendo o segurado cumprido aquilo que lhe competia, em matéria de ônus probatório, qual o papel do INSS em suprir eventual falta de documentação – obstativa do direito – e de que modo deve ser responsabilizado, em caso de omissão quanto a essas prerrogativas?

São problemas a que se pretende oferecer subsídios para solução no estudo que se desenvolve na sequência, embasado em fontes dogmáticas de origem bibliográfica e orientado pelo método dedutivo em quatro etapas, na sequência apresentada acima.

ENTRAVES DO SEGURADO DE SE DESINCUMBIR DO ÔNUS QUE LHE COMPETE

Inicialmente, há de se recordar que a aposentadoria especial tem por escopo a salvaguarda do direito fundamental à redução dos riscos inerentes ao trabalho, o que justifica a adoção de requisitos e critérios diferenciados em relação às demais modalidades de aposentadoria, segundo o autorizado pelo § 1º do art. 201 da Constituição Federal. (IBRAHIM, 2015).

Ocorre que, malgrado a falta de instrução de muitos trabalhadores os levem a deixar de exercer na plenitude seus direitos, a ausência dos documentos identificadores nem sempre acontece pela inação do segurado. (BEDAQUE, 2013).

É que a Lei nº 8.213/1991 determina, pela redação do § 1º de seu art. 58, que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos seja feita por meio de formulário emitido “pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho”. O documento, hoje intitulado perfil profissiográfico previdenciário – PPP, terá cópia autêntica entregue ao trabalhador por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, tal como determina o subsequente § 4º do mesmo artigo de lei. (BRASIL, 1991).

Empregados de organizações sérias, que são atentas ao estrito cumprimento de suas obrigações, talvez não enfrentem muitas dificuldades na obtenção do formulário, com informações verdadeiras e em formato regular.

Entretanto, sabe-se que a informalidade é uma realidade patente no País. E mesmo quanto aos funcionários que têm seus vínculos registrados em carteira

profissional, não são todas as empresas que diligenciam em adotar as providências necessárias e manter regular e atualizada a documentação referente às questões de saúde, higiene e segurança do trabalho. A falta de fiscalização das autoridades competentes não apenas premia a conduta ilícita e difunde um sentimento comum de impunidade, como – numa reflexão mais detida que se faz pelo presente estudo – é capaz de colocar em risco a própria salvaguarda do direito dos segurados.

A partir disso, argumenta-se que a disciplina legal forma a discrepante conjuntura de, para comprovar ao INSS a efetiva exposição a agentes nocivos, no exercício de suas atividades profissionais, o trabalhador segurado fique refém de seu empregador, à mercê da apresentação de documentos que muitas vezes ele não produziu – e provavelmente nem produzirá, a não ser que pretenda, de forma voluntária, confessar a prática de irregularidades de ordens trabalhista, fiscal e previdenciária, sujeitando-se às sanções correspondentes.

Como extensão do raciocínio, com base na doutrina autorizada sobre o tema, argui-se, também, que esperar que o obreiro traga aos autos, sozinho, todas as provas necessárias à comprovação de seu direito – e apená-lo com a privação do benefício quando não é capaz de lograr a providência – vai manifestamente de encontro à garantia constitucional do devido processo legal e ao princípio da aptidão para a prova, coroado pelo Novo Código de Processo Civil. (CASTRO; LAZZARI, 2015).

MECANISMOS DE AÇÃO DO ESTADO PARA A SALVAGUARDA DO DIREITO

O Estado deve, por outro lado, atuar de forma proativa na materialização do direito fundamental à proteção à saúde do trabalhador, revelado na aposentadoria especial. No contexto aqui delimitado, isso se dá tanto pela ação positiva do Poder Judiciário – disponibilizando ampla oportunidade para que o cidadão produza a prova de que precisa para a satisfação de seus interesses e invertendo o ônus que se lhe atribui quando o encargo se revela excessivo ou desproporcional –, como pela da própria Administração Pública – a qual, na figura do INSS, tem o dever de

realizar, por meio dos seus próprios agentes, quando designados, todos os atos e procedimentos necessários à verificação do atendimento das obrigações não tributárias impostas pela legislação previdenciária e à imposição da multa por seu eventual descumprimento. (CAPUT do art. 125-a da lei nº 8.213/1991).

Particularmente em relação à última, a cognição é reforçada pelo critério da “impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados”, positivado no inciso XII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal. (BRASIL, 1999). O regramento é reproduzido de forma idêntica no inciso XVI do art. 659 da IN INSS/PRES nº 77/2015, a que se vincula o instituto. (BRASIL, 2015).

Ressalve-se que o INSS tem à sua disposição uma série de medidas para assegurar o pleno exercício desse múnus, dentre as quais se incluem a realização de pesquisa externa⁸⁸ e o poder de impor multa por “deixar a empresa de elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e de fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento” (imputação prevista na alínea *h* do inciso I do art. 283 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999).

Naturalmente, a tomada das providências não exige o interessado de contribuir com a Administração, na busca pela identificação dos fatos constitutivos de seu direito (inteligência do inciso XII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999, antes referenciado); isso pode se dar por meio de diligências a serem feitas pelo próprio segurado, como o requerimento formal da entrega dos documentos, junto a seus antigos empregadores, ou mesmo o processamento de justificção administrativa⁸⁹ perante a Previdência Social. Compreendem-se providências como essas – ao pleno alcance do cidadão – como parte integrante de seu ônus probatório. (BRASIL, 1999).

Contudo, o que se discute é que, tendo o segurado agido razoavelmente dentro dos limites em que se inseria, o INSS assume o dever de – por meio de iniciativas como as descritas – suprir as lacunas deixadas pela falta de documentação, não sendo legítimo o mero indeferimento sumário da postulação do obreiro. Não é

⁸⁸ Cf. art. 103 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015 – DOU de 22/01/2015, com o seguinte teor: “Entende-se [*sic*] por pesquisa externa as atividades realizadas junto a beneficiários, empresas, órgão públicos, entidades representativas de classe, cartórios, e demais entidades e profissionais credenciados, necessárias para a atualização do CNIS, o reconhecimento, manutenção e revisão de direitos, bem como para o desempenho das atividades de serviço social, perícias médicas, habilitação e reabilitação profissional, bem como para o acompanhamento da execução dos contratos com as instituições financeiras pagadoras de benefícios”.

⁸⁹ Cf. art. 142 do Decreto nº 3.048/1999: “A justificção administrativa constitui recurso utilizado para suprir a falta ou insuficiência de documento ou produzir prova de fato ou circunstância de interesse dos beneficiários, perante a previdência social”.

justo, afinal, que, diante das prerrogativas conferidas ao órgão, o trabalhador inocente padeça da violação de seus direitos por ato ilícito (omissivo) de terceiros.

Com efeito, a própria IN INSS/PRES nº 77/2015 define, em seu art. 678, que “A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício, ainda que, de plano, se possa constatar que o segurado não faz jus ao benefício ou serviço que pretende requerer, sendo obrigatória a protocolização de todos os pedidos administrativos”. (BRASIL, 2015). E mesmo quando o segurado deixa de atender ao quanto determinado pela autarquia após a expedição de carta de exigências, a regra do § 7º do sobredito artigo normativo disciplina que

Esgotado o prazo para o cumprimento da exigência sem que os documentos tenham sido apresentados, o processo será decidido com observação ao disposto neste Capítulo, *devendo ser analisados todos os dados constantes dos sistemas informatizados do INSS*, para somente depois haver análise de mérito quanto ao pedido de benefício. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Hoje, a Administração Pública ainda tem à disposição uma importante ferramenta para o cumprimento dessa missão: como parte integrante do Sistema de Escrituração Pública Digital (Sped) – instituído pelo Decreto nº 6.022/2007 e que tem por objetivo simplificar e unificar a entrega das obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais no País –, em 12/12/2014, foi publicado o Decreto nº 8.373, que criou o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas, conhecido como eSocial.

A partir de 08/01/2018, o sistema passou a ter adoção obrigatória por parte das empresas com faturamento anual superior a R\$ 78 milhões, tal como definido pela Resolução do Comitê Diretivo do eSocial nº 02/2016; segundo esse mesmo cronograma, a expectativa é de que, até julho de 2019, todas as empresas e setores de órgãos públicos e privados que empregam trabalhadores deverão ter implantado o mecanismo.

Uma das principais vantagens do modelo é a centralização de diversas informações obrigatórias prestadas ao Governo num único sistema, transmitido pela *internet*. Dentre elas, inclui-se, justamente, a referente à emissão do PPP⁹⁰, ampliando

⁹⁰ Cf. art. 2º, inciso V da Resolução do Comitê Gestor do eSocial nº 1, de 20 de fevereiro de 2015.

consideravelmente o acesso às informações pela autarquia, a despeito de quaisquer providências complementares, em caráter instrutório, tomadas pelo segurado. (BRASIL, 2015).

LIMITES DO ÔNUS PROBATÓRIO DO SEGURADO

Ora, se ao INSS compete exclusivamente a realização *ex officio* de todos os atos e procedimentos necessários à verificação do atendimento das obrigações não tributárias impostas pela legislação previdenciária – com a prerrogativa, inclusive, de impor sanções por seu eventual descumprimento –, tendo a seu alcance o acesso exclusivo a informações como aquelas obtidas a partir da plataforma eSocial, à luz do regramento civil sobre a matéria, a análise que se faz é de que o Estado, na pessoa da autarquia, deve ser responsabilizado quando sua injustificada inércia é causa de prejuízos a seus administrados. A cognição decorre de inteligência da medida de inversão do ônus da prova, consagrado pela técnica da distribuição dinâmica positivada no § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015).

Repise-se que não se está a retirar do interessado o dever de cooperar com a Administração Pública naquilo que lhe compete, para fins de garantia do seu próprio direito, o que se justifica não só pela parte final do inciso XII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999, como pelo próprio princípio da cooperação, positivado no art. 6º do novel estatuto adjetivo. (BRASIL, 1999).

Para que exsurja algum dever reparatório por parte do agente público violador de seus direitos, o segurado deve, efetivamente, demonstrar que, apesar do fracasso, buscou obter a documentação junto a seus antigos empregadores, ou que a medida restou impossível por circunstâncias alheias à sua vontade, com o encerramento das atividades das empresas. O insucesso das tentativas pode ser identificado por meio de registro do envio de cartas solicitando os documentos, junto às organizações ativas, ou do comprovante de baixa no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, em relação àquelas a que já foi dada baixa. Ainda que hoje a Administração tenha à disposição o acesso à plataforma eSocial, as providências são importantes porque, além de o cronograma definido em 2016 prever que (no momento atual) somente as organizações com faturamento anual superior a R\$ 78 milhões estão obrigadas à declaração das informações pela *internet*, mesmo quando a providência se estender

aos demais empregadores, ela não retroagirá para alcançar os contratos encerrados até o início de vigência da norma.⁹¹ (BRASIL, 2015).

Seguindo nessa linha, a IN INSS/PRES nº 77/2015 ainda condiciona a realização de mecanismos como a pesquisa externa a casos em que for verificada a “impossibilidade de o interessado apresentar os documentos solicitados pelo INSS ou restarem dúvidas nos documentos apresentados” (§ 4º do art. 103). Também a justificação administrativa perante o órgão somente será processada “mediante requerimento do interessado” (§ 1º do art. 574) e quando houver início de prova material, “não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal” (*caput* do art. 575). Esses elementos confirmam a máxima de cooperação definida na parte final do inciso XII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999.

À luz do princípio da eficiência, sacramentado no *caput* do art. 37 constitucional, o que se argumenta, todavia, é que não se pode deixar passar incólume a inércia daquele que institucionalmente é investido da prerrogativa exclusiva de fiscalização das empresas, quanto ao cumprimento de obrigações de que dependem os segurados da Previdência Social para legítimo exercício de seus direitos. A reflexão ganha contornos ainda mais bem definidos quando o administrado fez – na esteira do que se indicou – tudo o que estava a seu alcance para se desincumbir do ônus trazido pelo art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, combinado com o § 3º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991, e ainda assim se vê impingido a arcar com as consequências da omissão estatal. (BRASIL, 1991).

É o contexto em que se passa a refletir sobre a responsabilidade civil do instituto, em tais hipóteses.

⁹¹ Não se entende, lado outro, que o segurado deva esgotar todos os meios possíveis para obtenção dessa documentação. Exigir, por exemplo, que ele formule pedidos judiciais de entrega dos documentos, perante cada empresa onde trabalhou, vai de encontro às lógicas da proporcionalidade e da economia de atos processuais, considerando que o INSS tem a prerrogativa de exercer fiscalização ostensiva sobre as organizações para regularização desses instrumentos, independentemente de qualquer autorização judicial. Ademais, a providência poderia gerar um caos no já assoberbado sistema judiciário, com um enorme e injustificado volume de novas ações, as quais poderiam ser evitadas com a ação proativa da Administração. Inobstante, impor ao administrado esse ônus não se harmonizaria com o comando do § 1º do art. 373 do CPC, já reproduzido alhures, pelo qual se estabelece que “[...] diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso [*omissis*]”.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSS

Dispondo genericamente sobre o instituto, Sérgio Cavalieri Filho ensina que a noção

[...] está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2).

Nesse diapasão, sustenta-se que as noções de obrigação e responsabilidade não se confundem: enquanto a primeira designaria um dever jurídico originário, a segunda se revestiria de caráter secundário, *i.e.*, que decorreria do descumprimento daquele. A disciplina do art. 389 do Código Civil é, de fato, nesse sentido: “Não cumprida a *obrigação*, responde o devedor por perdas e danos [*omissis*]”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 12 grifo nosso).

É do mesmo diploma que se extrai a regra de que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186), sendo que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (BRASIL, 2002).

De maneira particular, merece destaque a ressalva feita pelo parágrafo único desse segundo artigo de lei relacionado: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. (BRASIL, 2002).

Trata-se da denominada responsabilidade civil de modalidade objetiva, ou seja, cujo enfoque se desloca da pessoa do agente (sujeito responsável pelo dano causado) para a conduta praticada (originadora do dever de reparação). Por esse enfoque, “não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar”. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 150).

É nessa espécie que a Constituição Federal definiu a responsabilidade civil do Estado, pela perspectiva da *teoria do risco administrativo*⁹², expressa no § 6º do art. 37, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

Celso Antônio Bandeira de Mello traz, em seu escólio, que

o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito. (MELLO, 2005, p. 866).

Especificamente no que se refere a situações como a que aqui se destaca, em que os danos causados ao cidadão decorrem de omissão ilícita do Estado, o doutrinador acima mencionado sustenta que a responsabilidade da Administração assume, entretanto, excepcional caráter subjetivo, ponderando ser imprescindível a demonstração de culpa (*lato sensu*) do agente público naquilo que teria o dever legal de impedir. Isso porque, a seu sentir,

a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por ato ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). (MELLO, 2005, p. 871-872).

⁹² Cf. CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 260-261. Sobre as bases teóricas em que a ideia foi concebida, assim explica o doutrinador: “Em busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, valeram-se os juristas da teoria do risco, adaptando-a para a atividade pública. Resultou, daí, a *teoria do risco administrativo*, imaginada originalmente por Léon Duguit e desenvolvida por renomados administrativistas”. A ideia poderia ser assim formulada: “a Administração Pública gera risco para os administrativos, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Conseqüentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes”. (*Ibid.*, p. 257).

Cavaliere Filho (2012) não comunga totalmente desse entendimento, dispondo que a teoria do risco administrativo engloba não somente práticas comissivas, como também omissivas, sendo que, particularmente em relação a essas últimas, deve-se proceder a um exame da natureza da omissão, para se investigar a modalidade da responsabilidade do agente.

Assim, assevera que “Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo”⁹³. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268). Nesses casos, nos quais o ente público possuía um dever especial de agir, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado e o ofendido deve ser reparado independentemente da prova do elemento subjetivo.

Em contrapartida, quando a omissão for genérica, assume-se que não se poderia exigir do Estado uma atuação específica para evitar o dano, de sorte que a culpa *lato sensu* do agente seria indispensável para a identificação da responsabilidade civil estatal. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 268).⁹⁴

Concordando-se com essa segunda análise, no recorte contextual que aqui se faz, reflete-se que há omissão ilícita *específica* por parte da autarquia gestora dos benefícios e serviços da Previdência Social, quando ela é inerte em relação ao seu dever de “realizar, por meio dos seus próprios agentes, quando designados, todos os atos e procedimentos necessários à verificação do atendimento das obrigações não tributárias impostas pela legislação previdenciária e à imposição da multa por seu eventual descumprimento”. O dever de instrução de ofício dos processos administrativos, com a disponibilização de recursos para pleno exercício da missão (tais como a prerrogativa de realização de pesquisa externa, consulta a bases de

⁹³ O referido doutrinador cita como exemplo – dentre outras – as seguintes situações, baseado em histórico jurisprudencial: “morte de detento em rebelião em presídio (Ap. Civ. 58.957/2008, TJRJ); [...] suicídio cometido por paciente internado em hospital público, tendo o médico responsável ciência da intenção suicida do paciente e nada fez para evitar (REsp 494.206/MG); [...] paciente com aluno nas dependências de escola pública – a pequena vítima veio a morrer afogada no horário escolar, em razão de queda em bueiro existente no pátio da escola municipal (Ap. Civ. 3.611/1999, TJRJ)”.

⁹⁴ Exemplos citados, também com base nos respectivos acórdãos formadores de jurisprudência: “negligência na segurança de balneário público – mergulho em lugar perigoso, conseqüente tetraplegia; o infortúnio ocorreu quando a vítima, aos 14 anos, após penetrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou de cabeça em ribeirão de águas rasas, o que lhe causou lesão medular cervical irreversível (REsp 418,713-SP); queda de ciclista em bueiro há muito tempo aberto em péssimo estado de conservação, o que evidencia a culpa anônima pela falta do serviço (Ap. Civ. 4.846/2008, TJRJ)”, entre outros.

dados como o portal eSocial, poder de aplicar sanções etc.), servem para corroborar essa inferência, a qual se tornaria praticamente irrefutável quando o segurado ainda demonstrou ter se desincumbido do ônus que lhe competia.

Desta feita, argui-se que os danos causados ao prejudicado devem ser objeto de reparação pelo Estado *independentemente de culpa*, bastando que se verifiquem, em linhas gerais:

a) o dano: impossibilidade do trabalhador de lograr o benefício de aposentadoria especial, após 15, 20 ou 25 anos completados como tempo de contribuição (segundo a normativa correspondente), ou mesmo de averbar o período correspondente em seu Extrato Previdenciário, para fins de conversão segundo os índices previstos no art. 70 do Decreto nº 3.048/1999;

b) o nexo causal: origem do entrave na ausência dos respectivos documentos comprobatórios (formulários como o PPP), por omissão ilícita patronal com a qual o Estado – responsável pela fiscalização do cumprimento da obrigação – tenha concorrido, diante da inércia na tomada de providências que lhe cabiam;

c) a ausência de qualquer causa excludente de ilicitude ou culpabilidade: tomada de providências por parte do segurado, em busca dos documentos, no contexto do ônus que razoavelmente lhe competia.

A responsabilidade civil do INSS pode ser materializada na forma de sua condenação no pagamento de uma indenização pela perda de uma chance, em favor do segurado, como já se discutiu em um estudo próprio. (LOPES, 2016). A prestação seria paga como uma espécie de reparação pelos gravames de ordem material experimentados pelo segurado, impedido de se aposentar ou ver contabilizado o tempo trabalhado em condições nocivas em seu histórico de contribuições.

Considerando a natureza particular da sanção – para a qual, à luz da teoria francesa da *perte d'une chance*, a prova da verossimilhança do direito invocado é condição para que a chance perdida se torne objeto de reparação –, a indenização só se viabilizará ao ofendido, entretanto, quando este apresentar indícios razoáveis de que o trabalho desempenhado, de fato, sujeitou-o a condições especiais que lhe tenham prejudicado a saúde ou a integridade física. Não se exige uma prova cabal da conjuntura – o que, naturalmente, viabilizaria ao postulante o próprio direito à aposentadoria especial –, mas evidências de que suas afirmações estão lastreadas em um mínimo de procedência, o que se justifica até para que não haja um enriquecimento sem causa do segurado. Essa demonstração poderia ser feita, por

exemplo, por meio da colação de holerites descrevendo o recebimento de adicionais de insalubridade ou periculosidade, ou de laudos técnicos paradigmas indicando o trabalho nocivo nas dependências da empresa ou em atividades congêneres. (GONDIM, 2005).

A avaliação será necessária, ainda, para que se estime o valor objeto de condenação, projetando-se no tempo o valor do benefício perdido, com a modulação a ser feita pela estimativa da razoabilidade do direito (mínima de 51% – já que menos do que isso não haveria plausibilidade da ideia de que houve chance perdida – e máxima de 99% – haja vista que, havendo certeza do direito, o próprio benefício deveria ser-lhe concedido). (BRASIL, 2015). Fazendo uso desses fatores – dentre outros, a partir da experiência do juiz –, o montante deverá ser arbitrado à luz dos referenciais da proporcionalidade e da razoabilidade, não se constituindo, de um lado, como forma de enriquecimento sem causa do indenizado, porém, de outro, não se prestando a uma espécie de premiação ou incentivo à conduta ilícita, por parte do ofensor. (SAVI, 2006).

Ressalve-se, por fim, que, ante o caráter subsidiário da pretensão, a indenização só será paga ao segurado ofendido no caso de, pela via ordinária de instrução processual, não se vislumbrar a possibilidade de identificação dos agentes nocivos presentes na faina realizada. Malgrado limitado pelo contexto temporal, a situação vivida no caso concreto pode permitir ao juízo identificar que a realização de perícia técnica (até mesmo pela via indireta ou por similaridade) é capaz de conferir à avaliação aspecto consistente e verossímil, suficiente a preencher a lacuna da ausência de prova documental. Nesses casos, a análise da questão de fundo do direito tornaria prejudicado o objeto da reparação, não havendo que se falar em condenação do INSS quando se puder provar que, no exercício de suas atividades profissionais, o requerente *efetivamente* não esteve exposto a qualquer agente insalubre ou perigoso, nas condições que lhe autorizariam o recebimento da aposentadoria especial.

De toda forma, segundo o estabelecido pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal, viabilizada a indenização, a Administração ainda tem o direito (aqui compreendido, na verdade, como um dever) de promover uma ação de regresso contra os responsáveis pelo gravame – que podem ser tanto os agentes administrativos do próprio instituto, como também os responsáveis pelas empresas, omissos com relação àquilo que respectivamente lhes era de dever –, em caso de por

eles se verificar qualquer dolo ou culpa na superveniência do episódio danoso. (BRASIL, 1988).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como descrito na etapa introdutória, o presente artigo foi direcionado a uma tentativa de resposta a duas questões fundamentais: quais são os limites do ônus probatório do segurado, em demandas de aposentadoria especial, e qual é o papel do INSS em suprir as lacunas dessa prova, de modo a se identificar a sua responsabilidade civil em casos nos quais o interessado não logrou obtê-la pelas vias ordinárias?

Tentando oferecer subsídios para o esclarecimento dessas dúvidas, na primeira etapa do estudo, promoveu-se uma reflexão sobre as principais dificuldades enfrentadas pelo segurado na longa jornada que enfrenta até se desincumbir totalmente desse encargo. Pôs-se em evidência, principalmente, a incongruente situação de, muitas vezes, o empregado ficar privado da demonstração do trabalho desenvolvido em condições nocivas (apto à contagem de tempo para aposentadoria especial) por omissão de seus empregadores na tomada daquilo que lhes é de dever, à luz do regramento contido no § 4º do art. 58 da Lei nº 8.213/1991. (BRASIL, 1991).

Em seguida, o intento foi descrever alguns dos mecanismos colocados à disposição do Estado para pleno cumprimento de sua tarefa de realizar todos os atos e procedimentos necessários à verificação do atendimento das obrigações não tributárias impostas pela legislação (art. 125-A da mesma lei), orientada pelo critério de instrução de ofício dos processos administrativos sob sua condução (inteligência do inciso XII do art. 2º da Lei nº 9.784/1999). Destacaram-se, em particular, as novas ferramentas trazidas pelo sistema eSocial, já em uso pelas empresas no País com faturamento anual superior a R\$ 78 milhões e com previsão de implementação a todas as organizações até o fim do mês de julho de 2019.

No terceiro e mais breve tópico da abordagem, como uma espécie de conclusão das análises anteriores e voltado à solução do primeiro problema, o objetivo foi estabelecer algumas diretrizes que ajudam a demarcar os limites do ônus probatório do segurado nas referidas demandas. Argumentou-se, nesse sentido, que, sob o manto da garantia do devido processo legal e do princípio da aptidão da prova, mediante a técnica da distribuição dinâmica do encargo, as premissas estabelecidas

no art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, associado ao § 3º do art. 57 da lei instituidora do Plano de Benefícios da Previdência Social, devem ser relativizadas, redirecionando-se o dever processual à Administração Pública, mormente quando o segurado já realizou tudo o que razoavelmente lhe estava ao alcance para a efetivação de seus direitos. (BRASIL, 2015).

A parte final da pesquisa focou na complementação da resposta da segunda pergunta posta para reflexão, investigando-se acerca da responsabilidade civil do ente estatal, na pessoa do INSS, quando a omissão na tomada das providências que lhe competiam é causa de prejuízos ao segurado. A partir do referencial doutrinário selecionado, teceram-se, então, breves considerações sobre o instituto da indenização pela perda de uma chance, cogitada como devida ao trabalhador nessas hipóteses. Foram pontuados elementos como a sua inserção, *in casu*, na modalidade objetiva (adoção da teoria do risco administrativo), os requisitos para viabilização da prestação e as balizes pelas quais o valor correspondente deve ser fixado pelo juiz, com vistas a uma melhor elucidação da solução projetada.

Não se tem, decerto, a pretensão de esgotar a tratativa, mas a expectativa é de que as reflexões tenham contribuído na análise de um tema ainda de pouca abordagem na literatura acadêmica e tímida repercussão jurisprudencial, apesar de ser comum o indeferimento sumário de pedidos de concessão de aposentadoria especial pela falta de documentos comprobatórios, num quadro a que o segurado não deu causa. A solução subsidiária posta para correção das distorções trazidas pela realidade até hoje ainda experimentada é compreendida como um lenitivo eficaz à conjecturada violação do patrimônio jurídico assegurado constitucionalmente aos trabalhadores, na busca final pela realização da justiça, que, *a priori*, deveria nortear toda a pesquisa jurídica.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Ana Carolina Rossi Barreto. **As obrigações acessórias na previdência social brasileira**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7654/1/Ana%20Carolina%20Rossi%20Barreto.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988, Seção 1, p. 1. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Dispõe sobre os planos da previdência social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 7 mai. 1999, Seção 1, p. 50. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007. Institui o Sistema Público de Escrituração Digital – Sped. **Diário Oficial da União**, 22 jan. 2007, edição extra, p. 15. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6022.htm. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Decreto nº 8.373, de 11 de dezembro de 2014. Institui o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas – eSocial e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 12 dez. 2014, p. 4. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8373.htm. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Instrução Normativa INSS/PRES Nº 77, de 21 de janeiro de 2015. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da previdência social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição. **Diário Oficial da União**, 22 jan. 2015, seção 1, p. 32-80. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil [revogada pela lei nº 13.105, em vigência]. **Diário Oficial da União**, 12 jan. 1973. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos da previdência social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 25 jul. 1991, Seção 1, p. 14.809. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, 01 fev. 1999. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 05 dez. 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário**

Oficial da União, 17 mar. 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 5 dez. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, outubro de 2005, ano 94, v. 840.

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

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

LOPES, Eric Vinicius Galhardo. A responsabilidade civil do Estado pela perda de uma chance na aposentadoria especial. *In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI*, 2016, Brasília. XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 144-164. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/55v3h918/MnpNuFDHiPiOvZt9.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A prova no direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHUMACHER, Diego; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. A inversão do ônus da prova no direito previdenciário. **Revista Âmbito Jurídico**, ano XX, n. 156, jan. 2017. ISSN 1518-0360. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18367&revista_caderno=20. Acesso em: 7 abr. 2018.

AUXÍLIO PARENTAL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Priscila Kohler Delfino da Cunha Souza⁹⁵

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar um tema em evidência para os estudiosos do Direito Previdenciário, pois apesar de não existir legislação pertinente ao caso, às garantias constitucionais proporcionam uma nova realidade para as pessoas que precisam estar com um ente da família em caso de tratamento médico, podendo receber um benefício previdenciário denominado como auxílio-doença parental.

Para estudarmos o tema precisaremos fazer um breve relato sobre a evolução história Previdência Social no Brasil, utilizando alguns conceitos pertinentes e cotidianos para aqueles que se interessam em melhorar a realidade dos trabalhadores que são inscritos na Previdência Social, proporcionando uma melhor qualidade nos serviços prestados.

No decorrer deste artigo conceituaremos e faremos algumas considerações sobre o Auxílio Parental e quais as situações em que se vê necessário tal benefício e como este poderá influenciar na estrutura econômica do Estado.

Para melhor fundamentar o benefício aqui estudado utilizaremos os Princípios Constitucionais e faremos uma analogia às legislações previdenciárias tanto do Regime Geral quanto do Regime Próprio, bem como demonstraremos que apesar de não haver uma previsão legal específica para o caso concreto, podemos garantir o direito do segurado que necessite do auxílio-doença parental.

Por fim, concluiremos nosso estudo demonstrando os pontos positivos e negativos da presente tese, evidenciando o que é primordial para a evolução do estudo, ou seja, apresentar soluções para que trabalhadores possam se ausentar de suas atividades habituais para cuidar de um filho ou algum familiar que estão doentes e passam por tratamentos muito severos, sem se preocuparem com problemas trabalhistas e financeiros.

⁹⁵ Especialização em processo civil pela Faculdade Pitágoras.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O CONCEITO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Os direitos relativos à Previdência Social fazem parte das garantias fundamentais sociais, os quais estão previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, sendo estes os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados. (BRASIL, 1988).

Para um melhor refletirmos sobre os direitos sociais, utilizaremos os ensinamentos do ilustre doutrinador José Afonso da Silva, assim vejamos:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (SILVA, 1998, p. 289).

Desse modo, entendemos que os direitos sociais são garantias mínimas para que o cidadão consiga sobreviver na sociedade, sendo o Estado responsável por viabilizar meios para manter as melhores condições de vidas a aqueles mais necessitados, respeitando assim a dignidade humana.

Ressaltarmos, que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil, sendo uma garantia constitucional prevista no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, confirmando assim, sua importância para a sociedade brasileira. (BRASIL, 1988).

Os direitos sociais têm como finalidade principal, garantir a todos brasileiros uma vida digna, princípio este essencial para uma sociedade que resguarda seu cidadão para eventos inesperados, sendo a Previdência Social um dos meios utilizados para tranquilizar o trabalhador em caso de estar impossibilitado de exercer sua atividade laboral. (NOLASCO, 2012).

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 194 implantou a Seguridade Social, formada pela Saúde, Assistência Social e Previdência Social, sendo todas elas um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinado a assegurar maior proteção ao trabalhador. (BRASIL, 1988).

Cabe esclarecer que a Saúde e Assistência não precisam de nenhuma contribuição para o cidadão fazer uso a ela, porém a Previdência Social funciona como

um seguro, no qual todas as pessoas que exercem atividade remuneratória são obrigadas a contribuir para o sistema, sendo esta uma poupança forçada para o trabalhador. Vejamos o previsto no artigo 201 da CF/88: a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (BRASIL, 1988).

Desta forma, concluímos que a Previdência Social versa em uma economia forçada, posta ao trabalhador brasileiro para que caso este não possua condições financeiras de se manter em situações de imprevisto social que o impeça de exercer suas atividades laborais, preservando a este o mínimo existencial para preservação de sua dignidade.

AUXÍLIO PARENTAL: CONCEITO

A discussão sobre o auxílio-doença parental começou a ser analisada após alguns casos concretos que acarretaram vários problemas sociais para aqueles trabalhadores que precisavam acompanhar um ente familiar em situações críticas de doenças, porém não tinham (e não tem) nenhuma garantia legal que cobrissem tal evento.

Para entendermos melhor a situação, imaginemos solução para uma mãe com uma filha na UTI de um hospital, sabendo que a expectativa de vida de sua filha está sendo aumentada graças ao poder curativo do amor. (GOUVEIA, 2012). Ou ainda, uma mãe que tem uma criança de apenas 03 anos com câncer fazendo um tratamento severo e que precisa de cuidados especiais.

Estas situações podem acontecer com qualquer pessoa, e como a Previdência Social é um seguro para garantia dos riscos sociais, tem como obrigação proteger o trabalhador, que neste tipo de circunstância possa cuidar de seu ente querido sem se preocupar com problemas financeiros.

Desse modo, a tese do auxílio-doença parental foi criada para alocar o segurado em gozo do aludido benefício, não por este estar incapaz fisicamente para o labor, mas sim para garantir sua presença ao lado do ente familiar que se encontra adoecido. (GOUVEIA, 2012).

É importante destacarmos que estudos comprovam que a presença da família

em tratamentos como o câncer, é primordial para o paciente, pois auxilia para uma cura mais rápida. Vejamos alguns trechos da reportagem “Família é essencial para a cura do câncer”:

O câncer é uma doença ainda estigmatizada que normalmente traz um aspecto de dor e sofrimento ao paciente e toda a família. Mas a doença hoje pode ter tratamento e o paciente voltar a ter uma vida normal. Porém, a família é fundamental na otimização dos tratamentos contra o câncer.

A psico-oncologista Vera Anita Bifulco, coordenadora do Serviço de Psiconcologia do Instituto Paulista de Cancerologia, explica um pouco sobre a relação entre o paciente de câncer e a família. A superação e enfrentamento da doença, obstáculos a serem vencidos, importância do apoio da família e amigos são fundamentais [...]. (APOLINÁRIO, 2013).

Como visto, não há dúvidas da importância do auxílio-doença parental, tendo em vista que o Segurado apesar de não estar doente fisicamente, esta incapaz para o trabalho em decorrência das preocupações e a necessidade de acompanhamento de seu ente querido.

Portanto, a falta de uma previsão legal para tal benefício se vê cada vez mais necessária para o Segurado que se encontram nesta situação, e para fundamentar o direito a ele faremos no próximo tópico um estudo dos princípios e garantias constitucionais que podem auxiliar o trabalhador brasileiro a solicitar o auxílio-doença parental na justiça.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELEVANTES PARA FUNDAMENTAR O DIREITO AO AUXÍLIO PARENTAL

Os princípios constitucionais são bases que estruturam o ordenamento jurídico, ou seja, é o caminho para que as lacunas da Lei possam ser supridas. E com embasamento neles que muitos magistrados prolatam decisões justas, usando-os como fundamentação, pois estes foram criados para uma reaproximação do direito e da moral.

Na esfera jurídica, todo operador do Direito sabe da relevância dos princípios para nosso ordenamento, tendo em vista que quando existe conflito entre uma norma

e um princípio, este último deve prevalecer, pois com o próprio nome já diz, eles são o começo de grande parte das leis.

Nas palavras do jusfilósofo Dworkin, citadas por Marcelo Novelino, “os princípios trazem em si uma exigência de justiça, de equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. (NOVELINO, 2012, p. 372). Por isso, o aplicador do direito utiliza os princípios para fundamentar e limitar sua vontade perante o direito positivo, gerando decisões mais justas no âmbito jurídico.

Além disso, os princípios também embasam as decisões políticas fundamentais decorrentes dos valores superiores que inspiram a organização de um Estado, sendo eles utilizados como alicerces e traçando as linhas mestras das instituições, servindo como impulso vital para uma construção de uma sociedade que tenha como base a justiça.

Nas palavras do Juiz Federal George Marmelstein Lima:

A função orientadora da interpretação desenvolvida pelos princípios decorre logicamente de sua função fundamentadora do direito. Realmente, se as leis são informadas ou fundamentadas nos princípios, então devem ser interpretadas de acordo com os mesmos, porque são eles que dão sentido às normas. Os princípios servem, pois, de guia e orientação na busca de sentido e alcance das normas. (LIMA, 2002).

Com estas palavras, podemos perceber que a função interpretativa dos princípios, auxiliam para uma melhor orientação para os aplicadores do direito, tendo em vista que a lei, ou até mesmo a falta dela, não conseguem suprir as necessidades da sociedade. Por isso, os princípios devem ser utilizados para que as lacunas das normas não atrapalhem aplicação do direito.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos princípios mais relevantes para qualquer ordenamento jurídico. Nossa Constituição Federal de 1988, consagra este princípio logo em seu Preâmbulo, no qual assegura direitos que garantem a dignidade humana. Há também, no art. 1º, inc. III, da norma supracitada que insere tal princípio como fundamento da República Federativa do Brasil, demonstrando assim, o quanto é relevante à dignidade da pessoa humana para o nosso País. (BRASIL, 1988).

Dignidade humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, em complexos de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com demais seres humanos. (DIAS, 2009, p. 102).

Desse modo, concluímos que nossa Carta Magna conferiu à dignidade humana uma superioridade em relação aos outros princípios, para garantir a pessoa um mínimo existencial.

Assim o não reconhecimento do auxílio-doença parental sob o argumento de não previsão legal, está nitidamente ferindo a dignidade da pessoa humana, pois o indivíduo que possui um ente da família fazendo tratamento para uma doença grave não possui condições psicológicas para exercer suas atividades laborais cotidianas.

Doenças graves, a drogadição e o alcoolismo são alguns dos riscos sociais que prejudicam a harmonia familiar, pois por muitas vezes estes tipos de problemas são de difíceis soluções, o que afeta diretamente não apenas a vida pessoal como profissional da pessoa.

Por fim, o auxílio-doença parental garante ao trabalhador uma tranquilidade durante o período em que o ente da família encontrar em tratamento, permitindo ao cidadão seu sustento, conservando o mínimo existencial, bem como sua dignidade.

PROTEÇÃO SOCIAL

A Proteção Social é mais uma das diversas garantias previstas pela Constituição Federal 1988 ao cidadão, e para segurança deste direito o Estado fornece vários programas que tem como principal objetivo a prevenção de situações de riscos por meio do desenvolvimento de potencialidades, aquisições e o fortalecimento familiares e comunitários.

Ressaltamos, que os direitos sociais são tão importantes para a República do Brasil, que em nossa Carta Maior o Capítulo II é exclusivo para tratar desta matéria,

elencando todos os direitos do trabalhador.

O trabalho que é fonte principal de sustento de uma pessoa, pois é por meio dele que conseguimos realizar nossas necessidades básicas tais como educação, saúde, alimentação, moradia e lazer, o que garante ao trabalhador uma vida digna.

Lembramos, ainda, que a previdência social e a assistência aos desamparados, também são direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, os quais devem ser observados para efetivar a proteção social.

Diante tantas garantias asseguradas ao trabalhador é obvio que o auxílio-doença parental seria mais um direito que o segurado teria para sobreviver e manter sua dignidade no período este acompanha um ente querido em momentos difíceis, cumprindo o Estado seu dever de amparo social.

PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

A proteção da família está prevista no artigo 226 da Constituição Federal de 1988, sendo ela uma garantia fundamental e uma obrigação do Estado promover meios que cubram a inviolabilidade deste direito. Assim vemos a citação do artigo científico “O dever fundamental de Proteção da Família: Um comprometimento estatal e familiar” de Ísis Boll de Araújo Bastos:

Deve o Estado adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, fazendo a proteção de maneira adequada e efetiva. Para isso se faz necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva.

Desse modo, a concessão do auxílio-doença parental protege diretamente no convívio familiar, tendo em vista o estado de saúde grave de um ente familiar ou vício de drogas, gera problemas tanto no psicológico quanto nos deveres sociais do responsável financeiro da entidade familiar, sendo imprescindível uma licença para aquele responsável possa cuidar do seu parente querido.

Ressaltamos, que caso não seja reconhecido o auxílio-doença parental pelo INSS ou no Poder Judiciário, fica sob a responsabilidade do Estado as consequências trazidas por este indeferimento, sendo o desemprego um dos exemplos negativos para o desenvolvimento da sociedade brasileira.

Portanto, o dever do Estado de proteção da família engloba também direitos

previdenciários, incluindo assim o auxílio-doença parental que é um dos meios de garantir a sobrevivência da família no período que passa por momentos de doença.

Direito à saúde

O direito à saúde também é uma proteção constitucional, preestabelecida no artigo 196 da nossa Carta Magna, e assim dispõe:

Art. 196. 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. (BRASIL, 1988).

Como a saúde é um direito para todos brasileiros, e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais, entende-se a inclusão da assistência familiar durante o tratamento hospitalar do doente, visto que já existem estudos que comprovam que o acompanhamento da família em tratamentos como câncer, garante ao paciente maior possibilidade de cura e acelera o tratamento do paciente. (APOLINÁRIO, 2011).

Dessa forma, além do Estado estar cumprindo com seu dever de oportunizar a convivência familiar, diminui os gastos com o tratamento daquelas pessoas que tem apoio da família possibilitando a cura mais rápida, fazendo menos uso do dinheiro público.

Assim, para que o responsável financeiro da família possa ter o privilégio de acompanhar seu ente querido em algum tratamento de saúde, é primordial garantir a ele o mínimo existencial para pagar suas contas nesta situação, pois as leis trabalhistas não garantem o emprego ao trabalhador em ocasiões aqui descritas.

Por fim, reforçamos que a Previdência Social é um seguro para ser usado em situações de riscos sociais, os quais o trabalhador não pode exercer suas atividades laborais, sendo esta a solução mais adequada ao Segurado.

CONCLUSÃO

No decorrer do nosso estudo demonstramos que apesar de não existir previsão legal do auxílio-doença parental, os fundamentos constitucionais para que o

trabalhador possa usufruí-lo são bastantes relevantes.

Em todo nosso trabalho tentamos evidenciar a importância deste benefício para o tratamento do ente da família, bem como sua necessidade para que o pai ou mãe (ou outro ente familiar) que é responsável pelo financeiro desta instituição, possa acompanhar seus familiares, sem se preocuparem com o mínimo existencial.

Além disso, diversas consequências negativas são trazidas para o Estado, afetando diretamente a sociedade brasileira, pois a negligência estatal nestas situações gera aumento do desemprego, diminuição das contribuições previdenciárias, aumenta os benefícios assistenciais e aumenta os gastos com a saúde.

O bem estar do trabalhador e da família, a garantia da dignidade da pessoa humana, a diminuição de gastos com a saúde (devido a cura mais rápida), são alguns dos pontos positivos trazidos pela concessão do auxílio-doença parental. Com este raciocínio, podemos concluir que o Estado tem o dever de oportunizar ao trabalhador condições mínimas de sobrevivência em momentos que a família precisa do apoio do parente, obedecendo assim, as garantias previstas na

Constituição Federal.

Portanto, o auxílio-doença parental é de extrema importância nos casos aqui estudados, e por meio dele os princípios e garantias constitucionais se tornam possíveis na realidade social, fazendo respeitar a dignidade da pessoa humana em suas mais diversas necessidades.

REFERÊNCIAS

APOLINÁRIO, Catarina. Família é essencial no tratamento do câncer. Vila Mulher, **Portal Terra**, São Paulo, SP, 01 fev. 2011. Disponível em: <https://vilamulher.uol.com.br/bem-estar/saude/familia-e-essencial-no-tratamento-do-cancer-11-1-60-564.html>. Acesso em: 31 out 2013.

BASTOS, Ísis Boll de Araújo. **O dever fundamental de proteção da família: um comprometimento estatal e familiar**. Disponível em: http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/27902/2231/co_id_entificacao/trabalho.pdf. Acesso em: 05 nov. 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOUVEIA, Carlos Alberto de. **Benefício por Incapacidade e perícia médica: manual prático**. 2 ed. Curitiba. Editora Juruá. 2012.

LIMA, George Marmelstein. As funções dos princípios constitucionais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em:
<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2624>. Acesso em: 02 set. 2013.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

NOLASCO, Lincoln. **Evolução histórica da previdência social no Brasil e no mundo**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF: 01 mar. 2012. Disponível em:
<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35915&seo=1>. Acesso em: 30 out. 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.



V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

23, 24 e 25
de Maio de 2019

HOTEL OURO MINAS - BELO HORIZONTE/MG

Mais informações em
www.congressoieprev.com.br



INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS



IEPREV
premium

**EXPLORE TODO
O SEU POTENCIAL
JURÍDICO.**

BIBLIOTECA VIRTUAL

Mais de 8.000 livros digitais das editoras Saraiva, GEN e Atlas para acesso livre no portal Minha Biblioteca.

CURSOS ONLINE

Mais de 50 cursos online com os mais renomados professores do Brasil, abordando temas atuais e relevantes do Direito Previdenciário.

SIMULADORES

Contagem de tempo de serviço, cálculo do valor do benefício, liquidação de sentença, revisão de benefício e outros, 100% online e seguro.

REVISTA CIENTÍFICA

Acesso integral e exclusivo à nova publicação do IEPREV, a Revista Brasileira de Direito Social.

www.ieprevpremium.com.br

Artigos selecionados no



IV

**CONGRESSO
BRASILEIRO
DE DIREITO
PREVIDENCIÁRIO
DO IEPREV**

ISBN: 978-85-53112-02-9



IEPREV

INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS