
Regime Geral
da Previdência
Social - RGPS

Direito Previdenciário

Roberto de Carvalho Santos
Organizador

Instituto de
Estudos
Previdenciários
- IEPREV

Primeira coletânea de artigos do
Curso de Especialização em
Direito Previdenciário

Universidade
Cândido
Mendes -
UCAM



Instituto de Estudos Previdenciários
www.ieprev.com.br

Belo Horizonte
2018

Roberto de Carvalho Santos
Coordenador

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

**Primeira coletânea de artigos do
Curso de Especialização em Direito Previdenciário**

**Regime Geral da Previdência Social (RGPS)
Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV)
Universidade Cândido Mendes (UCAM)**

Belo Horizonte
2018

©2018 Roberto de Carvalho Santos.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei n. 9.610 de 19/02/1998.

Reprodução parcial ou total permitida, desde que citada a fonte.

Santos, Roberto de Carvalho (Org.).

Direito Previdenciário: primeira coletânea de artigos do Curso de Especialização em Direito Previdenciário - Regime Geral da Previdência Social (RGPS), Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV), Universidade Cândido Mendes (UCAM) [Recurso Eletrônico] / Santos, Roberto de Carvalho. - Belo Horizonte: IEPREV, 2018.

230 p.

e-book

Prefixo Editorial: 53112

ISBN: 978-85-53112-00-5

1. Direito Previdenciário. 2. Regime Geral de Previdência Social.
3. Seguridade Social. I. Santos, Roberto de Carvalho. II. Instituto de Estudos Previdenciários - IEPREV. III. Título.

PREFÁCIO

O Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV) tem a plena convicção de que a preservação dos direitos sociais fundamentais somente se consubstancia com a maior conscientização dos destinatários das políticas de seguridade social delineadas na Constituição Federal de 1988.

O conhecimento, pela população brasileira, do rol dos direitos previstos, por exemplo, na Lei n. 8.213/91, que regulamenta o Plano de Benefícios da Previdência Social, é sobremaneira incipiente, seja pela ausência de eficientes programas de educação previdenciária, seja pelas mudanças frequentes que o Direito Previdenciário é submetido, dificultando a difusão das regras de acesso às prestações previdenciárias.

A falta de uma robusta consciência previdenciária é terreno fértil para retrocessos que acontecem à revelia dos interesses da coletividade dos segurados do Regime Geral de Previdência Social.

Os profissionais que militam na seara previdenciária também precisam de permanente atualização e capacitação, pois, além das mutações normativas diuturnas, verifica-se uma profusão de alterações de entendimentos jurisprudenciais.

É fundamental que o advogado conheça as inovações sobrevindas pelo Código de Processo Civil para fazer frente a julgados que violam o princípio da segurança jurídica e utilize de forma adequada a força dos precedentes com o escopo de aprimorar o sistema processual, conferindo-lhe celeridade e isonomia, sem se descuidar pela busca de um justo processo previdenciário.

Para tanto, a instrução probatória no âmbito dos processos administrativo e judicial precisa ser muito bem conduzida para que as decisões proferidas sejam constitucionalmente fundamentadas e compatíveis com a natureza fundamental do direito previdenciário postulado. A sobrevivência e a dignidade dos segurados/dependentes estão depositadas nas mãos dos profissionais que abraçaram esse fascinante ramo do Direito.

O advogado não somente deve dominar as novas técnicas do processo judicial, mas conhecer os meandros do processo administrativo, desde o agendamento do pedido de benefício no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), justificação administrativa, manejo adequado das novas ferramentas como INSS DIGITAL e MEU INSS, bem como a correta interposição dos recursos administrativos perante o Conselho de Recursos do Seguro Social (CRSS).

Muitas demandas podem ser solucionadas na via administrativa caso haja uma instrução probatória apropriada e, na hipótese de insucesso do pleito no âmbito do processo administrativo, a apreciação da celeuma pelo Poder Judiciário se mostra mais escorreita e eficaz quando os elementos de prova foram produzidos desde a instauração do processo administrativo junto à Agência da Previdência Social até o julgamento definitivo pelas instâncias do CRSS.

Os desafios para o advogado previdenciário se tornam ainda maiores ante os gargalos existentes no Juizado Especial Federal com decisões judiciais contrárias a entendimentos da própria Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, dos Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, exigindo do advogado conhecimentos tanto acerca do direito material como processual para reverter pronunciamentos que destoam do ordenamento jurídico previdenciário. A criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) pelo Código de Processo Civil, por exemplo, é um dos instrumentos que podem ser manejados pelos advogados para tentar reverter a multiplicidade de julgados dissonantes.

A advocacia previdenciária, por outro lado, exige do profissional uma atuação multifacetada e atenta à interdisciplinaridade com outros ramos do conhecimento científico, incluindo a medicina do trabalho, engenharia de segurança do trabalho, serviço social, etc.

O IEPREV tem a honra de publicar alguns artigos, selecionados pelo organizador desta obra. Os artigos foram produzidos pelos alunos que concluíram o curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Previdenciário como resultado da parceria firmada entre o Instituto e a Universidade Cândido Mendes (UCAM). Infelizmente excelentes artigos científicos ficaram fora desta publicação pelo número de artigos que previamente foi definido pela linha editorial.

Parabenizamos todos os alunos que dedicaram seu tempo para produzir belíssimos artigos científicos e principalmente pela busca incessante de capacitação para melhor desempenhar o seu nobre mister.

Esperamos também que os artigos aqui publicados para toda a comunidade jurídica contribuam para um estudo mais aprofundado sobre os temas abordados por cada um dos novos especialistas em Direito Previdenciário.

Roberto de Carvalho Santos

Presidente do IEPREV - Instituto de Estudos Previdenciários
Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Previdenciário do IEPREV/UCAM

SUMÁRIO

APOSENTADORIA ESPECIAL: a especialidade da atividade exercida em ambientes de saúde1

Ana Luiza Antunes 1

- 1 INTRODUÇÃO1
- 2 ASPECTOS LEGAIS DA APOSENTADORIA ESPECIAL.....2
 - 2.1 Da comprovação da especialidade da atividade 4
 - 2.2 Da habitualidade e permanência..... 7
 - 2.3 Do uso do Equipamento de Proteção Individual (EPI)..... 8
- 3 DA CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM9
- 4 DA ESPECIALIDADE DA ATIVIDADE EXERCIDA EM AMBIENTE DE SAÚDE 10
 - 4.1 Da controvérsia de entendimento entre a esfera administrativa e judicial..... 12
- 5 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 13
- 6 CONCLUSÃO 14
- 7 REFERÊNCIAS..... 15

RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE DE MOTORISTA COMO TEMPO ESPECIAL NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS) 19

Ana Maria Perpétua Gomes Araújo 19

- 1 INTRODUÇÃO 19
- 2 O SURGIMENTO DA APOSENTADORIA ESPECIAL20
 - 2.1 Enquadramento da especialidade de motorista por presunção legal..... 22
 - 2.2 Enquadramento da especialidade de motorista por exposição a agente nocivo .. 23
- 3 QUESTÕES RELEVANTES 27
- 4 CONCLUSÃO 30
- 5 REFERÊNCIAS..... 31

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL: o direito à aposentadoria especial e a dificuldade da prova.....33

Brunno Amazonas Galvão 33

- 1 INTRODUÇÃO 33
- 2 CONCEITO DO BENEFÍCIO - REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS..... 36
- 3 OS SEGURADOS E OS “PREMIADOS” PELA APOSENTADORIA ESPECIAL 39
- 4 CONTRIBUINTE INDIVIDUAL E A APOSENTADORIA ESPECIAL 46
- 5 PROVAS E MEIOS DE PROVA 52
- 6 CONCLUSÃO 58
- 7 REFERÊNCIAS..... 59

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL: viabilidade da indenização e do pagamento em atraso ao Instituto Nacional do Seguro Social como forma de planejamento previdenciário na aposentadoria por idade e por tempo de contribuição63

Leandro de Oliveira Marotta 63

1	INTRODUÇÃO	64
2	O PAGAMENTO EM ATRASO E INDENIZADO E SUA RESPECTIVA CONTAGEM NO CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	64
3	PERÍODO DE CARÊNCIA: OS ENTENDIMENTOS DO INSS AO LONGO DO TEMPO E O ATUAL PANORAMA.....	67
4	O PROCEDIMENTO DE RETROAÇÃO DA DATA DE INÍCIO DAS CONTRIBUIÇÕES E A POSSÍVEL CONTAGEM DO TEMPO PARA A CARÊNCIA.....	73
5	O CÁLCULOS DAS CONTRIBUIÇÕES EM ATRASO NA MODALIDADE INDENIZAÇÃO	76
6	ESTUDO DE CASO PRÁTICO	78
7	CONCLUSÃO	82
8	REFERÊNCIAS.....	82

O ESTADO DE POSSE DE FILHO E O DIREITO À PENSÃO POR MORTE 85

Frederico Augusto Ventura Pataro 85

1	INTRODUÇÃO	85
2	MUDANÇAS SOCIAIS DA FAMÍLIA.....	86
	2.1 Família e a filiação afetiva	88
	2.2 Filiação e família sob o ponto de vista contemporâneo.....	90
3	A FILIAÇÃO SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO	92
4	A POSSE DO ESTADO DE FILHO.....	93
	4.1 A posse do estado de filho na doutrina	95
	4.2 Elementos processuais	95
	4.3 Das provas	96
	4.4 Imprescritibilidade do direito.....	96
5	A POSSE DO ESTADO DE FILHO PERANTE OS TRIBUNAIS	97
6	PREVIDÊNCIA SOCIAL	103
	6.1 Seguridade Social.....	103
	6.2 Da Previdência Social.....	104
7	PENSÃO POR MORTE E O ESTADO DE POSSE DE FILHO	105
	7.1 Requisitos para Concessão da Pensão por Morte	106
8	DEPENDENTES	107
9	CONCLUSÃO	108
10	REFERÊNCIAS.....	109

O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: as mudanças normativas e a evolução do conceito de deficiência 111

William Gustavo de Oliveira Avelar 111

1	INTRODUÇÃO	112
2	BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - BREVES CONSIDERAÇÕES	112
3	AS MUDANÇAS NORMATIVAS E A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA	114
4	CONCLUSÃO	125
5	REFERÊNCIAS.....	126

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL: as modificações introduzidas pela lei do Microempendedor Individual e o direito a Aposentadoria Especial.. 129

Elizabeth Rosa Soares 129

- 1 INTRODUÇÃO 130
- 2 MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL..... 131
- 3 APOSENTADORIA ESPECIAL E O SEGURADO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL..... 132
- 4 REQUISITOS APOSENTADORIA ESPECIAL E FORMAS DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL..... 138
- 5 CONCLUSÃO 139
- 6 REFERÊNCIAS..... 140

A COMUNICABILIDADE ENTRE AS JUSTIÇAS TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA: da averbação do tempo de contribuição reconhecido por sentença trabalhista ao instituto da prova 141

Gabriela Mendes Soares..... 141

- 1 INTRODUÇÃO 141
- 2 A EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PROVENIENTES DE SENTENÇAS OU ACORDOS HOMOLOGADOS ANTES EC n. 20/98 142
 - 2.1 Aplicação dos princípios *tempus regit actum* e da irretroatividade para situações anteriores à EC n. 20/98 142
 - 2.2 Natureza jurídica da sentença a ser executada e a necessidade de homologação do acordo 143
- 3 A CONTROVÉRSIA EXISTENTE ENTRE AS JUSTIÇAS DO TRABALHO E A PREVIDENCIÁRIA PARA RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO E DE CONTRIBUIÇÃO..... 144
 - 3.1 A averbação de tempo reconhecido pela justiça do trabalho para fins previdenciários: necessidade de início de prova material..... 145
 - 3.2 A sentença trabalhista como início de prova para fins previdenciários..... 146
 - 3.3 Da prova material: conceito e presunção jurídica e a averbação do tempo na justiça comum em matéria previdenciária advindo de sentença trabalhista 147
- 4 CONCLUSÃO 149
- 5 REFERÊNCIAS..... 149

O FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI) COMO FATOR DE EXCLUSÃO DO RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL 151

Helen Kassia de Paula Santana 151

- 1 INTRODUÇÃO 152
- 2 APOSENTADORIA ESPECIAL E SEUS REQUISITOS..... 152
- 3 O USO DO EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI) E SUA EFICÁCIA..... 153
- 4 O JULGAMENTO DO ARE n. 664.335 156
- 5 CONCLUSÃO 160
- 6 REFERÊNCIAS..... 160

INCONSTITUCIONALIDADE DO FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO (FAP): ampla defesa e contraditório 163

Karen Camila Ferreira 163

- 1 INTRODUÇÃO 164
- 2 METODOLOGIA..... 166
- 3 REFERENCIAL TEÓRICO..... 166
 - 3.1 Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP)..... 166
 - 3.2 Ranking na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE)..... 168
- 4 DISCUSSÃO 168
- 5 CONCLUSÃO 170
- 6 REFERÊNCIAS..... 170

APOSENTADORIA ESPECIAL DO ELETRICISTA 173

Lucrecia Teixeira Pinheiro 173

- 1 INTRODUÇÃO 173
- 2 DA APOSENTADORIA ESPECIAL..... 173
- 3 DO AGENTE PERICULOSO ELETRICIDADE..... 175
- 4 DO ENTENDIMENTO ATUAL ACERCA DO AGENTE PERICULOSO ELETRICIDADE 179
- 5 DO USO DO EPI 180
- 6 EVENTUAIS MUDANÇAS NA APOSENTADORIA ESPECIAL TRAZIDAS PELA PEC n. 287/2016..... 184
- 7 CONCLUSÃO 186
- 8 REFERÊNCIAS..... 186

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE COMO PRESSUPOSTO DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL 187

Rodrigo Cascardo Silva 187

- 1 INTRODUÇÃO 187
- 2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PREVIDÊNCIA SOCIAL..... 188
- 3 RELAÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRADOS NO CENÁRIO PREVIDENCIÁRIO 190
- 4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS..... 192
- 5 FALTA DE PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO CENÁRIO PREVIDENCIÁRIO E SUA INFLUÊNCIA NEGATIVA NA CONSECUÇÃO DOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS DA PREVIDENCIA SOCIAL..... 194
- 6 CONCLUSÃO 196
- 7 REFERÊNCIAS..... 197

APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA..... 199

Francisco Ferreira dos Santos 199

- 1 INTRODUÇÃO 199
- 2 DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA 200
 - 2.1 Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)..... 202
 - 2.2 Da avaliação biopsicossocial..... 203

3	ESCALA DE PONTUAÇÃO	204
4	DOMÍNIO NÚMERO DE ATIVIDADES	205
5	LEI COMPLEMENTAR n. 142/2003.....	206
6	APOSENTADORIA POR IDADE DA LEI COMPLEMENTAR n.142/2013	208
7	APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR n. 142/2013	210
8	CONCLUSÃO	214
9	REFERÊNCIAS.....	215

AS VANTAGENS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA CONSECUÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

Marina Morais Silva..... 217

1	INTRODUÇÃO	217
2	APOSENTADORIA ESPECIAL	218
	2.1 Conceito.....	218
	2.2 Evolução histórica.....	219
3	CONDIÇÕES LEGAIS PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO NA CATEGORIA ESPECIAL.....	220
4	PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO E SUAS VANTAGENS.....	221
	4.1 Do processo administrativo previdenciário.....	221
	4.2 Das vantagens da via administrativa no reconhecimento da atividade especial .	223
5	DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL NA VIA ADMINISTRATIVA.....	225
	5.1 Posição do CRSS - Agente Agressivo Ruído.....	225
	5.2 Posição do CRSS - Perfil Profissiográfico Previdenciário prova plena a partir de 01/2004.....	225
	5.3 Posição do CRSS - Exposição à eletricidade acima de 250 volts.....	226
	5.4 Posição do CRSS - Hidrocarbonetos aromáticos - Benzeno.....	226
6	CONCLUSÃO	227
7	REFERÊNCIAS.....	228

APOSENTADORIA ESPECIAL: a especialidade da atividade exercida em ambientes de saúde

Ana Luiza Antunes¹

Resumo: O presente artigo aborda a temática do benefício previdenciário de aposentadoria especial dos segurados que laboram em ambiente hospitalar, com ênfase nos profissionais que não são da área da saúde propriamente dita, visando compreender como o instituto é aplicado para esses trabalhadores. Nesse sentido, faz-se um paralelo entre o entendimento adotado pelas esferas administrativa e judicial e entre as normativas por elas aplicadas. Neste ponto, ocorre confronto de posicionamentos, em o Poder Judiciário tem aplicado interpretação extensiva e analógica à lei, garantindo maior efetividade na tutela jurisdicional do direito à aposentadoria especial, enquanto que, de outro lado, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) adota critérios restritivos e contrários à lei, dificultando o acesso ao benefício, colidindo assim com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Aposentadoria Especial. Agentes biológicos. Ambiente Hospitalar.

Abstract: This article addresses the issue of the social security benefit of special retirement and the conversion of the special period to regular period of the insured people working in a hospital environment, with emphasis on professionals that are not of the area of the health itself, in order to understand how the institute is applied. In this sense, a parallel is made between the understanding adopted by the administrative and judicial spheres and between the norms applied by them. At this point, there is confrontation of positions, where the Judiciary has applied extensive and analogical interpretation to the Law, guaranteeing greater effectiveness in the judicial protection of the right to special retirement, while, on the other hand, the National Institute of Social Security (INSS) adopts restrictive criteria and even contrary to the Law, making it difficult for the insured to access the benefit, thus colliding with the principle of the dignity of the human person.

Keywords: Special Retirement. Biological agents. Hospital Environment.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a temática do benefício previdenciário de aposentadoria especial e da conversão de tempo especial para comum dos segurados que laboram em

¹ Pós-graduanda em Direito Previdenciário com ênfase no Regime Geral de Previdência Social na Universidade Candido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Advogada.

ambiente hospitalar, com ênfase nos profissionais que não são da área da saúde propriamente dita, visando compreender como o instituto é aplicado para esses trabalhadores, nas esferas administrativa e judicial.

A aposentadoria especial foi trazida pela Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960 vindo a ser alterada pela Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973 e Lei n. 5.440-A, de 23 de maio de 1968 e mais tarde disciplinada pelos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991 e faz parte do rol de benefícios oferecidos pelo regime geral de previdência social, que garante a alguns segurados significativa redução do tempo de contribuição necessária para obtenção da aposentadoria.

A legislação que trata do direito à aposentadoria especial passou por sucessivas mudanças desde que foi instituída. Até 28 de abril de 1995 aplicava-se o enquadramento por categoria profissional do segurado, por meio dos Decretos n. 53.831, de 25 de março de 1964 e Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979, em que bastava provar o desempenho da atividade para que fosse reconhecido o labor como especial.

No entanto, após 29 de abril de 1995 não se admite mais a presunção da exposição do segurado aos agentes nocivos devido a sua profissão, passando-se a exigir a comprovação da efetiva exposição por meio de critérios técnicos para o reconhecimento da especialidade da atividade.

Portanto, mediante as alterações legislativas desencadearam-se uma série de divergências entre as esferas administrativa e judicial a respeito do tema, impedindo por vezes obtenção do direito pelos segurados, motivo pelo qual, é necessário o estudo do tema.

2 ASPECTOS LEGAIS DA APOSENTADORIA ESPECIAL

A aposentadoria especial foi instituída em 1960, por meio da edição da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) em que, no seu art. 31 passou a prever a possibilidade de o segurado se aposentar de forma antecipada caso durante sua vida laboral tenha desempenhado atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas com a seguinte redação:

A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para êsse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

§ 1º A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal calculada na forma do § 4º do art. 27, aplicando-se-lhe, outrossim, o disposto no § 1º, do art. 20.

§ 2º Reger-se-á pela respectiva legislação especial a aposentadoria dos aeronautas e a dos jornalistas profissionais.

Posteriormente o limite de idade foi abolido pela Lei n. 5.440-A, de 23 de maio de 1968, e a carência mínima reduzida de 180 contribuições para apenas 60 meses por meio da Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973. (BRASIL, 1968, 1973)

O objetivo da norma foi de proteger a saúde do trabalhador exposto a agentes agressivos, para que ele possa se afastar da atividade insalubre, antes que adoeça. Assim, o benefício é concedido não em razão da existência de incapacidade, como é o caso da aposentadoria por invalidez, mas antes mesmo que isso ocorra, tendo caráter preventivo (LADENTHIN, 2016, p. 29).

Desse modo, a aposentadoria especial visa retirar o trabalhador de forma antecipada do ambiente insalubre para que não prejudique sua integridade física, ou ainda, como leciona Castro (2010, p. 637) trata-se de uma espécie de compensação pelo serviço prestado, devido ter o segurado se sujeitado a condições nocivas a sua saúde em prol da coletividade.

A natureza jurídica do benefício de aposentadoria especial ainda não está bem definida. Há quem diga tratar-se de espécie de aposentadoria por tempo de contribuição qualificada, devido a nocividade do trabalho desempenhado, enquanto há também quem defenda a ideia de que seja uma espécie de aposentadoria por invalidez antecipada, em razão de o benefício conferir ao segurado o direito ao afastamento do labor antes de desencadear uma doença (IBRAHIM, 2015, p. 623).

O benefício é concedido aos segurados que trabalharam 15, 20 ou 25 anos, a depender da atividade desempenhada, sendo que quanto menor o tempo exigido, maior a nocividade da dos agentes agressivos. No caso dos trabalhadores de ambientes de saúde são exigidos 25 anos de labor (BRASIL, 1991).

Quanto ao requisito idade, na redação original do art. 31 da Lei Orgânica da Previdência a idade mínima para obtenção do benefício era de 50 anos. Entretanto, conforme visto, a partir de 23 de maio de 1968, com a edição da Lei n. 5.440-A extinguiu-se a idade mínima para a percepção do benefício, não havendo mais até os dias atuais limite mínimo de idade para a aposentadoria especial (BRASIL, 1968).

Além dos 25 anos em atividade insalubre é exigido hoje para a percepção da aposentadoria em questão a carência de 180 contribuições, a mesma aplicada às demais aposentadorias, com exceção da por invalidez. O requisito carência está disciplinado por meio do art. 24 da Lei n. 8.213/91 e corresponde ao número mínimo de contribuições mensais imprescindíveis para que se faça jus a determinado benefício (BALERA; MUSSI, 2014, p. 203).

A data do início do benefício da aposentadoria especial, ou seja, o marco inicial de concessão é o dia da entrada do requerimento administrativo, conforme dispõe o art. 57, § 2º, da Lei n. 8.213/91, com exceção do segurado empregado que tenha requerido o benefício dentro do lapso de 90 dias a partir do desligamento da empresa, que neste

caso será a data de início de benefício será fixada na data do desligamento (ANDRADE; LEITÃO, 2012).

A legislação prevê como salário de benefício o valor considerado para o cálculo da renda mensal da aposentadoria. O art. 29 da Lei n. 8.213/91 com redação dada pela Lei n. 9.876/99 determina que o cálculo do salário de benefício se dá com base na média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição do segurado, obtidos a partir de julho de 1994, sendo este o salário de benefício a ser considerado para o cálculo da aposentadoria especial (BRASIL, 1991).

Encontrado o salário de benefício, deve-se buscar a sua renda mensal. O art. 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91 estatui que a renda mensal da aposentadoria especial corresponde a 100% do salário de benefício, assim a média das 80% maiores contribuições do segurado, vertidas a partir de julho de 1994 será a renda mensal inicial a ser recebida por ele a título de aposentadoria (BRASIL, 1991).

Impende destacar que, enquanto a renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo, corresponde a apenas 70% do salário de benefício do segurado, enquanto que a aposentadoria especial equivale a integralidade do salário de benefício.

Outrossim, no cálculo da aposentadoria especial não há a incidência do fator previdenciário, que corresponde a um coeficiente aplicado no salário de benefício que reduz a renda mensal da aposentadoria por tempo de contribuição (ANDRADE; LEITÃO, 2012).

Isto posto, o benefício da aposentadoria especial mostra-se como a forma mais vantajosa de aposentar-se. Além de conferir ao segurado o direito a aposentar-se antecipadamente, contribuindo por menos tempo ao sistema, possui o melhor cálculo de salário de benefício, sem redutores, e forma diferenciada de implemento dos requisitos de concessão, vez que depende do fator invalidez já que busca preveni-la.

2.1 Da comprovação da especialidade da atividade

Até a data de 28 de abril de 1995 para a comprovação da atividade especial aplicava-se o enquadramento por categoria profissional e até 05 de março de 1997 o enquadramento por agente nocivo. Isso porque até tal data, não havia na lei dispositivo que determinasse a comprovação pelo segurado da efetiva sujeição a condições nocivas (LADENTHIN, 2016).

Na redação original do art. 57 da Lei n. 8.213/91, presumia-se essa sujeição dependendo da atividade que o segurado exercia ou por meio de simples informação do empregador da exposição a agentes nocivos, sem qualquer estudo técnico do ambiente de trabalho (KERTZMAN, 2015).

A previsão legal que regia o caráter especial da atividade ou do agente nocivo se dava por meio dos Decretos n. 53.831, de 25 de março de 1964, e Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979, que trouxeram em seus anexos rol de atividades profissionais e de agentes nocivos que conferiam direito ao segurado a contagem do tempo como especial na época. (BRASIL, 1964, 1979).

Ao longo dos anos sobrevieram sucessivas mudanças na legislação, entretanto, o reconhecimento da especialidade da atividade se dá termos da legislação vigente ao tempo prestação do serviço, adotando-se a teoria do *tempus regit actum*, uma vez que há direito adquirido, porquanto incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, sendo vedado alterar-se situação jurídica já constituída (IBRAHIM, 2015, p. 633).

Dessa forma, ainda hoje, em que pese a revogação dos decretos acima e a alteração da redação original do art. 57 da Lei n. 8.213/91 que trouxe o enquadramento por atividade, ainda são utilizados, pois o que prevalece é a legislação vigente ao tempo em o segurado prestou o serviço, sendo irrelevante a data do pedido da aposentadoria ou do implemento dos requisitos (IBRAHIM, 2015, p. 633).

Impende destacar que as atividades constantes nos anexos dos decretos após algumas discussões na jurisprudência foram consideradas como exemplificativas e não taxativas, podendo-se enquadrar atividades neles não previstas, por analogia a atividades elencadas nos decretos, conforme decidiu o extinto Tribunal Federal de Recursos por meio da Súmula n. 198, utilizada até os dias atuais (CASTRO, LAZZARI, 2013, p. 716).

Assim, se o segurado desenvolveu atividade prevista nos anexos dos Decretos n. 53.831/64 e n. 83.080/79, ou esteve exposto a agentes nocivos neles previstos, ao tempo de suas vigências, basta que demonstre por meio da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), ficha de registro de empregados, diploma de conclusão da graduação ou ainda, qualquer outro meio que demonstre a profissão do segurado, que estará caracterizada a especialidade da atividade.

Porém, o enquadramento por categoria profissional veio a ser extinto mais tarde, pois além de conferir o direito à proteção da saúde do trabalhador, também conferia privilégios a segurados que não estavam sujeitos a agentes nocivos no dia a dia (IBRAHIM, 2015, p. 623).

Diante disso, o legislador visando abandonar as presunções de agressividade das condições laborais, passou a exigir, por meio da edição da Lei n. 9.032/1995, a comprovação da efetiva presença de agentes agressivos, nas atividades desempenhadas pelo segurado, de modo permanente e habitual, não ocasional ou intermitente (BRASIL, 1995).

Logo após 29 de abril de 1995, não se admite mais a presunção da exposição do segurado aos agentes nocivos excluindo-se o enquadramento por categoria profissional

e por agente nocivo sendo exigida do segurado a comprovação da efetiva exposição a condições agressivas a sua saúde por meio de critérios técnicos (BRASIL, 1995).

A partir de 29 de abril de 1995, então somente se comprova a nocividade do trabalho desempenhado por meio de formulários técnicos, como o SB-40, DISES-BE 5235, DSS-8030 e o DIRBEN 8030, que detalham as atividades desempenhadas (LADENTHIN, 2016).

Não obstante, a extinção do enquadramento por categoria profissional, ainda esteve vigente o enquadramento por agente nocivo, aqueles previstos nos anexos dos Decretos n. 53.831/64 e n. 83.080/79, em que até a sua revogação pelo Decreto n. 2.172/97, ou seja, 05 de março de 1997, ainda era possível o reconhecimento da especialidade da atividade por meio da demonstração da exposição aos agentes, através dos formulários SB-40, DISES-BE 5235, DSS-8030 e DIRBEN 8030 (LADENTHIN, 2016, p. 241).

Posteriormente, por meio da Lei n. 9.528/97 entendeu-se por necessária a apresentação do laudo técnico, que é um estudo elaborado obrigatoriamente por profissional habilitado, sendo este engenheiro de segurança do trabalho, ou médico do trabalho, conforme exigência do art. 58, § 1º, da Lei n. 8.213/91, o qual irá analisar o ambiente de trabalho e as suas condições, e indicará se há sujeição aos agentes (BRASIL, 1997).

O referido artigo, com nova redação dada pela Lei n. 9.528/97 consigna o seguinte:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo (Redação dada pela Lei n. 9.528, de 1997).

§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, 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 nos termos da legislação trabalhista.

Destarte, por meio do dispositivo se observa que a empresa deve elaborar um laudo técnico da empresa, que comumente é realizado de forma coletiva, ou seja, englobando o ambiente de trabalho de todos os funcionários dos diversos setores da empresa, e preenchendo formulário individualizado do funcionário, com base no laudo técnico.

De tal modo, surgiu pela primeira vez o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), posteriormente definido por meio das Instruções Normativas INSS/DC n. 99/2003 e INSS/PRES n. 77/2015, mas passando a vigor somente a partir de 1 de janeiro de 2004, sendo fornecimento obrigatório pela empresa, desde então, e devendo ser preenchido com base no laudo técnico e assinado pelo representante da empresa (LADENTHIN, 2016, p. 253).

O PPP basicamente deve ser uma reprodução fiel e individualizada das atividades e setor que o segurado laborou, dispensando assim a apresentação do laudo técnico ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Ocorre que, por vezes, mesmo que apresentada toda a documentação com preenchimento correto e estudo técnico dos laudos perante o INSS, comumente é indeferido o reconhecimento da especialidade do trabalho desempenhado em ambiente hospitalar.

Isso porque, a Autarquia adota uma interpretação mais restritiva sobre o tema, como se verá a seguir conferindo o direito à contagem do tempo especial apenas em alguns casos específicos.

2.2 Da habitualidade e permanência

É sabido que é condição para a concessão de aposentadoria especial que a atividade seja exercida de forma não ocasional, eventual ou intermitente, conforme expresso no art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/91 (BRASIL, 1991).

Contudo, tal definição pareceu um pouco pleonástica, de forma que se editou o Decreto n. 4.882/2003 que em seu art. 65 trouxe o conceito de forma mais clara:

Art. 65. Considera-se trabalho permanente, para efeito desta Subseção, 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.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput aos períodos de descanso determinados pela legislação trabalhista, inclusive férias, aos de afastamento decorrentes de gozo de benefícios de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários, bem como aos de percepção de salário-maternidade, desde que, à data do afastamento, o segurado estivesse exercendo atividade considerada especial.

De tal sorte, a habitualidade e permanência exigidas na legislação, ao menos para o agente biológico não pressupõe submissão contínua durante toda a jornada de trabalho aos agentes nocivos à saúde do trabalhador. Isso porque, basta que a tarefa que expõe o segurado aos agentes nocivos faça parte de sua rotina de trabalho não necessitando que esta tarefa ocupe toda a jornada laboral (LADENTHIN, 2016, p. 120).

É o caso, por exemplo, do servente de limpeza em ambiente hospitalar que possui como uma de suas atribuições diárias o recolhimento de lixo sanitário, mas que tal atividade ocupa apenas poucas horas da sua jornada, desempenhando também outras atividades.

No exemplo acima estão presentes os pressupostos, habitualidade e permanência, porque esses não estão atrelados à quantidade de horas de exposição ao agente agressivo, mas no fato de que da tarefa que expõe ao risco está integrada sua rotina de trabalho do segurado, conforme decidiu o Tribunal Federal da Quarta Região (TRF4) no julgamento da Apelação com Reexame Necessário n. 5057374-91.2011.404.7100.

Ademais, especificamente no caso dos agentes biológicos o TRF4 no julgamento da Apelação Cível n. 5005169-02.2013.404.7202 decidiu que não se exige habitualidade e permanência já que o que se pretende proteger é o risco de acidente e contaminação independente do tempo de contato com o agente.

Ante ao exposto, observa-se que a comprovação dos requisitos habitualidade e permanência quando se trata de agentes biológicos dá-se de forma diversa dos demais agentes, tendo em vista que proteção que se busca estabelecer é contra os riscos da contaminação, não necessitando de um mínimo de horas em exposição, já que é possível que esta ocorra em poucas horas de trabalho.

2.3 Do uso do Equipamento de Proteção Individual (EPI)

Os Equipamentos de Proteção Individual (EPI) são de fornecimento obrigatório por parte do empregador e visam proteger a saúde do trabalhador dos agentes nocivos a que esteja exposto durante a jornada de trabalho.

Assim há discussões no que diz respeito à neutralização dos agentes nocivos por meio do EPI para fins de reconhecimento da especialidade da atividade desenvolvida.

É comum que no PPP fornecido pelo empregador conste que o EPI foi eficaz na anulação dos agentes nocivos, sem o devido estudo técnico, por vezes com o objetivo de furtar-se de suas obrigações legais, preenchendo o documento de acordo com suas necessidades.

Entretanto, com base nisso tem-se entendido que para se admitir a eficácia do uso de EPI na neutralização dos agentes nocivos não basta o mero apontamento pelo empregador no PPP de fornecimento do equipamento, se entenda como neutralizado o agente é necessário a elaboração de um estudo ou perícia local que prove que por meio de critérios técnicos prove a real eficácia do equipamento.

Esse tem sido o entendimento do da Segunda Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça que no julgamento do Recurso Especial n. 157.3551 decidiu que esses dispositivos não são suficientes para descaracterizar a especialidade da atividade, a não ser que comprovados, por meio de perícia técnica especializada, o uso permanente pelo empregado durante a jornada de trabalho e a sua real efetividade.

Ademais impende salientar que frisar que não há no ordenamento jurídico previsão legal que determine que a utilização dos equipamentos de proteção individual retira do segurado o direito à aposentadoria especial.

Isso se deve ao fato de que, o benefício da aposentadoria especial é conferido, conforme preconiza o art. 57 da Lei de Benefícios ao segurado que está exposto ao risco, ainda que os equipamentos de proteção individual ou coletivos sejam hábeis a eliminar os agentes agressivos.

Nesse sentido é o posicionamento da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) que no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal n. 2008.72.54.006111-0 de relatoria do juiz federal Paulo Ricardo Arena Filho ainda consigna que o segurado que labora em ambiente insalubre, ainda que possua tecnologia de proteção hábil a neutralizar os agentes agressivos estará durante toda a jornada de trabalho sujeito a incorrer em dano a sua saúde, fazendo jus ao reconhecimento do período como especial, pelo simples fato da exposição ao risco.

Além disso, a própria Autarquia previdenciária, em que pese na prática não aplicar esse entendimento quando da análise das aposentadorias requeridas pelos segurados, possui a Súmula n. 21 editada pelo Conselho Regional da Previdência Social que assinala que, o mero fornecimento do EPI ao trabalhador não retira a hipótese de sujeição aos agentes agressivos.

Assim, em que pese haver julgados no sentido de que o uso do equipamento não retira a especialidade da atividade, ainda não há pacificidade no tema, havendo divergência de entendimento quanto eficácia ou não do uso do EPI para fins de reconhecimento de atividade especial.

3 DA CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM

O labor exercido em condições especiais, capaz de prejudicar a saúde ou a integridade física do trabalhador, fez jus, historicamente, a um tratamento diferenciado no ordenamento jurídico buscando-se afastar do trabalho de forma antecipada, o segurado submetido a tal circunstância a fim de proteger, ainda que em parte, a sua saúde, conforme já ressaltado anteriormente.

Ocorre que, nem todos os trabalhadores conseguem comprovar o exercício de atividade especial durante o tempo mínimo de 25 anos requeridos para a concessão aposentadoria especial, ou mesmo, não estiveram durante toda a sua vida laboral expostos a agentes nocivos, estando expostos somente parte dela.

Assim, a fim de compensar o segurado também pelos curtos períodos a que esteve exposto a condições agressivas o legislador por meio do art. 57, § 3º, da Lei n. 8.213/91 passou a conferir o direito à conversão do tempo especial em comum e vice-versa, fazendo com que o trabalhador pudesse aposentar-se por tempo de contribuição convertendo os seus períodos especiais em comum, com acréscimo no tempo, ou obter aposentadoria especial, convertendo os períodos comuns em especial, com diminuição do tempo comum laborado (KERTZMAN, 2015, p. 393).

Todavia, com a edição da Lei n. 8.213/91 por meio da Lei n. 9.032/95, juntamente com a extinção do enquadramento por categoria, retirou-se também o direito a conversão do tempo comum em especial, sob exigindo integralidade do tempo especial para concessão do benefício de aposentadoria especial (LADENTHIN, 2016).

Destarte, após 28 de abril de 1995 a legislação manteve apenas a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, entretanto, que veio a ser revogada por meio da Medida Provisória n. 1.663-10 de 28 de maio de 1998 (BRASIL, 1998).

Desse modo, a conversão do tempo especial comum para períodos após 28 de maio de 1998 esteve extinta até que a TNU ao analisar um pedido de uniformização interposto pelo INSS a fim de modificar decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de São Paulo no processo n. 2004.61.84.00.5712-5 decidiu por bem manter o direito a referida conversão de tempo mesmo após 28 de maio de 1998, cancelando a sua Súmula n. 16, qual proibia tal conversão.

Os fatores de conversão estão previstos no art. 70, do Decreto n. 3.048/99, que prevê que diante da especialidade das atividades, é possível converter o tempo especial para comum, aplicando-se o fator de 1,4 para o homem e de 1,2 para a mulher, no caso das atividades que ensejam a aposentadoria aos 25 anos de trabalho (BRASIL, 1999).

Logo, conforme leciona Ladenthin (2016, p. 178) a conversão do tempo representa “[...] um critério de equivalência. Períodos laborados em diferentes graus de nocividade (15, 20 ou 25 anos) não podem se misturar, somar, sem antes tornarem-se iguais”.

Assim, com base no que dispõe o art. 201, § 1, da Carta Magna confere-se aos trabalhadores expostos a agentes agressivos a sua saúde, tratamento mais benéfico com relação aos trabalhadores que exercem atividades não prejudiciais à saúde, buscando-se atender ao princípio constitucional da isonomia.

4 DA ESPECIALIDADE DA ATIVIDADE EXERCIDA EM AMBIENTE DE SAÚDE

Os ambientes de saúde, como hospitais, laboratórios, clínicas, postos de saúde, pronto atendimento e consultórios, hemocentros, laboratórios são locais onde é inerente a presença de bactérias, germes infecciosos ou parasitários, e propícios para a sua propagação podendo haver risco de contágio.

Isso porque, há um fluxo de pessoas com diversas espécies de doenças infecciosas colaborando para que haja o deslocamento dos vírus, bactérias e germes por todo o ambiente sendo possível a exposição constante dos trabalhadores do local ao risco.

Destarte, além dos médicos e enfermeiros, e técnicos e auxiliares de enfermagem, os demais profissionais que se dedicam a diversas atividades em ambiente de saúde como, por exemplo, auxiliares administrativos, copeiros, serventes de limpeza, cozinheiros, auxiliares de farmácia, nutricionistas, atendentes, secretários, seguranças, porteiros, instrumentadores cirúrgicos, motoristas de ambulância, entre outros, podem estar expostos a agentes insalubres. O Decreto n. 53.831/64 no código 2.1.3 trouxe de forma expressa as profissões de Médico, Odontólogo e Enfermeiro, garantindo até 28 de abril

de 1995 a aposentadoria com redução de cinco anos para os segurados que comprovarem o exercício dessas atividades (BRASIL, 1964).

Já o Decreto n. 83.080/79 no código 2.1.3 fez constar as atividades de Medicina, Odontologia, Farmácia, Bioquímica e Enfermagem, Técnico em Raios-X, Técnicos em Anatomia, entre outras atividades. Tal Decreto englobou quase todas as atividades dentro da área da saúde, todavia, deixando de fora os trabalhadores que não possuem relação com medicina propriamente dita, mas que prestam serviços dentro do mesmo ambiente de trabalho (BRASIL, 1979).

Logo, com relação aos profissionais que há a previsão expressa nos Decretos n. 53.831/64 e n. 83.080/79 estes se beneficiam do enquadramento por categoria profissional até 28 de abril de 1994. Contudo, os demais trabalhadores de ambiente de saúde não deixam de ter o direito ao reconhecimento da especialidade de suas atividades (BRASIL, 1964, 1979).

Isso porque, é possível o enquadramento por categoria profissional até 28 de abril de 1995 por analogia, ainda que sua atividade não conste em regulamento algum, considerando-se como meramente exemplificativos os anexos dos Decretos n. 53.831/64 e n. 83.080/79, com base no enunciado da súmula n. 198 editada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, que é aplicada ainda hoje pelos Tribunais Superiores (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 716).

Ainda, nos Decretos n. 53.831/64 e n. 83.080/79 além do rol de atividades, ainda continha um rol de agentes nocivos considerados como especiais as atividades desenvolvidas em exposição a eles, sendo reconhecido o labor como especial até 05 de março de 1997, limite máximo de vigência do enquadramento por agentes nocivos, conforme explanado alhures (LADENTHIN, 2016, p. 241).

No caso desses trabalhadores, em razão da natureza do local em que prestam a atividade há grandes chances de haver exposição aos agentes biológicos durante o período de labor.

Assim as atividades desenvolvidas até 05 de março de 1997 em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, postos de vacinação, entre outros ambientes de saúde em contato com agentes biológicos, independentemente de ser profissional da saúde, há possibilidade de reconhecimento da especialidade e a sua comprovação se dá por meio da apresentação dos formulários por parte do segurado e emitidos pelo empregador em que conste os agentes a que esteve exposto, ou o detalhamento de atividades que demonstrem contato com agentes biológicos (LADENTHIN, 2016, p. 241).

A respeito da extinção do enquadramento por categoria profissional, destaca-se que, recentemente a TNU no âmbito dos Juizados Federais com relação aos servidores de limpeza e de higienização em ambientes hospitalares editou a Súmula n. 82 a qual estabeleceu o seguinte:

O código 1.3.2 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64, além dos profissionais da área da saúde, contempla os trabalhadores que exercem atividades de serviços gerais em limpeza e higienização de ambientes hospitalares.

Ainda, o TRF da 4ª Região no julgamento do RCI 2007.72.58.004009-5 reconheceu como especial o período laborado por uma copeira que desempenhou suas atividades em ambiente hospitalar.

Logo, temos que há de ser compreendido que os trabalhadores que exercem atividades dentro de ambientes hospitalares têm também direito ao reconhecimento da especialidade da atividade, independentemente de serem profissionais da área da saúde, bastando a exposição aos agentes.

Ademais, como é sabido após a extinção dos enquadramentos por profissão e por agentes, há que ser provada a especialidade da atividade desenvolvida, seja ela qual for.

4.1 Da controvérsia de entendimento entre a esfera administrativa e judicial

Assim, com as diversas alterações no âmbito legislativo a respeito do que é conceituado como atividade especial, se sucederam divergências de entendimento na aplicação da aposentadoria especial entre as esferas administrativa e judicial.

No âmbito administrativo o INSS possui uma interpretação restritiva sobre o tema da aposentadoria especial. No tocante aos agentes biológicos a Autarquia adotou há tempos o entendimento são consideradas como especial apenas as atividades elencadas de forma taxativas no código 3.0.0, do Anexo IV, do Decreto n. 3.048/99.

Tal entendimento restringe o reconhecimento da especialidade da atividade na via administrativa aos trabalhos em estabelecimentos de saúde em contato com portadores de doenças infectocontagiosas ou com manuseio de materiais contaminados, em laboratórios de autópsia, anatomia, anátomo-histologia e de exumação de corpos (LADENTHIN, 2016, p. 76).

Além disso, a Instrução Normativa n. INSS/PRES n. 45/2010, norma interna imposta aos servidores do INSS determinava em seu art. 244 que a aposentadoria especial era cabível somente aos segurados que laborassem de modo permanente com pacientes portadores de doenças infectocontagiosas com segregação em áreas específicas (LADENTHIN, 2016, p. 76).

Contudo, pouco tempo após houve a revogação da exigência de segregação com o advento da edição de nova Instrução Normativa, a Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, dispensando-se o requisito da segregação, todavia, sendo requisito ainda o exercício da atividade em ambiente de saúde e em contato com doenças infectocontagiosas ou com seus materiais contaminados, sendo estes cumulativos e não alternativos (BRASIL, 2015)

Destarte, como não são todos os profissionais que preenchem esses dois requisitos de forma cumulativa, ou seja, que laboram em ambientes de saúde e estão em contato com pessoas ou materiais com doenças transmissíveis, mas que ainda assim laboram em condições insalubres expostas a riscos biológicos necessitam buscar amparo perante o Poder Judiciário, porquanto que não encontram respaldo no âmbito administrativo.

No âmbito judicial o direito aplicado à aposentadoria especial é aquele previsto nos Decretos n. 53.831/64, n. 83.080/79 e n. 3.048/99 adotando-se a legislação vigente na época da prestação do serviço, não havendo os requisitos de segregação do segurado ou seu contato permanente com pacientes e materiais com doenças infectocontagiosas.

Destaca-se que, na esfera judicial o segurado possui maior possibilidade de ter seu pleito concedido, visto que além do entendimento majoritário adotado afastar a necessidade do contágio de forma permanente com os agentes biológicos, aceitando apenas que haja o risco do contato com os agentes aplica ainda interpretação extensiva à legislação, permitindo o enquadramento por categoria profissional de atividades não expressas nos Decretos e sendo ainda mais favorável no que diz respeito a produção de provas da especialidade.

Diferente da esfera administrativa, o judiciário permite em alguns casos a realização de perícia no local de trabalho do segurado a fim de averiguar a efetiva exposição, ou ainda a utilização de provas por similaridade, que consiste no aproveitamento de laudos de outra empresa ou de outro segurado em mesmas condições e atividade para caracterização da atividade como especial, caso não haja outros meios de prova.

5 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A aposentadoria especial surgiu inicialmente com o objetivo de proteção ao direito à vida, visando retirar o trabalhador de forma antecipada da exposição aos agentes agressivos, como forma de proteger a sua integridade.

O direito à vida é o primeiro direito da pessoa, e o mais fundamental de todos os direitos, considerado pré-requisito para a existência e uso dos demais direitos garantidos ao indivíduo (MORAIS, 2004).

Não faria sentido todos os outros direitos fundamentais serem garantidos, se a vida humana não estivesse estabelecida dentre eles (SILVA, 2003).

Assim, o direito à vida está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa, podendo-se afirmar que onde houver dignidade, há vida, e quanto mais intensa for a conexão entre eles, maior será a relevância dos direitos sociais para o gozo de uma vida com dignidade efetiva (SARLET, 2004).

Os direitos humanos, quando reconhecidos pelo Estado, são inseridos na Constituição e denominam-se direitos fundamentais. Esses direitos constituem cláusulas básicas e supremas, direcionadas a todos os indivíduos, sendo direitos indisponíveis e garantidos em face do Estado. Nasceram de reivindicações políticas e morais que geram concretização às exigências de dignidade, liberdade e igualdade, de acordo com cada momento histórico (SIQUEIRA, 2014).

Como leciona Sarlet, o Estado possui como atribuição a garantia da dignidade da pessoa que consiste em ações tanto de cunho preservativo da dignidade existente quanto de promoção de meios que possibilitem o seu exercício (SARLET, 2004).

Isto posto, a aposentadoria especial representa uma ação do Estado em favor dos cidadãos que laboram em atividades agressivas, visando a promoção do acesso ao mínimo de proteção capaz garantir-lhes uma sobrevivência digna.

No tocante a problemática do presente estudo, o princípio da dignidade da pessoa, que se encontra intimamente ligado ao direito à vida, é infringido, pois o cidadão deixa obter o benefício de aposentadoria especial em virtude da adoção de critérios demasiadamente restritivos e não abarcados por lei, devido à interpretação restritiva da Autarquia concessora.

A não obtenção do direito faz com que o segurado mantenha-se laborando em atividade insalubre por mais tempo além do permitido, até que atinja os requisitos das demais aposentadorias, com risco de ofensa a sua integridade física, tornando ineficaz princípio da dignidade da pessoa.

6 CONCLUSÃO

A aposentadoria especial trazida primeiramente pela Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960 e mais tarde disciplinada pelos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991 faz parte do rol de benefícios oferecidos pelo regime geral de previdência social, que garante a alguns segurados a significativa redução do tempo de contribuição necessária para obtenção da aposentadoria com forma de compensação ao serviço insalubre prestado a sociedade, ou ainda, como forma de retirar o trabalhador mais cedo da atividade antes que adoeça, visando a prevenção.

Entretanto, em face às alterações havidas no âmbito legislativo, sucederam-se divergências de entendimento adotado pelas esferas administrativa e judicial, trazendo dúvidas aos segurados a respeito do tema da aposentadoria especial e a sua não obtenção pelos segurados que fazem jus.

O enquadramento por categoria profissional dos segurados que exercem cargos da área da saúde, enquanto vigente trouxe um entendimento, ao menos no senso comum de que a especialidade da atividade fosse reconhecida somente para esses profissionais,

deixando de fora todos os outros trabalhadores que exercem suas atividades em ambiente hospitalar e que estão sujeitos aos mesmos riscos ambientais.

Além disso, a Instrução Normativa INSS/PRES n. 45/2010, que uma vez já restringiu a aposentadoria especial aos segurados que laborassem em segregação em áreas específicas, como Unidades de Terapia Intensiva (UTI), e que hoje ainda exige a cumulação dos requisitos: exercício em ambiente de saúde e em contato com doenças infectocontagiosas ou com seus materiais contaminados tornou mais restrita ainda a concessão do benefício.

Dessa forma, recepcionistas, auxiliares administrativos, copeiros, serventes de limpeza, cozinheiros, auxiliares de farmácia, nutricionistas, atendentes, secretários, seguranças, porteiros, motoristas de ambulância e entre outros segurados, apesar de estarem em contato com pacientes doentes estão expostos a agentes biológicos nocivos à saúde têm maior dificuldade para obter o benefício na via administrativa.

Assim esses profissionais muitas vezes por não possuírem conhecimento sobre o tema acolhem as decisões do INSS e continuam laborando sujeitos a agentes agressivos além do tempo necessário, a fim de preencher os requisitos das demais aposentadorias.

Tal fato ocasiona o aumento de risco de ofensa à integridade física dos segurados, o que é justamente o que a norma previdenciária visa impedir com a aposentadoria especial, tornando-a sem eficácia e assim ferindo o princípio da dignidade da pessoa.

Contudo, conforme visto, o Poder Judiciário buscando proteger o segurado tem aplicado regras mais flexíveis, admitindo interpretação analógica e inclusive oportunizando melhor produção de provas aos segurados, de forma que tem conferido maior efetividade na tutela jurisdicional do direito à aposentadoria especial, sendo este o melhor meio de obtenção da aposentadoria especial.

Assim, diante deste cenário, a solução plausível é a busca dos segurados pelo judiciário, pois embora se critique a judicialização das demandas previdenciárias, este demonstra-se ser o único meio viável no momento para concretização do direito em questão.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura; LEITÃO, André Studart. **Direito Previdenciário I**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Conselho de Recurso da Previdência Social. Súmula n. 21, 26 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=crps&num=21>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 2.172, de 05 de março de 1997. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. **Diário Oficial da União**, 06 mar. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2172.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 07 maio 1999, p. 50. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 4.882, de 18 de novembro de 2003. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. **Diário Oficial da União**, 19 nov. 2003, p. 13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4882.htm>. Acesso em: 1 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964. Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960. **Diário Oficial da União**, 30 mar. 1964, 002932, 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d53831.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. **Diário Oficial da União**, 29 jan. 1979, Suplemento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83080.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 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**, 25 jul. 1991, p. 14809. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. **Diário Oficial da União**, 05 set. 1960. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 5.440-A, de 23 de maio de 1968. Altera o artigo 31 e dá nova redação do artigo 32 e seu § 1º da Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social). **Diário Oficial da União**, 28 maio 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5440a.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis n. 8.212 e n. 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 29 nov. 1999, p. 1, Edição Extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 157.3551, da 2ª Turma, Brasília/DF, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação com Reexame Necessário n. 5057374-91.2011.404.7100, da 5ª Turma, Rio Grande do Sul, 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação com Reexame Necessário n. 5005169-02.2013.404.7202, da 6ª Turma, Santa Catarina, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1486846&num_registro=201503113540&data=20160519&formato=PDF>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso de Sentença Cível (RCI) n. 2007.72.58.004009-5, da 1ª Turma, Santa Catarina, 28 de abril de 2010. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/imprimir.php?selecionados=%27TRF402615839%27 &pp=atividade%20especial%20ambiente%20hospitalar&cp=>>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal n. 2008.72.54.006111-0, Brasília/DF, 24 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal n. 2004.61.84.00.5712-5, Brasília/DF, 27 de março de 2009. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Súmula n. 82, 30 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=82>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 12. ed. Bahia: Juspodvm, 2015.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial: teoria e prática**. Curitiba: Jaruá, 2016.

MORAIS, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 43.

SOUZA, Peterson. Aposentadoria Especial dos Trabalhadores na Área da Saúde. São Paulo: Imperium, 2016.

RECONHECIMENTO DA ATIVIDADE DE MOTORISTA COMO TEMPO ESPECIAL NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS)

Ana Maria Perpétua Gomes Araújo¹

Resumo: O presente estudo procurou examinar quais os requisitos necessários para o reconhecimento da atividade de motorista como especial, desde sua consagração pelo Decreto n. 53.831/64 até os dias atuais. Verificou a evolução de seu reconhecimento no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), realizando a retrospectiva histórica do enquadramento, desde o reconhecimento por categoria profissional, aos dias atuais, quando se faz necessário comprovar exposição habitual e permanente a algum agente nocivo vigente, por meio do formulário PPP embasado em Laudo Técnico Pericial. Identificou as exigências para sua comprovação ao longo dos anos e apontou as questões relevantes sobre o tema. Refletiu criticamente acerca das condições de trabalho atuais do motorista.

Palavras-chave: Motorista. Atividade especial. Reconhecimento no RGPS.

Abstract: The present study sought to examine the necessary requirements for the recognition of driver activity as special, since its consecration by Decree n. 53.831/64 to the present day. It verified the evolution of its recognition in the scope of the RGPS, performing the historical retrospective of the framework, from the recognition by professional category, to the present day, when it is necessary to prove habitual and permanent exposure to some current harmful agent, through the PPP form based In Expert Report. It identified the requirements for its verification over the years and pointed out the relevant issues on the subject. Reflected critically about the current working conditions of the driver.

Keywords: Driver. Special activity. Recognition in the RGPS.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a atividade de motorista de ônibus ou de caminhão era considerada especial com enquadramento por categoria profissional até 28 de abril de 1995, quando foi publicada e entrou em vigor a Lei n. 9.032/1995. Após essa data a especialidade da atividade passou ser reconhecida somente com a comprovação de exposição habitual e permanente aos agentes nocivos vigentes na legislação.

¹ Aluna do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Previdenciário-RGPS, da Universidade Cândido Mendes de Minas Gerais. Bacharel em Letras pela Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Advogada. E-mail: anamail@hotmail.com. Professor-orientador: João Batista Lazzari.

O presente estudo pretende contribuir para que esta categoria profissional tenha a devida proteção previdenciária, uma vez que somente a informação e a divulgação são capazes de proporcionar ao motorista um tratamento digno e justo em face das adversidades que enfrenta no seu dia a dia.

O tema surgiu após a constatação de que muitos segurados que buscam a concessão da aposentadoria no final de carreira encontram entraves no reconhecimento de sua atividade de motorista como especial, motivo pelo qual se faz necessário estudo aprofundado para se verificar as possibilidades de enquadramento de sua profissão como prejudicial à saúde ou à integridade física, a partir do advento da Lei n. 9.032/1995.

O sentimento dos motoristas profissionais, que contribuem para o desenvolvimento da nação percorrendo o país, transportando toda espécie de cargas e/ou vidas é de injustiça e discriminação. Acreditam-se injustiçados por serem leigos, terem em sua maioria nível básico de escolaridade, e por serem a parte hipossuficiente, com pouco conhecimento sobre o enquadramento da atividade.

Não concordam com a necessidade de se comprovar com documentos a exposição habitual e permanente a agentes nocivos uma vez que os mesmos são indissociáveis às suas funções laborais.

Contudo, o advento da Lei n. 9.032/1995 revogou o reconhecimento do tempo de atividade especial do motorista por categoria profissional, resta saber: Quais são as possibilidades para quem exerce a atividade de motorista de ônibus ou caminhão ter seu labor considerado como prejudicial à saúde ou à integridade física?

O objetivo geral deste trabalho é buscar as possibilidades de reconhecimento da atividade de motorista como especial no âmbito do RGPS.

Como objetivos específicos pretende-se desenvolver a evolução histórica do enquadramento da atividade de motorista, desde seu reconhecimento por presunção legal, até os dias atuais, em que é necessário ficar demonstrada a habitualidade e permanência do trabalhador a algum dos agentes nocivos elencados no Anexo IV do Decreto n. 3.048/1999. Além disso, buscou-se identificar quais os documentos exigidos para esse enquadramento no decorrer dos anos, bem como o posicionamento da jurisprudência a esse respeito.

2 O SURGIMENTO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

A atividade especial surgiu com o art. 31 da Lei n. 3.807, de 28 de agosto de 1960, – Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) –, porém foi com o Decreto n. 53.831/64 que a relação das atividades e agentes considerados especiais foi introduzida na legislação.

Castro e Lazzari (2017, p. 745) ensinam que:

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Inicialmente, a atividade especial englobava definições trabalhistas de insalubridade, periculosidade e penosidade, e o reconhecimento da especialidade era concedido sob duas hipóteses: pela categoria profissional ou pela submissão aos agentes nocivos.

A concepção da aposentadoria especial é a proteção ao trabalhador. O direito de cômputo diferenciado do tempo se justifica pelo fato de algumas atividades demandarem desgaste maior à saúde do trabalhador. Dessa forma, o tratamento distinto deve considerar a perda progressiva da capacidade laborativa em proporção mais exacerbada do que aquela decorrente do serviço em condições normais.

Assim, inicialmente, ou o enquadramento da atividade como especial se dava conforme a atividade desempenhada pelo segurado, quando presumia a lei a sujeição a condições insalubres, penosas ou perigosas, ou o caráter especial do trabalho decorria da exposição a agentes nocivos arrolados na legislação, independentemente da atividade ou profissão exercida pelo segurado (LAZZARI, 2007, p. 638).

Annibal Fernandes (1986, p. 83), exemplifica os conceitos de insalubridade, penosidade e periculosidade:

A insalubridade consiste no trabalho com exposição a agentes agressivos, de natureza física, química ou biológica. A penosidade é o trabalho desgastante, física ou mentalmente. A periculosidade tem mais de um aspecto. Um deles é o trabalho em contato com inflamáveis ou explosivos, conceito que tem sede trabalhista e leva ao pagamento do respectivo adicional. No entanto, para efeito previdenciário, também se denomina 'perigoso' o trabalho de natureza para policial, de vigilantes armados e pessoas com funções similares. Lei recente inclui os eletricitários entre os exercentes de atividade periculosa (Lei n. 7.369/85).

Porém, é necessário entender que nem sempre as condições de trabalho que dão ensejo a adicionais de insalubridade ou periculosidade serão reconhecidas como especiais pelo INSS.

A partir do Decreto n. 53.831/64 foram sendo editados vários outros decretos com a finalidade de regulamentar a matéria, em especial o Decreto n. 83.080/79, que não revogou, mas complementou o Decreto originário, e teve sua eficácia quanto aos agentes nocivos até a vigência do Decreto n. 2.171/97 (MARCELO, 2011).

O rol de categorias profissionais ou situações nocivas era, portanto, fixado com base no senso comum (através de estudos empíricos sobre o histórico de afastamento em determinadas profissões).

A Constituição Federal de 1988 conferiu status constitucional à aposentadoria especial, na redação original do art. 202, inciso II:

Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

I-.....

II- após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalhos sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei; [...].

A Constituição Federal de 1988 também alterou o conceito da aposentadoria especial, e as noções de insalubridade, penosidade e periculosidade foram substituídas pela menção a “atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

E, para regular a aposentadoria especial, a Lei n. 8.213/91 – Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS) –, em seu art. 57, dispôs acerca da carência para a espécie, e no art. 58 determinou que as atividades consideradas especiais devessem ser arroladas em lei específica.

Já a conversão do tempo de serviço especial em aposentadoria comum foi instituída pela Lei n. 6.887, de 10 de dezembro de 1980, que incluiu o § 4º, no art. 9º da Lei n. 5.890/73:

Art. 9º: [...] § 4º O tempo de serviço exercido alternadamente em atividades comuns e em atividades que, na vigência desta Lei, sejam ou venham a ser consideradas penosas, insalubres ou perigosas, será somado, após a respectiva conversão segundo critérios de equivalência a serem fixados pelo Ministério da Previdência Social, para efeito de aposentadoria de qualquer espécie.

O Decreto n. 4.827/2003 dispôs em seu art. 70, § 2º, que a conversão de atividade especial para comum podem ser aplicadas para o trabalho exercido em qualquer período, sendo, portanto, possível, a conversão mesmo anterior à lei que a instituiu (RIBEIRO, 2010).

2.1 Enquadramento da especialidade de motorista por presunção legal

Como já dito anteriormente, foi em 25 de março de 1964, com a edição do Decreto n. 53.831, que se estabeleceu a relação entre agentes químicos, físicos e biológicos no trabalho e os serviços e atividades profissionais classificadas como insalubres, perigosas ou penosas, que passaram ensejar pedidos de aposentadoria especial (RIBEIRO, 2009, p. 17).

E em 24 de janeiro de 1979, com a edição do Decreto n. 83.080, houve a complementação (e não a revogação) das atividades especiais contempladas no Decreto n. 53.831/64.

As atividades de motorista de caminhão e motorista de ônibus estão elencadas nos códigos 2.4.4 do Decreto n. 53.831/64 e 2.4.2 do Decreto n. 83.080/79:

2.4.4	TRANSPORTES RODOVIÁRIO	Motorneiros e condutores de bondes. Motoristas e cobradores de ônibus. Motoristas e ajudantes de caminhão.	Penoso	25 anos	Jornada normal
2.4.2	TRANSPORTE URBANO E RODOVIÁRIO	Motorista de ônibus e de caminhões de cargas (ocupados em caráter permanente)		25 anos	

O motorista (de ônibus ou caminhão) tinha sua especialidade garantida na vigência dos Decretos n. 53.831/64 e n. 83.080/79, uma vez que tal enquadramento se dava por presunção legal. A atividade de transporte rodoviário, no Decreto n. 53.831/64, era caracterizada como “penosa”, e a comprovação necessária para o enquadramento podia se dar por qualquer meio de prova.

Não havia a necessidade da comprovação de exposição a qualquer agente, bastando para o reconhecimento e enquadramento que o mesmo comprovasse o efetivo exercício da profissão de motorista, pois seu desempenho gerava presunção absoluta de exposição a agentes nocivos.

Logo, para o motorista, a comprovação poderia ser feita mediante o registro da CTPS e a Carteira Nacional de Habilitação. Especialmente nos casos em que o registro de trabalho não especifica o tipo de veículo, a CNH se mostra prova indispensável, em razão de depender a profissão de habilitação específica, devendo o segurado demonstrar que na época da prestação do serviço possuía habilitação para dirigir caminhão ou ônibus.

Ainda importa destacar o reconhecimento de profissões correlatas: tratoristas e operadores de máquinas pesadas.

E, embora findada a presunção *juris et de jure* de exposição do trabalhador aos agentes nocivos, em relação às categorias e ocupações previstas nos Anexos, após a edição da Lei n. 9.032/1995, o tempo anterior de serviços desempenhados às tais atividades deve ser computado como “tempo especial”, convertido e somado ao tempo comum na obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço (RIBEIRO, 2010).

2.2 Enquadramento da especialidade de motorista por exposição a agente nocivo

O motorista, que havia sido alçado pela proteção estatal, considerado especial por ser uma profissão “penosa”, teve sua garantia afastada a partir de 29 de abril de 1995, uma vez que os conceitos de penosidade e periculosidade (utilizados para enquadramento por categoria profissional) foram extintos da caracterização da atividade especial.

A Lei n. 9.032/95 alterou a redação do art. 57 da Lei n. 8.213/91 e a partir de então, o enquadramento da atividade especial não mais pôde ser feito pela atividade profissional

desenvolvida, mas sim pelo trabalho efetivamente exercido sujeito a condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física.

A redação do art. 57 da LBPS passou a ser a seguinte:

Art. 57. 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.

Além da substituição do termo “conforme a categoria profissional” por “conforme dispuser a lei” no caput do art. 57, a Lei n. 9.032/95 também alterou a redação do § 3º, que passou a dispor que a aposentadoria especial dependerá da comprovação do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (RIBEIRO, 2010, p. 82).

O § 4º também teve sua redação alterada com a Lei n. 9.032/95:

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

É possível notar uma alteração substancial do conceito de nocividade para fins previdenciários ao se analisar a evolução de sua legislação. De uma previsão inicial de labor em serviços penosos, insalubres ou perigosos na redação da LOPS, para “condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física”, considerada atualmente na Carta Magna.

A contar da edição da Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, a comprovação da atividade especial somente se faz possível mediante demonstração de efetiva exposição, de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes nocivos.

A habitualidade pode ser definida como a certeza de sujeição do indivíduo aos agentes nocivos nos dias de trabalho (LEITÃO, 2007, p. 137).

O conceito de trabalho permanente encontra-se atualmente disposto no art. 65 do Decreto n. 3.048/99 como sendo aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

No mesmo sentido:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ATIVIDADE ESPECIAL. INSALUBRIDADE. COMPROVAÇÃO. EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE. PERÍODO ANTERIOR A ABRIL DE 1995. INSTALADOR HIDRÁULICO JUNTO A HOSPITAL. 1) Para caracterizar a especialidade, não há necessidade de haver exposição às condições insalubres durante todos os momentos da prática laboral. Habitualidade e permanência hábeis para os fins visados pela norma – que é protetiva – devem ser analisadas à luz do serviço cometido ao

trabalhador, cujo desempenho, não descontínuo ou eventual, exponha sua saúde à prejudicialidade das condições físicas, químicas, biológicas ou associadas que degradam o meio ambiente do trabalho, como no caso de hospital. [...] (EINF n. 2004.71.00.028482-6, Relator Des. Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, 3ª Seção, D.E. 08/01/2010).

A Ordem de Serviço do INSS n. 600/98 explicita o trabalho não ocasional nem intermitente: aquele em que na jornada de trabalho não houve interrupção ou suspensão do exercício de atividade com exposição aos agentes nocivos, ou seja, não foi exercida de forma alternada, atividade comum e especial.

Para o motorista, cuja atividade anteriormente havia sido contemplada como especial pela penosidade, a partir de 29 de abril de 1995, quando passou a depender da comprovação da exposição habitual e permanente a algum dos agentes nocivos vigentes na legislação, o enquadramento tornou-se tarefa árdua.

Para os motoristas autônomos a comprovação é ainda mais tortuosa, uma vez que o ônus da prova pertence ao segurado, como bem ilustra Fernando Vieira Marcelo (2011):

Os contribuintes individuais (autônomos), mesmo que não inseridos em cooperativa de trabalho ou produção, os trabalhadores avulsos e os próprios cooperados têm o direito à aposentadoria especial, apesar da dificuldade de comprovação da exposição dos riscos ambientais, ainda mais, após a edição da Lei 9.032/95, que tornou obrigatória a prova de habitualidade e permanência da exposição dos agentes nocivos.

Além disso, ao longo dos anos os formulários para fins de comprovação de atividade especial foram sendo alterados, perdendo a validade e causando ainda mais embaraço para a comprovação, conforme quadro abaixo (MANUAL, 2012, p. 11):

FORMULÁRIO	VALIDADE
IS n. SSS-501.19/71	26/02/1971 a 05/12/1977
ISS-132	06/12/1977 a 12/08/1979
SB-40	13/08/1979 a 15/09/1991
DISES BE 5235	16/09/1991 a 12/10/1995
DSS-8030	13/10/1995 a 25/10/2000
DIRBEN 8030	26/10/2000 a 31/12/2003
PPP	A partir de 01/01/2004

Se de 29/04/1995 até 05/03/1997, contudo, havia apenas a exigência do preenchimento do formulário-padrão corretamente preenchido com a informação da exposição a algum agente nocivo vigente (ressalvados os agentes nocivos ruído e calor, que sempre necessitaram de laudo técnico), a partir desta data, quando entrou em vigor o Decreto n. 2.172/97, que regulamentou as disposições introduzidas no art. 58 da Lei de Benefícios pela MP n. 1.523/96 (convertida na Lei n. 9.528/97), passou-se a exigir além do formulário o laudo técnico das condições ambientais de trabalho:

Assim passou a ser a redação do art. 58 da Lei n. 8213/91 após a MP 1523/96:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1 A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, 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.

§ 2 Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

§ 3 A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei.

§ 4 A empresa deverá 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 deste documento.

Portanto, a Lei n. 9.528/1997 torna obrigatória a apresentação de laudo técnico para comprovar a exposição do segurado aos agentes nocivos, devendo este embasar o PPP, que descreve as atividades desenvolvidas pelo trabalhador (SANTOS, 2011).

Com a edição do Decreto n. 2.172/97, que revogou todos os anteriores, a legislação deixa de prever como especial o desempenho de atividades perigosas e penosas, dentre elas as de motorista de ônibus e caminhão, exceto se comprovado o contato, habitual e permanente, com agentes nocivos prejudiciais à saúde e à integridade física.

O Decreto n. 2.172/97 não menciona outras condições ambientais nocivas, como a umidade, frio, eletricidade e radiação não ionizante, cuja exposição anteriormente incluía a atividade como penosa ou perigosa, e que continua a ser apontada como fator de risco para o trabalhador (RIBEIRO, 2010, p. 91).

Para Castro e Lazzari (2017, p. 750) a restrição das atividades perigosas e penosas “não contém base legal, pois o conceito de prejuízo à saúde e à integridade física (art. 201, § 1º da CF) engloba todos os tipos de atividades que possam causar dano ao trabalhador.”

Em 5 de maio de 1999, o Decreto n. 3.048 aprovou o Regulamento da Previdência Social, trazendo no Anexo IV a classificação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física, revogando o Decreto n. 2.172/97. O Decreto n. 3.048/99 sofreu alteração pelo Decreto n. 3.265, de 29 de novembro de 1999. Estabeleceu-se que o rol de agentes nocivos é exaustivo, enquanto que as atividades listadas, nas quais pode haver a exposição, é exemplificativa.

A Emenda Constitucional n. 47/2005 alterou novamente o art. 201, § 1º da Constituição Federal, que passou a dispor:

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

Segundo Castro e Lazzari (2017, p. 746) “houve uma ampliação do direito à aposentadoria com critérios diferenciados em favor dos segurados com deficiência.” Contudo o rol de agentes nocivos continuou prestigiando somente as atividades ditas “insalubres”.

3 QUESTÕES RELEVANTES

O enquadramento da atividade de motorista como especial, outrora reconhecida pela “penosidade”, sem qualquer previsão na legislação quanto a agente nocivo, atualmente mostra-se um grande desafio, uma vez que além do formulário para fins de comprovação de atividade especial corretamente preenchido ainda exige-se laudo técnico pericial do ambiente laboral, o que muitas empresas, quando o fazem, limitam sua análise ao agente nocivo ruído, comumente aferido em níveis inferiores ao limite de tolerância da legislação vigente, pela modernização dos motores dos veículos, menos ruidosos.

Ainda hoje as empresas fornecem os formulários PPP aos motoristas informando no campo dos agentes nocivos o que comumente era informado para períodos anteriores a 28 de abril de 1995: “agentes inerentes à profissão de motorista” ou “condições climáticas desfavoráveis: calor, frio, chuva, intempéries”.

O próprio monóxido de carbono, encontrado em grandes concentrações no fumo libertado pelos automóveis, cujo envenenamento causa dores de cabeça e no peito, tonturas, confusão, fraqueza, náuseas e vômitos e, associado, em longo prazo, a sequelas cardíacas e neuronais - desenvolvimento de doença isquêmica coronária (MONÓXIDO, 2016) nunca foi citado na legislação previdenciária (MARCELO, 2011).

Na esfera administrativa, em relação ao enquadramento do motorista após 28 de abril de 1995, o rigor impera e a quase totalidade dos requerimentos é indeferido. Assim assevera Brait (2015, p. 58) “podemos certificar que o INSS somente se pauta pelas atividades elencadas no anexo IV do Decreto n. 3.048/99, considerando-o um rol taxativo, e por diversas vezes nega a concessão do benefício.” E continua questionando acerca da permanência apenas das atividades insalubres: “Ademais, este anexo somente expressa em seu corpo atividades exercidas de forma insalubre, restando silente no que diz respeito às atividades perigosas e/ou penosas!?”

Porém firmou-se na jurisprudência o entendimento de que mesmo sem regulamentação, se a atividade for comprovada especial por meio de perícia, a mesma será reconhecida. A súmula n. 198, do extinto TFR, tem sido invocada com frequência como fundamento para a relativização dos meios de prova atualmente exigidos para comprovação da atividade especial e para admissão de agentes nocivos não mais previstos pela legislação previdenciária: “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento.”.

No mesmo sentido:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. APOSENTADORIA ESPECIAL. MOTORISTA DE CAMINHÃO. ATIVIDADE PENOSA. A tese de que, após a vigência do Decreto n. 2.172, de 5.3.1997, não seria mais possível enquadrar como especiais as atividades consideradas penosas, porquanto a especialidade será considerada em relação à insalubridade verificada na exposição a agentes nocivos previstos no regulamento, não se coaduna com os arts. 201, § 1º, da CF/88 e 57 da Lei n. 8.213/91 no que apontam como substrato à concessão da aposentadoria especial o exercício de atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador. Havendo a comprovação de que o trabalho foi exercido em condições agressivas à saúde, deverá ser considerado especial, ainda que a atividade não esteja arrolada nos Decretos 2.172 ou 3.048/99, cujo rol de agentes nocivos é meramente exemplificativo, hipótese na qual tem incidência a Súmula 198 do TFR. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. O laudo pericial indica que o embargante, no período de 29-4-95 a 31-3-03, desempenhou a função de motorista de caminhão e estava exposto, de modo habitual e permanente, aos riscos físicos próprios da profissão, os quais foram assim identificados: ruído muitas vezes excedentes a 85dB, vibração do corpo inteiro, vapores e gases resultantes da combustão do petróleo, movimentos repetitivos, stress físico, psíquico e social além do limite de tolerância de qualquer atividade, longas jornadas de trabalho com condições precárias de alimentação e higiene e privação do sono, tudo permitindo concluir que exercia atividade penosa, autorizando o reconhecimento de tempo de serviço especial. (TRF4, EINF 5014229-12.2012.404.7112, Terceira Seção, Relator p/ Acórdão Luiz Antonio Bonat, juntado aos autos em 14/08/2015).

Faz-se realmente necessário, para o reconhecimento da atividade especial do motorista, buscar outros meios de prova além dos formulários padrão preenchidos grosso modo pelos prepostos das empresas. Quanto aos meios de comprovação da atividade especial Martinez (2009) elucida que:

[...] de modo bem geral, evidenciar a presença dos agentes nocivos físicos, químicos ou biológicos adversos à saúde ou a integridade física do segurado é feito por quatro meios habituais: a) documentos laborais confessados pela empresa; b) diligências de profissionais habilitados in loco (inspeções judiciais, diligência ou perícia do INSS); c) laudos periciais particulares ou oficiais; e d) depoimentos testemunhais. O principal instrumento laboral tem sido formulários trabalhistas: SB-40, DISES SB 5235, DSS 8030, DIRBEN 8030, perfil profissiográfico, laudo técnico, PPRA, PCMSO e, desde 1º.1.04 o PPP e o Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT), com o Decreto n. 4.032/01.

Horvath Júnior (2010, p. 273) acredita que o reconhecimento da especialidade do motorista possa se dar pela via judicial:

[...] as atividades penosas desaparecem do Anexo IV do Decreto 2.172/97 e do Decreto n. 3.048/99. Assim, com estas alterações, cabe aos vigias, motoristas de caminhões e ônibus e telefonistas, entre outros, buscar o reconhecimento à aposentadoria especial pela via judicial ou subsidiariamente, caso não haja o reconhecimento à aposentadoria que pelo menos reconheça o direito de conversão do tempo especial para comum em relação ao período anterior às mudanças supramencionadas.

A respeito da exclusão do enquadramento das atividades penosas Leitão (2008, p. 268) afirma que:

[...] existe, de fato, um desgaste maior do trabalho na prestação do serviço. Contudo, o desgaste é próprio da atividade, não sendo provocado por um agente externo. Não há qualquer elemento químico, físico ou biológico incidindo diretamente sobre o trabalho. Inexiste, pois, ofensa potencial externa à saúde do obreiro.

Realmente, não existe apenas um agente nocivo, mas um conjunto de condições laborais que tornam a atividade de motorista quer seja de caminhão, ou de ônibus, uma atividade extenuante, acima da média.

Segundo pesquisa do site especializado em carreiras Adzuna a condição de trabalho dos motoristas de ônibus, por exemplo, piorou. Segundo o levantamento, ela foi considerada a pior profissão no país em 2013, levando-se em conta a relação entre fatores como: remuneração, nível de estresse, pressão no trabalho, riscos de acidentes, assaltos e doenças trabalhistas e até mesmo a relação com as empresas, além das possibilidades de crescimento na carreira (BAZANI, 2013).

Para os motoristas de caminhão, especialmente os rodoviários, a situação não é diferente. Em que pese tenha havido melhora significativa em nível de conforto e modernidade nos veículos, a tensão do trânsito, as extensas jornadas de trabalho, muitas vezes em detrimento do sono adequado, a insegurança em relação aos riscos de acidentes e assaltos na estrada, muitas vezes sem a manutenção adequada, a pressão que sofrem dos empregadores para entregar ou carregar a carga no menor tempo possível, todos esses agentes em conjunto continuam tornando a profissão do caminhoneiro desgastante, penosa, insalubre.

Marques (2007, p. 98) parece descrever a rotina do motorista quando afirma que:

[...] a atividade laboral penosa traz consigo a constituição e a manifestação do desgaste mental e/ou físico. O ritmo de trabalho acelerado, a ausência de pausas para descanso, a concessão incorreta de folgas e as condições ambientais no local de trabalho acarretam desgaste, porque não há repouso físico e mental adequado [...].

Martinez (2007, p. 24), na mesma esteira, ensina que atividade penosa é “todo esforço físico produtor de desgaste no organismo, de ordem orgânica ou psicológica, em razão da repetição de gestos, condições agravantes, pressões ou tensões próximas do indivíduo”. E é justamente o transtorno de ordem psicológica, presente tanto nas atividades penosas como nas perigosas, que a legislação previdenciária deixou de proteger, afinal, como se aferir o stress causado pelo ambiente laboral do motorista por meio de um laudo técnico pericial do ambiente laboral? É preciso que a atividade seja considerada como um todo, e que o enquadramento se dê pela consideração de todos os fatores subentendidos para o desempenhar da função: externos e internos.

Tiago Valero Brait (2015, p. 60) disserta acerca das patologias da modernidade, estreitamente ligadas à “atividade exercida de maneira penosa, atividade esta que o INSS não considera como fundamental para o segurado/trabalhador perceber a aposentadoria especial, haja vista considerar somente as insalubres...”. E continua asseverando que há quem afirme existir um quarto agente nocivo: o agente psicológico:

Alguns doutrinadores, entre eles Wladimir Novaes Martinez, acrescentam mais um tipo de agente: os psicológicos, que se constituem nas adversidades inerentes ao trabalho, principalmente em caso de funções perigosas, mas igualmente presentes na penosidade. Devem-se à pressão (dos circulantes), à tensão (do tráfego), ao medo (do ambiente), ao risco de acidente (perigo), à repetitividade de gestos (tenossinovite) (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 278).

4 CONCLUSÃO

Se não é adequado devolver ao motorista a presunção absoluta de especialidade, pela profissão, como outrora; é imperioso dar a esta categoria condições de comprovar a especialidade de seu labor, relativizando-se as exigências de enquadramento a algum agente nocivo vigente na legislação atual, bem como a exigência de laudo técnico pericial, uma vez que a penosidade de seu ofício tem a incidência de agentes nocivos produzidos pelos próprios trabalhadores, em sua psique, em virtude das circunstâncias de seu labor, que não estão contemplados nos decretos em vigor, e que não são mensuráveis por meio de avaliações pontuais de agentes físicos, químicos e biológicos.

É necessário que se reflita, também, acerca da vulnerabilidade e hipossuficiência do trabalhador em face da necessidade de comprovar sua exposição a agentes nocivos no ambiente laboral, de forma habitual e permanente, *versus* o respectivo pagamento de insalubridade/periculosidade, nem sempre efetuado pelo empregador, que é justamente o responsável por transmitir as informações acerca do ambiente laboral ao INSS. Informações essas, ressalte-se, baseadas em perícias técnicas de condições laborais contratadas pelo mesmo.

Efetivamente, a rotina de milhares de motoristas que percorrem o país passa ao largo da salubridade. No recurso de revista RR 764005120065150083 (julgado em 30/09/2015, publicado em: DEJT de 02/10/2015) em que a 3ª turma do TST deferiu as

indenizações pleiteadas pela viúva de um motorista de ônibus que veio a óbito durante um acidente de trabalho, o ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, relator, caracterizou como atividade de risco a dos motoristas profissionais: “enfrentam, cotidianamente, grandes riscos com a falta de estrutura da malha rodoviária brasileira”, e elencou fatores de risco como “a existência de curvas perigosas, buracos na pista, pisos irregulares, sinalização inexistente ou insuficiente, falta de acostamento, animais soltos nas estradas e imprudência de outros motoristas”.

Também é salutar que a atividade penosa do motorista é prejudicial à sua saúde ou integridade física, ainda que não seja enquadrável, na grande maioria dos casos, em nenhum agente listado na legislação atual.

Até que se corrija o desamparo do legislador com os trabalhadores que desenvolvem atividades perigosas e penosas, o segurado ficará a mercê de provas produzidas pelo seu (ex) empregador, muitas vezes sem conhecimento da legislação, receosos de serem penalizados com multas e reclamações trabalhistas, e com a ideia pré-concebida de que a atividade especial para esses trabalhadores, em especial o motorista, teve seu fim em 28 de abril de 1995.

Ficarão, igualmente, à mercê do juízo de valor do julgador, constantemente habituado a reproduzir o que é cediço, em detrimento do bem maior, o direito à vida e à integridade física, princípio fundamental insculpido no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

A dignidade da pessoa humana deve ser o norte para a relativização da letra da lei, assim como a súmula 198 do extinto TFR, já explanada, que por ora são os instrumentos hábeis para aqueles motoristas que, justificadamente, sentem-se inconformados e procuram o amparo da tutela jurisdicional para alcançarem o reconhecimento da especialidade que lhes é de direito e que lhes foi subtraído, discricionariamente, quando se revogou a caracterização da atividade especial pela penosidade.

É certo que a exclusão das atividades penosas e perigosas do amparo legislativo deu-se com o intuito de uma objetividade maior em relação ao enquadramento das atividades especiais. Todavia esta objetividade, que se observa pela caracterização apenas de agentes nocivos mensuráveis na habitualidade do labor, resultou por negligenciar o direito de milhares de segurados que ainda hoje se sujeitam a ofícios penosos/perigosos.

5 REFERÊNCIAS

BAZANI, Adamo. **Motorista de ônibus é o pior emprego do País, diz pesquisa**. set. 2013. Disponível em: <<https://diariodotransporte.com.br/2013/09/12/motorista-de-onibus-e-o-pior-emprego-do-pais-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

BRAIT, Tiago Valero. Concessão da Aposentadoria Especial em Virtude do Fator Psicológico no Pacto Laboral. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. v. 28. p. 45-71, ago./set. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERNANDES, Annibal. **Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social: PRORURAL: acidentes do trabalho rural**. São Paulo: Atlas, 1986.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LAZZARI, João Batista. **Aposentadoria Especial: Estudo Técnico e apreciação Judicial**. Porto Alegre: TRF - 4ª Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Previdenciário: módulo 3).

LEITÃO, André Studart. Aposentadoria Especial. In: LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). **Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LEITÃO, André Studart. **Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARCELO, Fernando Vieira. **Aposentadoria especial**. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

MARQUES, Christiani. **A proteção ao trabalho penoso**. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A Prova no Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MONÓXIDO DE CARBONO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2016. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Mon%C3%B3xido_de_carbono&oldid=47052545>. Acesso em: 26 out. 2016.

PROCURADORIA Federal Especializada junto ao INSS. **Manual de Atividade Especial**. 2012.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**. Regime Geral da Previdência Social. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL: o direito à aposentadoria especial e a dificuldade da prova

Brunno Amazonas Galvão

Resumo: O presente estudo tem como finalidade analisar o tema da aposentadoria especial que está diretamente relacionada ao contribuinte individual (CI) e aos obstáculos encontrados por esse tipo de segurado ao almejar tal prestação previdenciária. Inicia-se o presente estudo pela análise de conceito e peculiaridades do benefício da aposentadoria especial e ainda, dos segurados que se amoldam ao citado benefício. Destacam-se de forma especial os casos da aposentadoria especial dos contribuintes individuais, observando-se os problemas enfrentados por eles, as correntes contrárias e favoráveis à concessão desse benefício e os respectivos fundamentos legais para que seja possível concedê-lo. Por fim, discorre-se também, sobre as provas e os meios de provas do labor em condições especiais a permitir a aposentadoria com redução de tempo, destacando-se as dificuldades impostas aos contribuintes individuais e, por via de consequência, o injusto tratamento que é concedido aos que exercem seu trabalho em condições que podem prejudicar-lhes a saúde.

Palavras-chaves: Direito Previdenciário. Aposentadoria especial. Contribuinte individual. Adicional do SAT. Meios de prova.

Abstract: The present study aims to analyze the theme of special retirement that is directly related to the individual taxpayer and the obstacles encountered by this type of insured when seeking such social security benefit. The present study is initiated by the analysis of the concept and peculiarities of the special retirement benefit and also of the insured persons who conform to the aforementioned benefit. Particularly noteworthy are the cases of special retirement of individual taxpayers (CI), noting the problems they face, the contrary and favorable currents to the concession of this benefit and the respective legal grounds for it to be possible to grant it. Lastly, the evidence and the means of proof of labor on special terms are also available to allow time-consuming retirement, highlighting the difficulties imposed on individual taxpayers and, consequently, the unfair treatment is granted to those who carry out their work under conditions that may detract from their health.

Key words: Social security law. Special retirement. Individual taxpayer. Additional SAT. Means of proof.

1 INTRODUÇÃO

Acabou a escravidão!

Aos que não sabem ainda, a escravidão no Brasil foi abolida em 13 de maio de 1888, por intermédio da Lei n. 3.353, de 1888 (BRASIL, 1888), a qual foi assinada pela, então, Princesa Isabel.

Tal dramaticidade tem o objetivo de chamar à atenção ao fato de que, desde o ano de 1888, não mais é cobrado do trabalhador que forneça mais que sua força de trabalho ao seu labor. Não é cabível exigir que o trabalhador entregue sua saúde ou sua vida em função do trabalho.

Por óbvio que se trata do “dever ser” de Kelsen, contudo e, infelizmente, nem sempre é o que transparece na vida real.

De início, quando se fala do trabalhador acima, não se está a impor qualquer restrição de gênero jurídico ao segurado, quer seja ele celetista, estatutário, segurado especial ou contribuinte individual. Nessa seara, qualquer cidadão que oferte sua força de trabalho em prol de remuneração é inegavelmente um trabalhador.

Partindo desse pressuposto normativo, a ninguém é dado o direito de exigir que o trabalhador entregue sua saúde e, por outro lado, a realidade fática é a de que existem trabalhos que inevitavelmente irão expor o trabalhador ao risco de prejudicar sua saúde ou até sua vida. Diante disso, surge a aposentadoria especial, que tem o intuito de trazer proteção ao trabalhador exposto a agentes agressivos à saúde.

No entanto, diz a Professora Alvim:

O ideal seria que houvesse uma real proteção do empregado, quando trabalhasse exposto a agentes nocivos. Uma verdade, que não se pode ignorar, é que nenhum acréscimo pecuniário ao salário compensará o desgaste e os danos resultantes do tempo de trabalho insalubre, penoso ou perigoso, pois não existe bem maior a ser preservado que a vida (RIBEIRO, 2013).

Nas palavras de Adriane Bramante de Castro Ladenthin (2016), pode-se conceituar a aposentadoria especial como sendo:

Espécie de prestação previdenciária, de natureza preventiva, destinada a assegurar proteção ao trabalhador que se expõe efetivamente a agentes agressivos prejudiciais à saúde ou à integridade física durante os prazos mínimos de 15, 20 ou 25 anos.

Antônio Carlos Vendrame (2016) ressalta que “a filosofia da aposentadoria especial é recolher o segurado mais cedo para os seus aposentos, de forma que não chegue a manifestar qualquer doença”.

Cumpra observar que não consta dentre os requisitos legais o efetivo prejuízo à saúde ou tão pouco a ocorrência de qualquer incapacidade, tendo em vista que o art. 57 da Lei de Benefícios (BRASIL, 1991) traz em seu corpo o esclarecimento de que basta ao segurado a exposição às condições especiais.

No que toca à discussão quanto à possibilidade de concessão da aposentadoria especial ao contribuinte individual, tal assunto é tema controvertido na doutrina e jurisprudência. De um lado, o Instituto Nacional do Seguro Social tem entendimento acerca da impossibilidade de reconhecimento de labor especial para o contribuinte individual (CI) após a Lei n. 9.032, de 1995, salvo em minguadas exceções.

Entende a referida autarquia que, após a promulgação da lei, passou a ser imprescindível a comprovação de habitualidade e permanência, compreendendo que o contribuinte individual, de maneira geral, não logrará êxito em fazer prova desse labor especial (habitual e permanente).

De forma equivocada, utilizam-se também, como argumento para o não reconhecimento da atividade especial ao contribuinte individual, questões tributárias paralelas ao direito do segurado em si, sob o argumento de que, com a inexistência de contribuição específica, não haveria como se reconhecer direito ao benefício.

Ocorre que, no entendimento de alguns, o não recolhimento do adicional do Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) ensejaria a não concessão do referido benefício. No entanto, em contraponto, para o CI há falta de previsão legal do responsável tributário, ou ainda falta do fato gerador em si. O que torna impossível tal recolhimento, e não por culpa do segurado.

Em relação à prova do labor especial, vê-se que a mesma prova exigida para o segurado empregado (destinatário geral da aposentadoria especial) será exigida para o contribuinte individual, que poderá, assim como o segurado empregado, se preciso, lançar mão de outros meios de provas disponíveis em Direito para, então, comprovar que realiza o trabalho sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. Destarte, não há motivo concreto para a discriminação do CI.

Desmistificar e combater os argumentos contrários à aposentadoria especial para o CI é necessário, para que, nos termos da Carta Magna, passe-se a tratar os iguais na medida de sua igualdade e assim, permita-se que o Contribuinte Individual, que desenvolve labor em condições especiais, as quais lhe acarretem risco ou efetivo prejuízo à saúde e/ou integridade física, afaste-se de seu labor em tempo de manter o seu bem-estar.

O CI enfrenta batalha hercúlea ao pleitear aposentadoria especial, seja pela dificuldade quanto aos meios de prova disponíveis, seja por ter que combater os argumentos que decorrem de uma interpretação extensiva da lei para subtrair-lhes direitos.

Sendo o Direito Previdenciário ramo do Direito que visa trazer segurança para a adversidade, dentre outros, nos eventos morte, doença e idade avançada (art. 1º da Lei n. 8.213, de 1991), obstaculizar a concessão da aposentadoria especial ao CI é distanciar-se dos princípios basilares da Seguridade Social, algo que igualmente não está de acordo com os pilares constitucionais, bem como com a visão humanista do bem-estar social.

Nesta feita, com suporte em pesquisa na doutrina e jurisprudência, passaremos a análise do tema, com conceituação do benefício e dos segurados com possibilidade de almejá-lo, passando por estudo específico do CI ao pleitear tal benefício e a dificuldade da prova do labor especial.

2 CONCEITO DO BENEFÍCIO – REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS

Fala-se que a palavra aposentadoria deriva do latim *Pausare*¹, que seria descansar, repousar. De outro lado, o Dicionário Aurélio conceitua a referida palavra como sendo também hospedagem ou direito de hospedagem (APOSENTADORIA, 2018).

A definição do Dicionário Aurélio, apesar de parecer não se amoldar ao nosso conhecimento geral do benefício em análise, tem origem na história do Brasil, quando os nobres da Coroa Portuguesa, ao chegarem por aqui de forma apressada, após fuga inesperada e sem local adequado para instalarem-se, obrigavam os cidadãos a se desalojarem de suas residências, a fim de que a nobreza ali repousasse e, como contraprestação pelos “aposentos”, deveria haver um pagamento de aluguel respectivo².

Modernizou-se o conceito da palavra para, enfim, significar repouso remunerado, por meio do qual ao trabalhador é permitido o descanso sem prejuízo de sua remuneração.

Dentre os tipos de aposentadoria prevista na Lei de Benefícios da Previdência Social, tem-se a aposentadoria especial, prevista inicialmente na alínea ‘d’, do art. 18, da Lei n. 8.213/91.

No referido normativo, há previsão específica dessa prestação previdenciária, como se contata dos arts. 57 e 58. Compreende-se que a falta de maior aprofundamento da Lei (apenas dois artigos regulam a matéria) é um dos causadores das discórdias e discussões quanto ao benefício.

De seu turno, a Constituição Federal, como óbvia norma geral, apenas contempla a existência de tal benefício ao assegurar a concessão de aposentadoria com critérios diferenciados aos trabalhos exercidos em condições que gerem risco de prejuízo à saúde ou à integridade física (CF, art. 201, § 1º) do trabalhador.

Tuffi Messias Saliba (2016) define a aposentadoria especial como sendo o “benefício previdenciário em razão das condições de trabalho com exposição a agentes físicos,

¹ Origem da Palavra - Site de etimologia. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/aposentadoria/>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

² Em dia com a Aposentadoria - Blog do Sindicato dos Aposentador, Pensionistas e Idosos. Disponível em: <<http://aposentadoscaraguatatuba.blogspot.com.br/2010/04/5.html>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

químicos, biológicos ou associação desses agentes, passíveis de prejudicar a saúde ou a integridade física do trabalhador”.

Inicialmente é preciso frisar que não se trata de aposentadoria por invalidez, ou tão pouco, de outro benefício por incapacidade, tendo em vista a desnecessidade de existência de incapacidade, quer seja parcial ou total, temporária ou permanente. O que a Carta Magna e ainda, a Lei de Benefícios exigem é a efetiva exposição a agentes prejudiciais. Desnecessária, então, a análise do efetivo prejuízo à saúde do obreiro ou à sua integridade física.

Tanto é que ao segurado trabalhador em condições especiais que é acometido por incapacidade ser-lhe-á devida a aposentadoria por invalidez ou o auxílio-doença.

No entanto tal definição não é agraciada pela unanimidade, tendo em vista haver posicionamentos de que se trata, em verdade, de aposentadoria por tempo de contribuição com redução de tempo, e há outros que entendem que se trata de benefício por incapacidade.

Ladenthin (2016) diz que “os agentes agressivos devem ocasionar a possibilidade de prejudicar a saúde do trabalhador ou a sua integridade física, ainda que efetivamente esse prejuízo não ocorra”. Já Martinez (2016) afirma que é espécie do gênero aposentadoria por tempo de serviço, enquanto Antônio Carlos de Oliveira (1992) diz que se trata “de benefício baseado também no tempo de serviço, mas tal se refere à atividade profissional exercida em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

De outro lado, Ladenthin (2016) entende que não há como relacionar a aposentadoria especial com qualquer outro tipo de prestação previdenciária, tendo em vista que existem requisitos e critérios diversos para sua concessão, tratando-se de benefício independente e sem correlação direta com os demais.

A dita autora conclui seu entendimento pela diferenciação da aposentadoria especial dos demais benefícios. Veja-se:

Assim, aposentadoria especial não é modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição por tempo reduzido nem tampouco de aposentadoria por invalidez, distinguindo-se em todos os sentidos das demais aposentadorias, como demonstramos anteriormente. Possui característica sui generis de benefício previdenciário com vistas à proteção do trabalhador que durante anos se expôs a agentes agressivos prejudiciais à saúde ou à integridade física (LADENTHIN, 2016).

“É um benefício que visa garantir ao segurado do Regime Especial da Previdência Social uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à sua saúde ou integridade física”, como afirma Ribeiro (2013).

No que toca aos requisitos, o art. 57 da Lei n. 8.213/91 prevê a concessão da referida prestação previdenciária para os que exercem atividades que possibilitem prejuízo à saúde ou à integridade física pelo período de 15, 20 ou 25 anos. Tal diferenciação se deve ao grau de risco à saúde do trabalho dos agentes físicos, químicos, biológicos ou associações de agentes.

Corroborando o entendimento de que a mera exposição é o que se exige para a concessão do benefício e nesse caminho definem-se os agentes prejudiciais, Martinez (2016) afirma que:

São considerados agentes nocivos, as circunstâncias ambientais, físicas, químicas ou biológicas, ou sua reunião, capazes de danificar a saúde ou afetar a integridade física do trabalhador, em razão de sua natureza, concentração, intensidade ou exposição.

Como se nota, o professor destaca os fatores que têm a capacidade de danificar a saúde ou a integridade física do trabalhador.

No que toca a essa diferenciação entre o tempo de exposição para fins e concessão do benefício, explicam Lazzari, Castro e Gisele Kravchychyn (2016) que, de acordo com o Decreto n. 3.048/99, será de 15 anos o tempo necessário para a concessão da aposentadoria especial aos trabalhadores com labor em mineração subterrânea em frente de produção; de 20 anos para o trabalho com exposição ao amianto ou trabalho em mineração subterrânea distante da frente de produção; e por fim, de 25 anos de exposição aos demais casos.

Dessa feita, o trabalhador que comprovar o exercício de labor nas condições especiais exigidas e durante o período respectivo detém direito ao benefício da aposentadoria especial com conseqüente redução de tempo de trabalho/serviço.

Nesse ponto, é importante frisar a necessária comprovação do labor em condições especiais, de forma habitual e permanente, não ocasional e não intermitente.

Os meios de prova serão tema de abordagem posterior nesse trabalho, contudo, de plano pode-se ressaltar que a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos é indispensável.

Tal necessidade de efetiva comprovação do labor em condições especiais de forma permanente, não ocasional e não intermitente encontra previsão hoje no § 3º, do art. 57, da Lei n. 8.213, de 1991. Tal exigência veio com a promulgação da Lei n. 9.032, de 1995.

Esclarece Alvim Ribeiro (2013) que essa mudança legislativa trouxe modificação no sentido de que “as atividades prestadas antes do advento da Lei n. 9.032/95, quando não eram exigidos os requisitos da não ocasionalidade e não intermitência, serão consideradas como sendo de natureza especial”.

Tal situação se mostra de significativo relevo quando da análise do período em que se pretende comprovar a atividade especial e ainda, a possibilidade de enquadramento por atividade laborativa, quando se mostra suficiente a comprovação da atividade desempenhada pelo segurado, a fim de evidenciar o trabalho exposto a agentes nocivos.

Ensina ainda:

É certo que, de acordo com a legislação em vigor a partir da edição da Lei 9.032/95, o trabalho em condições especiais deve ser permanente, contínuo, constante, não ocasional, não eventual, não fortuito, não acidental. Habitualidade e permanência significam continuidade da exposição do trabalhador ao agente nocivo, à continuidade e não eventualidade da função exercida. A intermitência refere-se ao exercício da atividade em local insalubre de modo descontínuo, ou seja, somente em determinadas ocasiões (RIBEIRO, 2013).

No que toca à carência, prevê o art. 24, da Lei n. 8.213/91 que carência é o número mínimo de contribuições mensais para fazer *jus* ao benefício pretendido.

De seu lado, a Lei de Benefícios condiciona a concessão da aposentadoria especial à carência de 180 contribuições mensais, conforme art. 25, inciso II, da Lei n. 8.213/91.

No entanto, Ladenthin ressalta uma incongruência na lei ao estipular-se essa carência, tendo em vista que o outro requisito do benefício – a efetiva exposição por tempo mínimo aos fatores agressivos – já englobaria, portanto, a carência exigida. Veja-se:

Na aposentadoria especial até causa estranheza a lei exigir expressamente carência, já que o segurado deve comprovar o tempo de trabalho exposto aos agentes agressivos e como o tempo mínimo para a aposentadoria dos mineiros de subsolo é de 15 anos, estaria implicitamente cumprida a carência nesta e nas outras modalidades de aposentadoria que exigem 20 ou 25 anos (LADENTHIN, 2016).

Importa mencionar ainda, que a aposentadoria especial é beneficiada pela ausência de aplicação do fator previdenciário, sendo que a renda mensal inicial se dará no coeficiente de 100% do salário de benefício.

Assim, espera-se que, ao fim, cumpridos os requisitos assinalados, tenha ainda saúde o trabalhador para desfrutar de sua aposentadoria e, ao contrário dos colonos portugueses, que, muitas vezes, não recebiam sua remuneração por ceder seus aposentos à nobreza, nossos trabalhadores desfrutam de um descanso merecido sem que tenha que ser gozado em um leito de hospital.

3 OS SEGURADOS E OS “PREMIADOS” PELA APOSENTADORIA ESPECIAL

A Lei de Benefícios trata de relacionar os segurados a partir de seu art. 11, quando faz a classificação em contribuintes obrigatórios, servidores públicos e segurados

facultativos. Na doutrina encontra-se a seguinte definição para o Segurado da Previdência Social, conforme descrito por Lazzari e Castro:

[...] a pessoa física que exerce atividade remunerada, efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo de emprego, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas, quando for o caso, as exceções previstas no texto legal, ou exerceu alguma atividade mencionadas acima, no período imediatamente anterior ao chamado “período de graça”. Também é segurado aquele que, sem exercer atividade remunerada, se filia facultativamente e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral da Previdência Social – RGPS ou a outro regime previdenciário qualquer. Portanto, existem duas espécies de segurados: os obrigatórios e os facultativos (CASTRO; LAZZARI, 2016).

De forma muito pacífica, compreende-se que apenas será beneficiário de aposentadoria especial quem originalmente for segurado obrigatório, tendo em vista a necessidade precípua do exercício de atividade remunerada.

Assim, os segurados facultativos já restam excluídos desta análise, pois se tratam de segurados que optam por adentrar no sistema com contribuições voluntárias, que lhe asseguram algumas prestações previdenciárias específicas.

O Regulamento Geral da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99) assim define o segurado facultativo:

Art. 11. É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social (BRASIL, 1999).

Adiante esclarece o mesmo diploma normativo quem se enquadraria nessa definição de segurado facultativo, firmando que podem contribuir optativamente para o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) a dona-de-casa; síndico de condomínio não remunerado; estudante; brasileiro que acompanha cônjuge a serviço no exterior; segurado obrigatório que deixa de enquadrar-se nesse conceito e assim, não mais exerce atividade remunerada.

São também hipóteses de segurado facultativo, nos termos do Decreto n. 3.048/99: conselheiro tutelar sem remuneração e não vinculado a nenhum regime de previdência social; bolsista ou estagiário ou bolsista com dedicação exclusiva à pesquisa; presidiário e brasileiro com domicílio no exterior, caso não esteja filiado a regime previdenciário com acordo de cooperação com o Brasil.

Nosso ordenamento jurídico ainda nega a filiação na qualidade de segurado facultativo aos que sejam segurados em regime próprio da previdência social (Decreto n. 3.048/99, art. 11, § 2º).

Assim, excluídos os segurados facultativos dessa análise específica, tem-se que apenas poderão ser beneficiários da aposentadoria especial os segurados obrigatórios, que “são aqueles filiados ao sistema de modo compulsório, a partir do momento em que exerçam atividade remunerada”, como conceitua Ibrahim (2015).

A Lei de Benefícios classifica como segurados obrigatórios os empregados, empregados domésticos, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial (art. 12, da Lei n. 8.213/91).

O empregado é a pessoa física que realiza trabalho de modo pessoal, de natureza não eventual, com intenção de perceber salário e com subordinação ao empregador, como aclara Castro e Lazzari (2016).

O segurado empregado é o destinatário primeiro da aposentadoria especial, tendo em vista que esse indivíduo trabalha em condições especiais em prol de empregador, o que possui maior reconhecimento perante a autarquia previdenciária, além da ausência de qualquer discussão quanto ao pagamento do adicional do SAT, já que a legislação tributária específica (Lei n. 8.212/91) delinea claramente o fato gerador e o responsável tributário.

Por sua vez, os empregados domésticos são segurados obrigatórios que se destinam ao exercício de sua atividade em residências em que não se almejam fins lucrativos.

Wladimir Novais Martinez (2016) traz um conceito muito peculiar quanto aos destinatários da aposentadoria especial, pois chama os ditos indivíduos de “clientela de beneficiários”. O estudioso afirma ainda, que é possível vislumbrar o empregado doméstico como beneficiário da aposentadoria especial, porém já faz a ressalva de que se trata de algo atípico.

Afirma o citado autor que, observando o local de trabalho, residências e sua rotina, será difícil enxergar no emprego doméstico trabalho insalubre e ainda, a implementação do tempo necessário para a obtenção do benefício (MARTINEZ, 2016, p. 42), “porém, nos casos raros, se isso acontecer, será possível (caso do enfermeiro que cuida de empregador doméstico portador de doença contagiosa) (MARTINEZ, 2016, p. 42)”.

Deixando o CI para o final, passa-se à análise do Segurado Trabalhador Avulso. No Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99) pode-se encontrar a conceituação de trabalhador avulso:

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

[...]

VI - como trabalhador avulso - aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra, nos termos da Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, ou do sindicato da categoria, assim considerados:

- a) o trabalhador que exerce atividade portuária de capatazia, estiva, conferência e conserto de carga, vigilância de embarcação e bloco;
- b) o trabalhador de estiva de mercadorias de qualquer natureza, inclusive carvão e minério;
- c) o trabalhador em alvarenga (embarcação para carga e descarga de navios);
- d) o amarrador de embarcação;
- e) o ensacador de café, cacau, sal e similares;
- f) o trabalhador na indústria de extração de sal;
- g) o carregador de bagagem em porto;
- h) o prático de barra em porto;
- i) o guindasteiro;
- j) o classificador, o movimentador e o empacotador de mercadorias em portos (BRASIL, 1999).

Não se visualiza maior dificuldade quanto à análise da possibilidade de concessão de aposentadoria especial ao trabalhador avulso também, tendo em vista a inegável possibilidade de exposição dele a agentes nocivos, cabendo ao Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO) ou ao Sindicato da Categoria a emissão do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP).

Assim, o fato de essa categoria de profissionais prestar seu labor a diversos “empregadores”, se é que assim se pode caracterizá-los, nada impedirá a obtenção da aposentadoria especial por ela, não sendo esse aspecto, portanto, alvo de maiores discussões na doutrina, jurisprudência ou no âmbito administrativo.

Adiante, tem-se o segurado especial, considerado assim nos termos do art. 11, inciso VII, da Lei de Benefícios, como:

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 auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração 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 n. 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;
- 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 (BRASIL, 1991).

Não obstante o Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99) não contemplar em seu texto a possibilidade de o segurado especial ser detentor do direito à aposentadoria especial, tal como em relação ao doméstico e ao Contribuinte Individual, entende-se que a espécie de segurado não é óbice à “premiação” do

benefício, tendo em vista que não consta, dentre as restrições ao benefício, o tipo de segurado destinatário.

Parece muito clara na lei a total ausência de restrição ao tipo de segurado (obrigatório) que possa perseguir tal prestação beneficiária, bem como a ênfase do legislador que o que deve ser observado é exclusivamente a exposição aos agentes nocivos.

Comungando do entendimento esposado por Wladimir Novais Martinez (2016), conclui-se pela possibilidade de ser o segurado especial beneficiário de tal prestação, observando o autor ainda, os exemplos da exploração da agropecuária ou dos trabalhadores da indústria açúcar alcooleira.

Não obstante a ausência de impedimento, no caso do segurado especial, haverá ainda mais resistência, tendo em vista a isenção de contribuição previdenciária, contudo tal discussão foge à temática deste trabalho.

Por fim, tem-se o CI e a definição dessa espécie de segurado pode ser encontrada no art. 11, da Lei de Benefícios (Lei n. 8.213/91) e no art. 9º, do Decreto n. 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social).

Ibrahim (2015) traz definição sobre o CI e ressalta uma definição por uma proposição negativa, cujos segurados não enquadrados nas definições anteriores, são, por via de fato, contribuintes individuais, como adiante se vê:

O contribuinte individual é uma espécie de segurado bastante genérica, ampla, comportando trabalhadores muito distintos entre si, mas com algo em comum: nenhum deles enquadra-se nas situações anteriores. Como contribuintes individuais, portanto, temos todos aqueles que fogem às regras já expostas e, por isso, foram aqui reunidos nesta classe.

Houve mudança legislativa por meio da Lei n. 9.876/99, que estabeleceu a classificação atual dessa espécie de segurado, cuja classificação anterior limitava-se a empresário, trabalhador autônomo e equiparado a autônomo.

Assim, têm-se no art. 9º, do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99), mais precisamente no inciso V, as categorias de contribuinte individual:

- a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área, contínua ou descontínua, superior a quatro módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a quatro módulos fiscais ou atividade pesqueira ou extrativista, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 8º e 23 deste artigo;
- b) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral - garimpo -, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, com ou sem o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua;
- c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa;

- d) o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social;
- e) o titular de firma individual urbana ou rural;
- f) o diretor não empregado e o membro de conselho de administração na sociedade anônima;
- g) todos os sócios, nas sociedades em nome coletivo e de capital e indústria;
- h) o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho e o administrador não empregado na sociedade por cotas de responsabilidade limitada, urbana ou rural;
- i) o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração;
- j) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;
- l) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não;
- m) o aposentado de qualquer regime previdenciário nomeado magistrado classista temporário da Justiça do Trabalho, na forma dos incisos II do § 1º do art. 111 ou III do art. 115 ou do parágrafo único do art. 116 da Constituição Federal, ou nomeado magistrado da Justiça Eleitoral, na forma dos incisos II do art. 119 ou III do § 1º do art. 120 da Constituição Federal;
- n) o cooperado de cooperativa de produção que, nesta condição, presta serviço à sociedade cooperativa mediante remuneração ajustada ao trabalho executado;
- o) (Revogado pelo Decreto n. 7.054, de 2009)
- p) o Micro Empreendedor Individual - MEI de que tratam os arts. 18- A e 18-C da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que opte pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais (BRASIL, 1999).

Castro e Lazzari (2016) ressaltam ainda outros tipos de segurados incluídos na classificação de segurado CI por meio de outros diplomas, quais sejam: médico-residente, em virtude do disposto no art. 4º, da Lei n. 6.932, de 7 de julho de 1981; o cônjuge ou companheiro do produtor que participe também da atividade desenvolvida, nos termos do § 12, do art. 12, da Lei n. 8.212/91; o bolsista da Fundação Habitacional do Exército, em atenção ao parágrafo único, do art. 22, da Lei n. 6.855 de 1980; e, por fim, o árbitro de competições desportivas e auxiliares, conforme Lei n. 9.615 de 1998.

No que toca à análise da aposentadoria especial ao contribuinte individual, o Regulamento da Previdência Social, em seu art. 64, dispõe que apenas caberá tal benefício ao CI, quando cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou produção.

Art. 64. A aposentadoria especial, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (BRASIL, 1999).

Na mesma linha equivocada de raciocínio, a Instrução Normativa INSS/PRES n. 77, de 21 de janeiro de 2015, traz a seguinte disciplina no âmbito administrativo:

Art. 247. A aposentadoria especial será devida, somente, aos segurados:
[...]

III - contribuinte individual por categoria profissional até 28 de abril de 1995;
IV - contribuinte individual cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção, para requerimentos a partir de 13 de dezembro de 2002, data da publicação da MP n. 83, de 2002, por exposição à agente(s) nocivo(s) (BRASIL, 1988).

Alertam os professores Lazzari e Castro quanto à postura resistente do Instituto Nacional do Seguro Social em relação à concessão da aposentadoria especial ao CI:

Com relação ao contribuinte individual que presta serviço em caráter eventual e sem relação de emprego, o INSS tem adotado a sistemática de que, a partir de 29 de abril de 1995, a sua atividade não poderá ser enquadrada como especial, uma vez que não existe forma de comprovar a exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde e a integridade física de forma habitual e permanente, e não ocasional nem intermitente (CASTRO; LAZZARI, 2016).

No entanto, não se observa qualquer restrição à percepção da aposentadoria especial pelo contribuinte individual, quer seja na Constituição Federal (art. 201, § 1º), quando estabelece a aposentadoria especial, ou tão pouco na Lei de Benefícios, quando regulamenta essa espécie de benefício nos arts. 57 e 58, como adiante se nota:

Art. 57. 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 (BRASIL, 1991).

Limitando-se apenas ao CI cooperado, o INSS termina por cometer ilegalidade ao caminhar em sentido contrário ao disposto em lei.

Tratando dessa limitação, em que apenas se concebe ao cooperado tal benefício, o autor Ibrahim imprime em sua obra suas preocupações ao afirmar que “seria flagrante violação à isonomia e à Lei n. 8.213/91 não estender esta prestação a outros contribuintes individuais que, devido a sua profissão, tenham necessariamente que se expor a agentes nocivos” (IBRAHIM, 2015).

Nessa linha de raciocínio, se manifesta parte da doutrina e jurisprudência, conforme pode ser verificado através da Súmula 62 da Turma Nacional de Uniformização:

O segurado contribuinte individual pode obter reconhecimento de atividade especial para fins previdenciários, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física (BRASIL, 2012).

Assim, não há razão em excluir o CI cooperado ou não do agraciamento da aposentadoria especial, quando tal medida for destinada a garantir sua saúde e integridade física.

Bem observaram Castro e Lazzari (2016), quando concluíram que “deve haver igualdade de tratamento a todos os segurados que exercem atividades em condições inóspitas, sejam eles empregados ou contribuintes individuais”. À mesma conclusão chegou Martinez (2016):

Na verdade, rigorosamente, todos os segurados obrigatórios exercentes de quaisquer atividades (aí incluídas as perigosas e penosas), da iniciativa privada e do serviço público, se demonstrarem à sociedade que trabalham sujeitos à ação deletéria de agentes nocivos físicos, químicos ou biológicos, em caráter habitual e permanente, acima ou abaixo dos limites de tolerância, utilizando-se ou não de tecnologia de proteção, se a sua saúde ou integridade foram ameaçadas têm direito.

Em resumo, é possível vislumbrar a concessão da aposentadoria especial a todo segurado obrigatório, desde que cumpridos os requisitos específicos exigidos para a concessão do benefício.

4 CONTRIBUINTE INDIVIDUAL E A APOSENTADORIA ESPECIAL

Polêmica, controvérsia e injustiça são frequentes quando da análise da aposentadoria especial destinadas aos contribuintes individuais, sendo o INSS muito reticente ao analisar a inclusão desse tipo de segurado como beneficiário da aposentadoria especial.

Prevê o Regulamento Geral da Previdência Social que apenas será beneficiário o CI cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou produção. Contudo, como já ressaltado acima, não há vedação legal à concessão da aposentadoria especial a nenhum contribuinte individual.

A melhor jurisprudência tem entendido no mesmo sentido, ao concluir que não poderia o INSS inovar reservas à concessão da aposentadoria ao Contribuinte Individual:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. TEMPO ESPECIAL. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. SÓCIO-GERENTE. EXISTÊNCIA DE HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA DA EXPOSIÇÃO DEVE SER PRESUMIDA QUANDO SE TRATAR DE AGENTE NOCIVO RUIDO, DEVIDAMENTE COMPROVADO POR LAUDO TÉCNICO. INCIDENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Ao contribuinte individual é reconhecido o direito à aposentadoria especial, eis que não há na Lei n. 8.213/91 vedação à concessão do referido benefício a essa categoria de segurados. Atos administrativos do INSS não podem estabelecer restrições que não são previstas na legislação de regência. 2. Ao sócio-gerente de empresa, como categoria de contribuinte individual, também é estendido o direito à aposentadoria especial. 3. No caso de agente nocivo ruído, devidamente comprovado através de laudo técnico, pode ser presumida a existência habitualidade e permanência da exposição para o sócio-gerente. 4. Incidente

conhecido e não provido. (PEDILEF 2009.71.95.001907-7, Relator Juiz Federal Adel Oliveira, DOU 9/3/2012) (KOEHLER et al., 2016).

Bem resumiu a posição do INSS à obra dos professores Castro e Lazzari:

Com relação ao contribuinte individual que presta serviço em caráter eventual e sem relação de emprego, o INSS tem adotado a sistemática de que, a partir de 29 de abril de 1995, a sua atividade não poderá ser enquadrada como especial, uma vez que não mais existe forma de comprovar a exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde e a integridade física, de forma habitual e permanente, não ocasional nem intermitente (CASTRO; LAZZARI, 2016).

Esse marco (29/04/1995) deve-se à promulgação da Lei n. 9.032 de 1995, que gerou severas mudanças na aposentadoria especial. O legislador houve por bem excluir o enquadramento por categoria profissional prevista até então, para passar a exigir efetiva exposição dos trabalhadores aos agentes agressivos, dentre outras regras modificadas no que toca à contagem e conversão do tempo especial e comum e ainda, à proibição ao segurado de manter-se na atividade especial.

Nas palavras de Ribeiro,

Até a edição da Lei 9.032/95 existe a presunção *juris et jure* de exposição a agentes nocivos, relativamente às categorias profissionais relacionadas na legislação previdenciária, presumindo a sua exposição aos agentes nocivos. A intenção do legislador, a partir da edição da Lei 9.032/95, seria não mais permitir o enquadramento do tempo especial simplesmente por pertencer o segurado a uma determinada categoria profissional (RIBEIRO, 2013).

Assim, após a mudança legislativa, necessária a comprovação efetiva da exposição aos agentes agressivos, o que levou, por via de consequência, à quase extinção da concessão de aposentadoria especial em âmbito administrativo para os contribuintes individuais.

A postura adotada pela autarquia previdenciária salta aos olhos pela ilegalidade e pela injustiça lançada contra os contribuintes individuais em geral, que, como quaisquer outros segurados obrigatórios, não possuem opção em se filiarem ao Regime Geral de Previdência Social, tendo em vista que ela é obrigatória.

Zambitte ressalta que não há motivo para diferenciar o segurado CI cooperado do não cooperado.

Naturalmente, tanto o cooperado como qualquer outro segurado postulante do benefício deverá demonstrar a exposição permanente a agentes nocivos. São necessários, da mesma forma, o laudo técnico de condições ambientais do trabalho e o perfil profissiográfico previdenciário - PPP (IBRAHIM, 2015).

Como se vê, o citado entendimento é dotado de uma lógica irrefutável, já que os meios de provas são idênticos e os requisitos são os mesmos. Assim, qual a explicação para a diferenciação dos dois tipos de CI para fins de obtenção de aposentadoria especial? Simplesmente, nenhuma.

Olhando apenas para os requisitos da referida prestação previdenciária, não há motivos para excluir os contribuintes individuais não cooperados do rol de beneficiários da aposentadoria especial, posto que ele deverá – como qualquer outro – provar a sua qualidade de segurado, o efetivo exercício de labor em condições especiais e pelo período mínimo necessário para o tipo de atividade a considerar o grau de agressividade do agente ao qual resta exposto.

Alega o INSS que o CI autônomo não terá como efetivamente comprovar a habitualidade e permanência, em razão da natureza de seu trabalho que é exercida sem que haja empregador.

Bem ressaltou o Dr. Rogério Moreira Alves, ao comentar a Súmula 62 da TNU, “não obstante a dificuldade de comprovação da condição especial de trabalho não significa que o reconhecimento da atividade especial pelo segurado contribuinte individual seja proibido” (KOEHLER, 2016).

No entanto, o que faz o INSS é colocar todos os contribuintes individuais não cooperados no mesmo “balaio”, vez que as provas apresentadas por esse tipo de segurado perante o INSS gozam de presunção de falsidade ao invés de gozarem de presunção de veracidade. Isso acaba por desqualificar o trabalho dos profissionais responsáveis pela elaboração do laudo técnico e da PPP (médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho).

A premissa do INSS, então, é a de que o CI não conseguirá comprovar a permanência da exposição ao agente nocivo e, por essa razão, excluem todos eles do direito ao benefício (LADENTHIN, 2016).

Outra questão levantada pelos contrários à concessão da aposentadoria especial ao CI diz respeito ao financiamento do referido benefício.

A Lei de Benefícios traz no § 6º, do art. 57, que o benefício em tela será custeado pelos recursos mencionados no inciso II, do art. 22, da Lei n. 8.212/91, com o acréscimo de doze, nove ou seis pontos percentuais a depender da atividade exercida pelo segurado.

Refere-se a citada norma ao adicional do SAT, devido pelo empregador, sendo, portanto, uma modalidade de contribuição previdenciária devida pela empresa.

Tal contribuição fora instituída pela Lei n. 9.732, de 1998, prevendo majoração das alíquotas para 6, 9 e 12%, conforme aclara Castro e Lazzari:

A Lei 9.732, de 11.12.98, ao dar nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91, elevou as alíquotas de contribuição das empresas que expõem o trabalhador à situação de risco de acidentes e doenças ocupacionais. As alíquotas de contribuição foram acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa que permita a concessão da aposentadoria especial após quinze, vinte e vinte e cinco anos de contribuição respectivamente (CASTRO; LAZZARI, 2016).

Saliba posiciona-se da seguinte forma sobre a questão:

Com o advento dessa lei, o governo repassou para as empresas o encargo gerado pela aposentadoria especial, ou seja, o tempo menor de contribuição será compensado pelos acréscimos previstos na precitada lei. Todavia é possível à empresa eximir-se desse encargo, desde que invista em medidas preventivas de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho. Portanto, a aplicação de recursos em melhores condições de trabalho e proteção à saúde dos trabalhadores pode reduzir os custos da empresa, devido ao não recolhimento dos acréscimos à contribuição. Desse modo, isso significa, em princípio, incentivo ao empregador para adotar medidas preventivas e de controle dos riscos à saúde, especialmente coletiva (SALIBA, 2016).

Posteriormente novo movimento legislativo trouxe ao mundo jurídico a Lei n. 10.666, de 8 de maio de 2003, em que trouxe instituição de adicional do SAT também aos serviços prestados pelos contribuintes individuais cooperados.

Como bem resumiu a Dra. Ribeiro:

De acordo com essa legislação, a empresa tomadora de serviços de cooperado filiado a cooperativa de trabalho deverá recolher a contribuição adicional pertinentes ao custeio da aposentadoria especial, de nove, sete ou cinco pontos percentuais, incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura da prestação de serviços, conforme a atividade exercida pelo cooperado permita a aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

Por sua vez, a cooperativa de produção deverá recolher a contribuição adicional de doze, nove ou seis pontos percentuais, a cargo da cooperativa de produção, incidente sobre a remuneração paga, devida ou creditada ao cooperado filiado, na hipótese de exercício de atividade que autorize a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente (RIBEIRO, 2013).

Observa-se que esse novel legislativo, instituiu, portanto, adicional do SAT também às cooperativas de trabalho ou produção, que levou a uma também mudança no art. 64 do Decreto n. 3.048/99, para que seu texto passasse a conter possibilidade de concessão da aposentadoria especial ao CI filiado a cooperativa de trabalho ou produção.

No entanto, não obstante o legislador prever o adicional do SAT, sob alegação de que se presta ao financiamento dos benefícios de aposentadoria especial, tal não pode ser obstáculo à concessão do benefício aos contribuintes individuais. Alega-se que não haveria como conceder a aposentadoria especial ao CI sem a referida fonte de custeio.

O mencionado argumento extrai-se do Princípio da Precedência da Fonte de Custeio, que “é o princípio segundo o qual não pode ser criado benefício ou serviço, nem majorado ou estendido a categorias de segurados, sem que haja a correspondente fonte de custeio total (§ 5º, do art. 195) (CASTRO; LAZZARI, 2016)”.

Todavia o argumento não subsiste, tendo em vista que a existência do citado benefício previdenciário é bem anterior à criação do adicional do SAT. Dessa maneira, forçosa é a conclusão de que o financiamento do benefício já possuía fonte de custeio e que o

adicional do SAT se revela, em verdade, um instrumento de melhoria das condições do trabalho. Senão, veja-se:

A aposentadoria especial integra o rol de benefícios concedidos pela Previdência Social desde a edição da Lei 3.807, de 26.08.1960 – LOPS, recebendo idêntico tratamento nas legislações que se sucederam sem fazer distinção ao seu beneficiário (RIBEIRO, 2013).

Destarte, não há que se falar em criação, majoração ou extensão de um benefício sem prévia fonte de custeio. E, de mais a mais, não pode ser tolhido o direito do CI pelo não pagamento do adicional do SAT, já que simplesmente a Lei não prevê que deverá fazê-lo. Ora, como é possível o indeferimento do benefício pelo não pagamento de uma contribuição que não é exigida ao segurado. Maria Helena ressalta que:

É certo que todo segurado tem o dever de pagar a contribuição previdenciária devida; mas, ninguém pode pagar uma contribuição que ainda não foi criada. Se não existe no texto legal qualquer restrição ao exercício de atividade especial pelo segurado autônomo/contribuinte individual, denominação atual, a conclusão é que os decretos ou instruções normativas que desprezam as reais atividades do segurado malferem o princípio da legalidade (RIBEIRO, 2013).

Perante a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, esse entendimento encontra-se bem firmado, ressaltando o Acórdão abaixo que o art. 18, inciso I, alínea 'd' contempla o benefício de aposentadoria especial a todo segurado do RGPS sem restrição, bem como ratifica a existência de fonte de custeio antes da criação do adicional do SAT:

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. SEGURADO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. [...] 2. A Lei n. 8.213/91, ao arrolar a aposentadoria especial na alínea d do inciso I do art. 18 como um dos benefícios devidos aos segurados do RGPS, não faz nenhuma distinção entre as categorias de segurados previstas no art. 11 do mesmo diploma. 3. A dificuldade para o segurado contribuinte individual comprovar exposição habitual e permanente a agente nocivo não justifica afastar de forma absoluta a possibilidade de reconhecimento de atividade especial. 4. O art. 234 da Instrução Normativa INSS n. 45/2010, ao considerar que a aposentadoria especial só pode ser devida ao segurado contribuinte individual quando filiado a uma cooperativa de trabalho ou de produção, cria restrição que extrapola os limites da lei. O regulamento deve se limitar a explicitar o conteúdo da lei, sem criar restrições nela não previstas. A regulação excessiva imposta por ato infralegal é nula por transgressão ao princípio da legalidade. 5. A falta de previsão legal de contribuição adicional para aposentadoria especial (alíquota suplementar de riscos ambientais do trabalho) sobre salário de contribuição de segurado contribuinte individual não impede o reconhecimento de tempo de serviço especial. Do contrário, não seria possível reconhecer condição especial de trabalho para nenhuma categoria de segurado antes da Lei n. 9.732/98, que criou a contribuição adicional. 6. Firmado o entendimento de que o segurado contribuinte individual pode, em tese, obter reconhecimento de atividade especial, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física. 7.

Incidente improvido. (PEDILEF 2008.71.95.002186-9, Rel. Juiz Federal Rogério Moreira Alves, DOU 27/4/2012) (KOEHLER; LIMA, 2016).

Por sua vez o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento segundo o qual os benefícios criados pela própria Constituição Federal possuem eficácia plena, e assim não se submetem a limitação imposta no § 5º, do art. 195, da própria Constituição.

Observou o Ministro Celso de Mello que a norma da precedência da fonte de custeio é destinada ao próprio legislador para criação, majoração ou extensão de outros benefícios, e, portanto, benefícios previdenciários já inscritos na Carta Magna como é o caso da aposentadoria especial (art. 201, § 1º, da CF), já possuem necessariamente fonte de custeio desde a criação (BRASIL, 1993).

Como não poderia deixar de ser, comunga desse entendimento o Superior Tribunal de Justiça:

O segurado individual faz jus ao reconhecimento de tempo de serviço prestado em condições especiais, desde que seja capaz de comprovar o exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos moldes previstos à época em realizado o serviço – até a vigência da Lei n. 9.032/95 por enquadramento nos Decretos 53.831/196 e 83.080/1979 e, a partir da inovação legislativa, com a comprovação de que a exposição aos agentes insalubres se deu de forma habitual e permanente (BRASIL, 1993).

E ratificando o tema a Turma Nacional de Uniformização editou Súmula sobre a questão de número 62, que assegura ao CI a concessão da aposentadoria especial, desde que obviamente comprove o cumprimento dos requisitos legais (BRASIL, 2017).

José Antônio Savaris³, reafirma a ausência de fundamentação para a exclusão do contribuinte individual, ao esclarecer que,

Se há dificuldade para a aferição das reais condições em que se dá o trabalho do contribuinte individual, tal circunstância não implica óbice ao reconhecimento do direito, senão isso, apenas uma dificuldade para comprovação do respectivo fato constitutivo.

E novamente repisou seu entendimento o Superior Tribunal de Justiça em decisão recente a respeito do tema firmando que “o segurado individual não está excluído do rol dos beneficiários da aposentadoria especial, mas cabe a ele demonstrar o exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física” (BRASIL, 2017).

Assim sendo, constata-se que não há qualquer obstáculo real à concessão da aposentadoria especial ao contribuinte individual, quer seja ele cooperado ou não. E ainda, que o posicionamento da Administração Pública em apenas reconhecer o labor especial do CI cooperado desrespeita a lei e evidencia posicionamento que extrapola os limites legais, ferindo de morte o Princípio da Legalidade esculpido na Carta Magna,

³ SAVARIS, José Antônio *apud* LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial: Teoria e Prática**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 384.

segundo o qual ao Poder Executivo cabe tão somente proceder com o que a lei autoriza e determina.

5 PROVAS E MEIOS DE PROVA

Sabe-se que o segurado que desenvolve trabalhos em condições especiais, ao pretender a obtenção da aposentadoria especial, necessita comprovar sua exposição aos agentes nocivos pelo tempo necessário (15, 20 ou 25 anos) e de forma habitual e permanente.

Houve mudança significativa também com a já comentada Lei n. 9.032 de 1995, que alterou a redação do § 3º, do art. 57, da Lei n. 8.213/91, passando a prevê a necessária comprovação do trabalho permanente, não ocasional nem intermitente e em condições especiais.

Por sua vez, as exigências de formulário específico e de Laudo Técnico de condições ambientais foram impostas a partir da Lei n. 9.528/97 e da posterior Lei n. 9.732/98.

A Lei n. 9.732/98 (DOU de 14.12.98) deu nova redação aos §§ 1º e 2º, do art. 58, da Lei n. 8.213/91, estabelecendo que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário – na forma estabelecida pelo INSS - emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou por engenheiro de segurança do trabalho, nos termos da legislação trabalhista. Do laudo técnico deverá constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo (CASTRO; LAZZARI, 2016).

O formulário utilizado para a comprovação do labor especial é o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) que é regulamentado pelo Decreto n. 3.048/99, em seu art. 68. A referida norma prevê o PPP como sendo documento com o histórico laboral do trabalhador, o qual contém os resultados das avaliações ambientais, nome dos responsáveis pela monitoração biológica e das avaliações ambientais, os resultados desse monitoramento e os dados administrativos correspondentes (Decreto n. 3.048/99, art. 68, § 9º).

Essa comprovação já foi feita por diversos formulários distintos, que foram o SB – 40, DISES BE 5235, DSS 8030 e o DIRBEM 8030. Agora todos foram substituídos pelo PPP (perfil profissiográfico previdenciário), o qual traz diversas informações do segurado e da empresa (IBRAHIM, 2015).

Como prescrito no Regulamento Geral da Previdência, o PPP deve conter os resultados da avaliação ambiental e, portanto, deve pautar-se em Laudo Técnico das Condições do Ambiente de Trabalho (LTCAT), devendo espelhar os resultados encontrados pelo médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho na análise das condições de trabalho específicas do trabalhador para o qual o PPP será confeccionado.

Prevê o art. 260, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77, de 2015, que serão responsáveis pela emissão do PPP: a empresa, quando segurado empregado; a cooperativa de trabalho ou de produção para o segurado cooperado; o órgão gestor de mão de obra ou o sindicato da categoria para os trabalhadores avulsos portuários; pelo sindicato da categoria para os trabalhadores avulsos não portuários.

A norma ainda impôs responsabilidade àquele emissor desse formulário quanto às informações nele contidas, no intuito de proteger o trabalhador. A esse respeito tratou Ladenthin:

O PPP deve ser assinado pelo representante legal da empresa ou seu preposto, que assume a responsabilidade sobre a fidedignidade das informações prestadas quanto à fiel transcrição dos registros administrativos, a veracidade das demonstrações ambientais e dos programas médicos de responsabilidade da empresa (LADENTHIN, 2016).

Importante ressaltar ainda, que o INSS possui a incumbência de fornecer modelo desse formulário, como definido na Instrução Normativa INSS/PRES n. 77 de 2015, em seu anexo XV.

Por sua vez, o Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho, como mencionado, é documento emitido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho e presta-se ao estudo das condições ambientais do labor do segurado e à observância da presença de agentes nocivos à saúde ou à integridade do trabalhador, bem como das técnicas de redução de riscos.

Citando Martinez⁴, Tuffi elucida:

O laudo técnico é um documento com caráter pericial de iniciativa da empresa, visando caracterizar ou não, conclusivamente, a presença de agentes nocivos à saúde ou integridade física relacionados no Anexo IV do Decreto n. 3.048/99. É a opinião científica sobre a situação ambiental, devendo refletir a realidade do momento da avaliação.

Nos termos do art. 262, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, o Laudo Técnico das Condições do Ambiente de Trabalho (LTCAT) deve conter inúmeras informações e dados, dentre as quais se destacam: se individual ou coletivo; o setor de trabalho e a função exercida; a descrição da atividade e o local de desempenho do trabalho; a relação entre os agentes nocivos e o tempo de exposição; a metodologia de medição, técnicas e equipamentos utilizados no estudo; a indicação de existência e uso de EPI e EPC; a conclusão da avaliação; data, local e assinatura do responsável. Ou seja, a norma estabelece os requisitos que o documento deverá conter, além dos responsáveis para emití-lo e das implicações jurídicas advindas de sua confecção.

⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes *apud* SALIBA, Tuffi Messias. **Aposentadoria Especial**: aspectos técnicos para caracterização. São Paulo: LTR, 2016. p. 07.

Conforme se depreende da redação do texto legal, laudo técnico é o documento elaborado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança que permite o reconhecimento da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos à saúde ou integridade física. Quando um médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho emite esse documento, fica sujeito às penalidades legais previstas se as declarações não corresponderem à realidade, podendo sofrer, ainda sanção administrativa, ou seja, multa, advertência ou suspensão temporária ou definitiva do exercício profissional (RIBEIRO, 2013).

No tocante ao LTCAT e PPP destinados à comprovação de atividade em condições especiais do contribuinte individual, a resistência em reconhecer tais documentos se funda na confusão existente em quem produz a prova e seu destinatário. Haja vista que o contribuinte individual, sem relação empregatícia ou filiado à cooperativa, será pessoalmente responsável em buscar a análise do meio ambiente de trabalho.

Entretanto, não se pode de forma leviana considerar de pronto a existência de fraude, sem efetiva demonstração de erro quer seja doloso ou culposos na confecção de tais documentos.

Bem caminhou a Turma Recursal de Pernambuco no julgamento do processo n. 0501686-26.2014.4.05.8302 a respeito do tema quando em análise de processo de profissional autônomo serralheiro que pleiteava aposentadoria especial:

Em se tratando de contribuinte individual autônomo que exerce suas atividades em empresa individual de sua propriedade, é evidente que os laudos serão confeccionados por determinação do próprio segurado, sendo ele quem representa ou melhor, apresenta (na terminologia de Pontes de Miranda) a empresa. O fato de o Perfil Profissiográfico ser elaborado por ordem do segurado não vicia, necessariamente, o documento, desde que sejam cumpridos todos os requisitos impostos a qualquer PPP. Entendimento contrário inviabilizaria, na prática, o reconhecimento de tempo especial por esta categoria de segurado, tornando extremamente difícil a comprovação da insalubridade (PERNAMBUCO, 2015).

E continua aquele órgão colegiado:

Em casos tais, empregador e segurado se confundem no mesmo indivíduo, pelo que o Perfil Profissiográfico necessariamente fará menção ao segurado e será assinado por ele (como representante legal da empresa). Dessa circunstância não se pode presumir a má-fé do segurado, ou a ocorrência de fraude, sendo dever da autarquia ré alegar e comprovar eventuais irregularidades no documento (PERNAMBUCO, 2015).

É certo que outros meios de prova são admitidos em Direito. No caso específico, para fazer prova da atividade em condições especiais, a jurisprudência tem admitido a comprovação por outros meios que não apenas o Laudo e o Formulário que são indispensáveis na via administrativa. Ladenthin (2016) informa que “o entendimento do INSS é um só: sem formulários e/ou laudos não há qualquer possibilidade de haver o reconhecimento do período especial”.

Em breves palavras, Martinez resume os meios de prova disponíveis:

De modo bem geral, evidenciar a presença dos agentes nocivos físicos, químicos ou biológicos adversos à saúde ou integridade física dos segurados é feito por quatro meios habituais: a) documentos laborais confessados pela empresa; b) diligência de profissionais habilitados in loco (inspeções judiciais, diligência ou perícia do INSS); c) laudos periciais particulares ou oficiais; e d) depoimentos testemunhais (MARTINEZ, 2016).

A ilustre Dra. Ladenthin, em sua obra sobre a aposentadoria especial, traz de maneira didática as possibilidades outras de comprovação da atividade especial, primeiramente delimitando-a em dois grupos: quando a empresa/empregadora estiver ativa e quando ela não mais coexistir.

Nos casos em que a empresa ainda se mantiver em atividade, porém recuse-se a entregar os formulários e laudos, ou o faça com erros, incorreções ou informações falsas, são as seguintes possibilidades de prova por ela apresentadas:

- **Requerimento de inspeção pelo INSS à empresa** (possibilitado pelo art. 68, § 7º do Decreto 3.048/99);
- **Notificação extrajudicial** (a notificação com informação do descumprimento de sua obrigação, bem como na possibilidade de pagamento de multa previsto no art. 283 do Decreto 3.048/99, ou ainda nos crimes previstos nos arts. 297 e 299 do Código Penal);
- **Intervenção do sindicato da categoria** (buscando auxílio e colaboração da entidade sindical para obter tais documentos e correções junto à empresa);
- **Inspeção judicial no local de trabalho** (com suporte no art. 482 do CPC solicitar ao Juízo inspeção pessoal);
- **Perícia judicial** (com suporte nos arts. 464 e 480 do CPC);
- **Ações trabalhistas como meio de comprovação do tempo especial** (ações trabalhistas sejam declaratórias do labor especial, quer sejam para recebimento de adicional de insalubridade e periculosidade ou ainda para buscar condenação do empregador em entregar os formulários devidos pode ser uma possibilidade);
- **A ação probatória autônoma** (explica a professora que a produção antecipada de prova prevista no art. 381 do CPC veio para substituir a antiga Justificação Judicial) 69.

Sobre requerimento de inspeção pelo INSS à empresa, ao observar como dito acima a reticência do Instituto Nacional do Seguro Social no que toca a análise e concessão da aposentadoria especial ao Contribuinte Individual, podemos de pronto firmar que não é um meio viável, tendo em vista o indeferimento eminente do benefício, o INSS não se prestará a proceder com essa diligência externa.

De igual modo a notificação extrajudicial, não há um proveito específico ao segurado individual, tendo em vista ser o próprio segurado o emissor do Perfil Profissiográfico, com suporte em Laudo Técnico por ele mesmo solicitado.

Não se apresentando a intervenção do sindicato como meio possível de construção da prova ao contribuinte individual, pois como se sabe, nenhum proveito terá, já que não haverá ninguém a lhe negar a prova.

Com a inspeção judicial e perícia judicial, vislumbramos duas boas possibilidades de o segurado CI efetivamente ter uma produção de prova cabal de seu labor em condições especiais, haja vista que não haverá como negar a imparcialidade da prova produzida, ou tão pouco a capacidade técnica de quem a produziu efetivamente.

O magistrado quando em visita ao local de trabalho poderá observar as nuances do dia a dia do segurado, e observar a existência de permanência e habitualidade, e por sua vez o perito judicial com o conhecimento técnico inerente, poderá em análise das condições ambientais do trabalho observar a extrapolação dos limites de tolerância a fim de atestar à exposição aos agentes agressivos.

Em relação a ações trabalhistas ou ações autônomas, observarmos como meios de provas inviáveis ao segurado individual, tendo em vista obviamente que ação trabalhista ou tão pouco ação de produção de prova não trará proveito ao segurado que é também o responsável por produzir as provas do labor em condições especiais.

De outro lado, quando a empresa estiver em inatividade – o que irá obstaculizar a comprovação do labor em condições especiais – e o contribuinte não tiver em mãos os formulários devidos ou, ainda que os tenha, hajam sido esses formulários preenchidos incorretamente ou com informações que não espelham a realidade do labor desempenhado, o segurado poderá lançar mão de outros meios de prova, quais sejam:

- **Prova Emprestada** (tal encontra previsão no art. 372 do Código de Processo, e ainda no parágrafo 1º do art. 298 da Instrução Normativa 77 de 2015 do INSS);
- Utilizar laudos de reclamação trabalhista ou emitidos por outros órgãos, tais como: Fundacentro ou Ministério do Trabalho (tal encontra autorização na IN 77/2015);
- **Laudos por similaridade e a perícia indireta** (não permitida na via administrativa, a prova indireta é possível na esfera judicial, utilizando-se para o estudo empresa semelhante, com mesmas características e atividade da empresa inexistente);
- **Prova testemunhal** (aclara a obra de Bramante que tal meio de prova não se presta a comprovar condições ambientais, mas, de outro lado, a função de fato exercida pelo segurado, local de trabalho, máquina utilizada, etc.);
- **Depoimento pessoal do autor** (a fim de comprovar a exposição aos agentes e, de igual modo, a prova testemunhal pode corroborar para a prova do local de trabalho, da função exercida e afins);
- **Justificação Administrativa** (previsto no art. 142 do Decreto 3.048/99, 574 da IN 77/2015 e ainda art. 108 da LBPS, possibilita a utilização de provas testemunhais no âmbito administrativo para corroborar as diminutas provas documentais, e observa a professora que poderá ser mais utilizada quando necessário comprovar o enquadramento por categoria profissional) (LADENTHIN, 2016).

Em relação a provas emprestadas, vislumbramos também dificuldade em utilização pelo contribuinte individual, tendo em vista a improvável existência de uma prova já produzida para outro segurado, que se aproveite para o segurado contribuinte individual. Especificamente no tocante a prova emprestada prevista na instrução normativa do INSS, nos termos do art. 298, haverá aproveitamento de prova já produzida através de inspeção em processo administrativo anterior, o que em relação ao contribuinte individual, dificilmente existirá.

De igual modo, laudos de reclamações trabalhistas e laudos emitidos pelo governo não enxergamos maior chance de utilização pelo trabalhador autônomo.

Passível de utilização pelo contribuinte individual, a perícia indireta ou laudo por similaridade para o segurado CI terá além da resistência inerente à utilização desse tipo de prova, a dificuldade de localizar empresa ou local de trabalho que se assemelhe ao que foi o seu, e comprovar que as condições de trabalho se assemelham, contudo, não é prova impossível.

Não obstante a desvalorização natural da prova testemunhal, essa poderá fazer a diferença nos processos de aposentadoria especial do CI ao trazer para os autos prova cabal da rotina de trabalho, da função, habitualidade e permanência. Com o testemunho juramentado, o autor/segurado poderá fazer prova que em seu labor não continha intermitência, e não se tratava de atividade eventual, de igual modo, com seu depoimento pessoal o autor, poderá levar ao conhecimento do Juízo sua rotina, e as nuances de sua atividade.

Por dedução óbvia, tendo em vista não aceitação da aposentadoria especial para o CI que não seja cooperado, a justificativa administrativa sequer será aceita perante a administração, tendo em vista que conforme a instrução normativa há exigência de início de prova material pretérita ao deferimento da JA, situação que dificilmente encontraremos.

Assim, no que toca ao segurado contribuinte individual, há inúmeras formas de comprovação de seu trabalho em condições especiais, não sendo a ausência do PPP a ser emitido pela empresa ou outro documento exigido pelo INSS motivo bastante para excluí-lo dos contemplados por esse benefício. Como bem disse Ribeiro:

Nos casos dos profissionais liberais, se tiverem exercido atividades insalubres como autônomos/contribuinte individual, poderão comprovar o exercício da profissão através dos carnês de recolhimento, de certidão do órgão fiscalizados da atividade, de inscrição no cadastro de ISS como autônomo, impostos pagos (Taxa de Licença ou ISS), recibos de pagamento a autônomo, podendo ainda valer-se da Justificativa Administrativa ou Judicial (RIBEIRO, 2013).

Poderá o CI fazer prova de sua atividade com documentos outros, tais como Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), gerido pelo INSS, para fins de comprovação

atividade exercida o tempo de atividade, em que haverá possibilidade de comprovar a profissão do autônomo, tais como médico, dentistas e afins.

Declaração emitida por órgão de classe, como forma de comprovar o exercício da atividade e o tempo de exercício, ou ainda associações, sindicatos entre outros.

Notas fiscais e recibos de serviços prestados, anotações na Carteira de Trabalho caso tenha o autônomo laborado na qualidade de empregado na mesma atividade em que hoje exerce a profissão de forma individual. Certificados de cursos, palestras, seminários, congressos, em que tenha participado na qualidade de ouvinte ou conferencista, certificados de cursos de pós-graduação e especializações.

Vislumbramos ainda como meio de prova indireto notas fiscais de compra de material indispensáveis ao exercício da profissão, tais como ferramentas de utilização específica, equipamentos de proteção, produtos manufaturados indispensáveis à produção e industrialização, máquinas necessárias ao labor, produtos de substituição regular tais luvas, máscaras, pneus (para caminhoneiros).

Passível ainda de utilização como prova o pagamento de Imposto Sobre Serviço (ISS) de competência do município, e ainda alvará de funcionamento do estabelecimento prestador de serviço do autônomo, ou declaração de imposto de renda comprovando ao longo dos anos a atividades exercida, e se for o caso de possui inscrição de pessoa jurídica, estatuto social, e pagamento dos impostos dessa empresa pessoal.

O certo é que meios de provas não faltam. Em verdade, dificuldades para realizar essa prova também não, mas, apesar de tortuosos, existem caminhos para qualquer segurado demonstrar cabalmente seu labor em condições insalubres e perigosas.

6 CONCLUSÃO

Injusto é o afastamento do CI não cooperado da aposentadoria especial, quando cumprir fielmente todos os requisitos para tal prestação, haja vista a inexistência de qualquer diferenciação desse segurado obrigatório dos demais contemplados com a possibilidade de se aposentar antecipadamente.

Todos os argumentos que buscam impedir a aposentadoria especial do CI são afastados com relativa facilidade.

Não se pretende aqui tratar de interpretação de lei, não se está aqui a observar norma dúbia ou duvidosa. O que utiliza o INSS para negar tal prestação previdenciária é uma interpretação extensiva da lei (algo que lhe é proibido fazer) e numa postura claramente inconstitucional.

Além disso, a Administração inverte a presunção da veracidade para a presunção de falsidade dos documentos levados pelo Contribuinte Individual.

Por seu lado, a ausência de aplicação do Adicional do SAT ao CI não pode ser óbice à concessão do referido benefício, tendo em vista a ausência de determinação dessa contribuição por esse segurado, como ainda mais, a total impossibilidade de fazê-lo. Não há previsão legal desse pagamento, não há previsão do responsável tributário. Em suma, ao CI impossível realizar tal contribuição.

No que toca aos meios de prova, como para qualquer segurado, as dificuldades da prova ao CI lhe são impostas, devendo fazer prova de que seu labor é especial nos termos do § 3º, do art. 27, da Lei n. 8.213/91.

Entretanto faz-se necessária mudança no âmbito administrativo, a fim de adotar o entendimento já pacificado judicialmente quanto à possibilidade de maior abertura do leque de provas possíveis.

É óbvio que o legislador tem intento de que o segurado efetivamente comprove o labor em condições especiais que evidenciem prejuízo à sua saúde ou à sua integridade física e de forma permanente e habitual. Não é crível que o objetivo da lei seja o de receber formulários específicos, com preenchimento impecável, segundo orientações pré-estabelecidas.

O objetivo maior da norma é retirar esse trabalhador dessas atividades que podem retirar-lhe a saúde ou a vida, a fim de evitar ou, ao menos, minimizar os prejuízos decorrentes a alguns dos direitos fundamentais do ser humano.

Afastar-se desse entendimento é quebrar os paradigmas da ordem social, é fugir da aplicação dos direitos humanos, negando dignidade a essa espécie de trabalhador que, como qualquer outro, “derrama seu suor” para também impulsionar a economia do país.

7 REFERÊNCIAS

APOSENTADORIA. Dicionário Aurélio.com. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/aposentadoria>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 191-A, 5 out. 1988, p. 1.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 07 maio 1999, p. 50.

BRASIL. Instrução Normativa INSS/PRES n. 77. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**, 22 jan. 2015.

BRASIL. Lei n. 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 da União**, 9 maio 2003, p. 1.

BRASIL. Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1988. Declara extinta a escravidão no Brasil. **Coleção das leis do Império do Brasil**, 1888, parte I, tomo XXXV, p. 1.

BRASIL. Lei n. 6.855, de 18 de novembro de 1980. Cria a Fundação Habitacional do Exército e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 19 nov. 1980, p. 23139.

BRASIL. Lei n. 6.932, de 7 de julho de 1981. Dispõe sobre as atividades do médico residente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 09 jul. 1981, p. 12789.

BRASIL. Lei n. 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**, 25 jul. 1991, p. 14809.

BRASIL. Lei n. 9.615 de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 25 mar. 1998, p. 1.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.473.155 RS. Relator: Min. Sérgio Kukina. **Diário de Justiça Eletrônico**, 03 nov. 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1473155&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 27 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.540.963 PR. Relator: Min. Sérgio Kukina. **Diário de Justiça Eletrônico**, 23 mar. 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1540963&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 27 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 5. ed. Brasília, 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br/aconstituicao eosupremo>. Acesso em: 4 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 151.106. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, 26 nov. 1993, p. 25516. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+151106%2ENU ME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+151106%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c22n7zv>>. Acesso em: 27 maio 2017.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. Súmula n. 62. **Diário Oficial da União**, 03 jul. 2012, p. 00120. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=62&PHPSESSID=c02fklv1724og1rg5 m2sg3fhu2>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

COSTA, Carla Regina Clark. **Metodologia de Pesquisa Científica, Pós-Graduação “lato sensu”**. Belo Horizonte: IEPREV, 2016. Disponível em: <www.ieprev.com.br>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

EM DIA COM A APOSENTADORIA - Blog do Sindicato dos Aposentados, Pensionistas e Idosos. Disponível em: <<http://aposentadoscaraguatatuba.blogspot.com.br/2010/04/5.html>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino (Coord.); LIMA, Alcides Saldanha et al. **Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

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

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Guia de prática previdenciária administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Prática Processual Previdenciária**: administrativa e judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Antônio Carlos. **Curso de Direito Previdenciário**, em homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira. São Paulo: LTR, 1992.

ORIGEM DA PALAVRA - Site De Etimologia. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/aposentadoria/>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

PERNAMBUCO. Justiça Federal. 3ª Turma Recursal. Relatora Polyana Falcão Brito. Creta, Recife, 14/12/2015. Disponível em: <https://creta.jfpe.jus.br/cretainternetpe/consulta/processo/detalhe.wsp?tmp.processo_judicial.id_processo_judicial=593985&tmp.processo_judicial.nr_processo_judicial=0501686-26.2014.4.05.8302>. Acesso em: 27 maio 2017.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Belo Horizonte: PUC Minas, 2010. Disponível em: <www.pucmias.br/biblioteca>. Acesso em: 28 jan. 2017.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos**: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 2. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2016. Disponível em: <www.pucminas.br/biblioteca>. Acesso em: 28 jan. 2017.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial**: regime geral da previdência social. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SALIBA, Tuffi Messias. **Aposentadoria Especial**. Aspectos Técnicos para Caracterização. São Paulo: LTR, 2016.

SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. **Insalubridade e Periculosidade**: aspectos técnicos e práticos. 15. ed. São Paulo: LTR, 2016.

SANTOS, Mariza Ferreira. **Direito Previdenciário Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SAVARIS, José Antônio (Coord.). **Direito Previdenciário: problemas e jurisprudência**. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

SOUZA, Dalva Inês et al. **Manual de orientações para projetos de pesquisa**. Novo Hamburgo: FESLVC, 2013.

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL: viabilidade da indenização e do pagamento em atraso ao Instituto Nacional do Seguro Social como forma de planejamento previdenciário na aposentadoria por idade e por tempo de contribuição

Leandro de Oliveira Marotta¹

Resumo: O presente estudo analisa a viabilidade da indenização e do pagamento em atraso como forma de planejamento previdenciário para o contribuinte individual (CI) na aposentadoria por idade e por tempo de contribuição. Será estudado qual a possibilidade da realização pelo referido segurado da indenização e do pagamento em atraso no âmbito administrativo da Autarquia Previdenciária e dos Tribunais, bem como a contagem desse tempo indenizado como carência e como tempo de contribuição, e ainda, qual o impacto das contribuições vertidas em atraso quando já se tem a primeira contribuição em dia, entre outros temas afetos. Por fim, o presente trabalho irá analisar o procedimento de retroação da data de início das contribuições (DIC) e sua possível contagem, como tempo de carência.

Palavras-Chaves: Aposentadoria. Carência. Retroação da data de início das contribuições. Indenização.

Abstract: This study analyzes the viability of indemnity and delay payment as a form of social security planning for the individual taxpayer in retirement by age and time of contribution. It will be studied the possibilities of realization by the insured individual taxpayer of the indemnification and the payment in arrears in the administrative scope of the Social Security and Courts, as well as the count of this indemnified time as a grace period and contribution time, and also, what the impact of the contributions made in arrears when the first contribution is already in progress, among other issues. Finally, this work will analyze the retrocession procedure of the DIC – it means starting date of contributions and its possible count as grace period.

Keywords: Retirement. Need. Return of the Contribution Start Date. Indemnity.

¹ Especialista pela Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogado. E-mail: leandromarotta@outlook.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8443577676290044>. Professor orientador: Roberto de Carvalho Santos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0143629860148086>.

1 INTRODUÇÃO

O conceito de carência atrelado ao pagamento das contribuições em atraso gera uma grande celeuma por parte dos cidadãos, operadores do direito e servidores do INSS, principalmente pela falta de divulgação ao segurado sobre suas possibilidades.

Saber ao certo quando um tempo indenizado pode contar para o tempo de carência, pode permitir uma previsibilidade de uma aposentaria por idade ou aumentar tempo contributivo para a aposentadoria por tempo de contribuição.

Do mesmo modo, esclarecer o procedimento de Retroação da DIC e seus efeitos na contagem de tempo de contribuição e ainda, a possibilidade da contagem do tempo como carência, pode possibilitar um segurado que não vislumbrava se aposentar tão cedo, o imediatismo do benefício.

Analisar o atual entendimento da Autarquia através das Leis, Decretos, Instruções Normativas e Resoluções, bem como posicionamento doutrinário, vai nos permitir adentrar e conhecer mais afundo essas possibilidades.

2 O PAGAMENTO EM ATRASO E INDENIZADO E SUA RESPECTIVA CONTAGEM NO CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Antes de propriamente se adentrar ao tema em estudo, é necessário delimitar a pesquisa. Será objeto de estudo o segurado contribuinte individual urbano, aqui incluído o autônomo e o empresário – categorias que foram fundidas pela Lei n. 9.876/99 para criar o contribuinte individual, e suas implicações no pagamento em atraso e indenizado como forma de planejamento previdenciário para a aposentadoria por idade e por tempo de contribuição (BRASIL, 1999).

Inicialmente, sem ainda adentrar ao conceito de carência, será analisada a possibilidade do pagamento em atraso e da indenização e o seu cômputo para a contagem no tempo de contribuição.

Conforme veremos ao longo do artigo, a inscrição na categoria de contribuinte individual é prova suficiente para que o segurado promova o pagamento das contribuições em época própria, bem como para ensejar o pagamento das contribuições em atraso. Nesse sentido, citamos a importante passagem de Mauss e Triches:

A inscrição faz prova da atividade do segurado. Nesse sentido, o segurado que possui atividade cadastrada em época correta comprova o vínculo com a Previdência Social e, por esse motivo, deve contribuir na condição informada. No caso de o segurado não efetuar o pagamento em época própria, a inscrição regular faz prova da atividade, o que garante a possibilidade de contribuir em atraso, mas existe a possibilidade da administração cobrar o débito previdenciário (MAUSS; TRICHES, 2016, p. 267).

Se as contribuições são feitas em época própria, não há qualquer dúvida que serão contadas como tempo de contribuição. Com relação às contribuições em atraso, se o segurado contribuinte individual tiver a inscrição na categoria em época própria, é prova suficiente do exercício da atividade declarada, podendo então, realizar o pagamento dessas contribuições que serão contabilizadas como tempo de contribuição. Nesse sentido, Mauss e Triches afirmam que

A inscrição na categoria de contribuinte individual perante a Previdência Social é prova suficiente do exercício da atividade declarada para ensejar o pagamento de contribuição em época própria ou para o pagamento de contribuição em atraso (MAUSS; TRICHES, 2016, p. 250).

Sabendo disso, devemos entender um pouco mais o conceito de inscrição para o segurado contribuinte individual. O conceito e o procedimento estão previstos no art. 18, inciso III, do Decreto n. 3.048/99. Vejamos:

Art. 18. Considera-se inscrição de segurado para os efeitos da previdência social o ato pelo qual o segurado é cadastrado no Regime Geral de Previdência Social, mediante comprovação dos dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis a sua caracterização, observado o disposto no art. 330 e seu parágrafo único, na seguinte forma:

III - contribuinte individual - pela apresentação de documento que caracterize a sua condição ou o exercício de atividade profissional, liberal ou não; (BRASIL, 1999)

Por sua vez, o art. 21, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, especificando o procedimento da inscrição, assim dispõe:

Art. 21. A inscrição do filiado contribuinte individual será formalizada na seguinte forma:

- para o que não possui cadastro no CNIS, mediante informações pessoais e de outros elementos necessários e úteis a sua caracterização ou informações prestadas pela pessoa jurídica tomadora dos serviços, declarando sua condição e exercício de atividade, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei n. 10.666, de 2003;
- para o que já possui cadastro no CNIS, mediante inclusão de atividade/ocupação em seu cadastro e havendo contribuições já recolhidas, deverá ser observado o primeiro pagamento sem atraso; [...] (BRASIL, 2015).

Ademais, ainda que o contribuinte individual não tenha uma atividade cadastrada perante o INSS, se tiver uma primeira contribuição tempestiva, essa contribuição servirá como presunção de atividade. Nesse sentido a importante lição de João Marcelino:

caso tenha uma contribuição em dia, mesmo sem cadastramento de atividade perante o INSS, presume-se o débito e o recolhimento em atraso pode ocorrer sem a necessidade de comprovação de atividade remunerada, nos termos do art. 30, inc. I, da IN 77/15 (SOARES, 2015, p. 23).

Como forma de elucidação dessa situação, citamos alguns exemplos extraídos da Resolução n. 159/INSS, de 17 de outubro de 2011, que aprova o Manual do Reconhecimento Inicial de Direito, volume II - Carência. Vejamos (BRASIL, 2011):

CATEGORIA	PERÍODO	SITUAÇÃO
Contribuinte individual por conta própria	10/4/2008 a 16/7/2010	Recolhimento de 1/2010 a 7/2010 dentro do
		Em 5/2010 comprova a atividade de
		31/12/2009 recolhendo as respectivas contribuições
		Tempo de contribuição de 10/4/2008 a 16/7/2010
CONCLUSÃO		
Será considerado como carência o período de 1/2010 a 7/2010, tendo em vista a primeira contribuição sem atraso.		

Quadro 1 - Manual de carência

Fonte: Resolução n. 159/ INSS/2011

Conforme verificamos, apesar de a primeira contribuição tempestiva ser em 01/2010, todo o período foi contado como tempo de contribuição, ainda que recolhido em atraso. No caso, o segurado teve que provar a atividade do período em que recolheu em atraso. Isso se deu porque o segurado não tinha realizado a inscrição em época própria, ou seja, no início da atividade. Caso tivesse realizado a inscrição em 10 de abril de 2008, não precisaria comprovar sua atividade para o recolhimento em atraso.

Foi dito acima que a inscrição é prova suficiente para ensejar o pagamento das contribuições em atraso, e que as mesmas serão contadas como tempo de contribuição. Contudo, existe outra situação que traz uma celeuma enorme. Imaginemos que um segurado contribuinte individual tenha exercido uma atividade laborativa há vários anos, e que dessa atividade não conste inscrição e nem contribuições perante o Instituto Nacional do Seguro Social. Ou seja, para a Autarquia, esse determinado segurado nunca exerceu essa atividade.

Nesse caso, para contabilizar esse tempo de contribuição, deverá o segurado realizar o procedimento da Retroação de Data de Início das Contribuições a teor dos arts. 22 e 23, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015 (BRASIL, 2015), que será estudado oportunamente. Para tanto, deverá ser demonstrado o efetivo exercício de atividade laborativa, nos moldes do art. 21, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015 (BRASIL, 2015). De antemão, caso a Autarquia reconheça que esse segurado exerceu a atividade, esse tempo poderá ser contado como tempo de contribuição (BRASIL, 2015).

Esse procedimento pode, por exemplo, permitir que um segurado que tenha 32 anos como empregado e, três anos exercendo uma atividade como contribuinte individual, ainda que não tenha inscrição e contribuído em época própria, mas que tenha provas suficientes para demonstrar sua atividade, se aposentar por tempo de contribuição, no qual serão somados o tempo das atividades, totalizando os 35 anos de contribuição.

3 PERÍODO DE CARÊNCIA: OS ENTENDIMENTOS DO INSS AO LONGO DO TEMPO E O ATUAL PANORAMA

O tema carência sempre gera uma grande celeuma. Segundo Castro e Lazzari

Nas palavras da Lei, período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências (art. 24 da Lei n. 8213/91) (CASTRO; LAZZARI, 2016).

Para saber ao certo quando os pagamentos em atraso e a indenização contarão para carência, é necessário que tenhamos o conhecimento dos entendimentos da Autarquia Previdenciária ao longo do tempo. Antes de adentrar aos entendimentos propriamente, é necessário conhecer a tabela de carência contida no Anexo XXVI da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015. Essa tabela (houve supressão de alguns segurados) demonstra para as diversas formas de filiação existentes, qual o requisito para que determinado período seja utilizado no computo da carência. Vejamos (BRASIL, 2015):

FORMA DE FILIAÇÃO	A PARTIR DE	DATA LIMITE	INÍCIO-CÁLCULO
Empresário (*)	Indefinida	24/07/1991	Data da filiação
	25/07/1991	28/11/1999	Data da primeira contribuição sem atraso
Equiparado a autônomo (*)	05/09/1960	09/09/1973	Data da primeira contribuição
	10/09/1973	01/02/1976	Data da inscrição
	02/02/1976	23/01/1979	Data da primeira contribuição sem atraso
	24/01/1979	23/01/1984	Data da inscrição
Autônomo (*)	24/01/1984	28/11/1999	Data da primeira contribuição sem atraso
	05/09/1960	09/09/1973	Data do primeiro pagamento
	10/09/1973	01/02/1976	Data da inscrição
	02/02/1976	23/01/1979	Data da primeira contribuição sem atraso
Contribuinte Individual	24/01/1979	23/01/1984	Data da inscrição
	24/01/1984	28/11/1999	Data atraso da primeira contribuição sem
Contribuinte Individual	29/11/1999	Sem limite	Data atraso da primeira contribuição sem
Contribuinte Individual "prestador de serviços à empresa" (****)	01/04/2003	Sem limite	Data da filiação

(*) Categoria enquadrada como contribuinte individual a partir de 29/11/1999.
 (***) Categoria enquadrada como equiparado a autônomo a partir de 25/07/1991, e como contribuinte individual a partir de 29/11/1999.
 (****) Que optou por contribuir facultativamente na forma do § 2º do art. 200 do RPS.
 (*****) Para o contribuinte individual prestador de serviços, filiado ao RGPS, independentemente do início da atividade, a partir da competência abril de 2003, presume-se o recolhimento, observado o disposto no art. 30 desta IN.

Quadro 2: Tabela de carência.

Fonte: Anexo XXVI da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015.

Essa tabela será utilizada para compreender várias situações que veremos ao longo deste artigo. Passando a análise propriamente dos entendimentos da Autarquia Previdenciária, temos que, atualmente, para que possamos realizar pagamentos decadentes para fins de carência, basta que haja uma primeira contribuição em época própria. Porém, esse nem sempre foi o entendimento do INSS. Até bem pouco tempo,

o entendimento era outro. Vejamos o que foi citado na Resolução n. 159/PRES/INSS, de 17 de outubro de 2011, que aprova o Manual do Reconhecimento Inicial de Direito, volume II - Carência:

[...] período de carência a partir de 9 de maio de 2003 até 19 de agosto de 2008.

No período de 9/5/2002 até 19/8/2008, para a contagem da carência eram observadas as regras previstas no art. 27 da Lei n. 8.213/1991, para cada período de atividade com ocorrência da perda da qualidade de segurado (BRASIL, 2011).

Ou seja, até o dia 19 de agosto de 2008², se entre os períodos de atividade ocorresse a perda da qualidade de segurado, não seria possível a realização do pagamento em atraso para fins de contagem de carência, mesmo havendo uma primeira contribuição quitada em época própria. Vejamos alguns exemplos dessa contagem que fora extraída Resolução n. 159/PRES/INSS:

ATIVIDADE/PERÍODO	RECOLHIMENTO	CONTRIBUIÇÃO	DÉBITO
Contribuinte individual prestador de serviço (empresário) de 1/1985 a 8/2008	1/1985 a 5/1992 recolhido em 12/2002	89	6/1992 a 2/1998
	3/1998 a 4/2002 recolhido em 12/2002	50	
	5/2002 a 8/2008 em dia	76	
	Total de 215 contribuições		
CONCLUSÃO			
Serão considerados para efeito de carência os períodos de 1/1985 a 5/1992, 5/2002 a 8/2008, totalizando 165 contribuições.			
O início-cálculo do período de carência foi fixado em 1/1985 na data da filiação, ainda que as contribuições tenham sido efetivadas em atraso, e em 5/2002, data da primeira contribuição sem atraso.			
O período de 3/1998 a 4/2002, não será considerado uma vez que todas as contribuições foram efetivadas em atraso e houve a perda da qualidade de segurado entre as atividades.			

Quadro 3: Manual de carência

Fonte: Resolução n. 159/PRES/INSS.

Inicialmente, quanto ao primeiro período de 1/1985 a 5/1992 recolhido em 12/2002, ele só é contado para a carência ainda que não realizado em dia, pois, para o empresário, até a data de 24 de julho de 1991, conforme o anexo XXVI, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, que demonstra o início do cálculo para o cômputo de carência para todos os segurados, bastava comprovar a filiação, o que ocorreu no caso.

No período de 3/1998 a 4/2002 recolhido em 12/2002, ainda que o período anterior houvesse sido recolhido em dia, não poderia, segundo o entendimento que perdurou até o dia 19 de agosto de 2008, ser contabilizado para a carência, tendo em vista que, entre os dois períodos, houve a perda da qualidade de segurado.

Com relação ao último período de 5/2002 a 8/2008, como foi recolhido em dia, será contado para fins de carência. Vejamos outro exemplo da Resolução n. 159/PRES/INSS:

² Véspera da publicação do Memorando-Circular DIRBEN/CGBENEF n. 25/2008.

ATIVIDADE	PERÍODO	QUANTIDADE DE CONTRIBUIÇÃO
Contribuinte individual por conta própria	1/1985 a 5/1988, com 1ª contribuição em dia em 10/1987	41
Contribuinte individual (empresário)	3/1992 a 11/2000, com 1ª contribuição em dia em 6/1999	105
Contribuinte individual por conta própria	4/2005 a 5/2008, recolhido em 8/2008	38
		Total de 184 contribuições
CONCLUSÃO		
Serão considerados para efeito de carência os períodos de 10/1987 a 5/1988 e 6/1999 a 11/2000, totalizando 26 contribuições.		
Carência considerada a partir da primeira contribuição dentro do prazo regulamentar de cada período de trabalho, tendo em vista a perda da qualidade de segurado entre as atividades.		

Quadro 4: Manual de carência

Fonte: Resolução n. 159/PRES/INSS

Com relação ao primeiro período, 1/1985 a 5/1988, com a primeira contribuição em dia em 10/1987, apenas a partir dessa data, será o período contabilizado para a carência. Isso porque, diferentemente do caso anterior, nesse período, conforme o anexo XXVI, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, se exigia para o computo da carência, uma primeira contribuição em dia.

No segundo período de 3/1992 a 11/2000, com a primeira contribuição em dia em 6/1999, mesmo a partir da primeira contribuição em dia em 10/1987, esse período só poderia ser contado para carência a partir da primeira competência tempestiva em 6/1999. Isso porque, entre o período anteriormente citado e o aqui referido, houve a perda da qualidade de segurado.

O mesmo se aplica para o período de 4/2005 a 5/2008, recolhido em 8/2008. Nesse caso, não será contado como carência, ante a perda da qualidade de segurado com o vínculo anterior.

Esse conceito aplicado até a referida data tinha amparo principalmente no art. 154, inciso III, c/c art. 155 da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, dispõe o seguinte:

Art. 154. Não será computado como período de carência:

- o período de retroação da DIC e o referente à indenização de período, observado o disposto no art. 155;

Art. 155. Ressalvado o disposto no art. 150, o período em que o segurado tenha exercido atividades na mesma categoria ou em categorias diferenciadas como empregado, trabalhador avulso, empregado doméstico e contribuinte individual, e não tenha ocorrido a perda da qualidade de segurado entre os períodos de atividade, será computado para fins de carência.

Parágrafo único. Aplica-se, também, o disposto no caput, quando for comprovado o recolhimento de contribuição em todo o período, desde a filiação como empregado ou como trabalhador avulso, mesmo que na categoria subsequente, de contribuinte individual e de empregado doméstico, tenha efetuado recolhimentos em atraso, inclusive quando se tratar de retroação de DIC. (BRASIL, 2015)

Segundo a redação do art. 154 da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, não é possível o recolhimento em atraso para fins de indenização, e o art. 155, caput faz ressalva que, caso esse recolhimento seja entre períodos em que não houve a perda da qualidade de segurado, poderá ser contado, inclusive para a carência.

O entendimento acima perdurou até o dia 19 de agosto de 2008. Após essa data, tivemos a publicação do Memorando-Circular DIRBEN/CGBENEF n. 25/2008, que muda substancialmente o entendimento explanado acima. Segundo o que foi publicado na Resolução n. 159/PRES/INSS, de 17 de outubro de 2011, que aprova o Manual do Reconhecimento Inicial de Direito, volume II - Carência, temos o seguinte:

Período de carência a partir de 20 de agosto de 2008:

A partir de 20/8/2008, restou disciplinado que todas as contribuições válidas recolhidas pela Previdência Social, com observância do art. 27 da Lei n. 8.213/1991, serão consideradas para efeito de carência para os benefícios de aposentadoria por idade, tempo de contribuição e especial com fulcro na Lei n. 10.666/2003, independente de ter havido a perda da qualidade de segurado ao longo do tempo, respeitados os critérios de comprovação da atividade.

Considerando esse tal entendimento, para cômputo da carência dos benefícios de aposentadoria por idade, tempo de contribuição e especial amparados pela Lei n. 10.666/2003, observar-se-á:

Para vínculos na condição de contribuinte individual e empregado doméstico, será observado, para início da contagem da carência, o recolhimento da primeira contribuição em dia, considerando o disposto no art. 27 da Lei n. 8.213/1991;

Para o contribuinte individual com diversas atividades nesta condição, será considerado, para fins de início da contagem da carência, o primeiro recolhimento dentro do prazo regulamentar do primeiro vínculo, mesmo que haja encerramento e reinício de atividade nos vínculos posteriores;

Para o contribuinte individual cujo primeiro vínculo com a Previdência Social foi na condição de empregado, será observada a existência do primeiro recolhimento em dia como contribuinte individual após a vinculação como empregado. (BRASIL, 2011)

Diante do parecer contido na resolução acima citada, se percebe uma mudança significativa de panorama, com uma maior facilitação para o pagamento em atraso e para a indenização por parte do contribuinte individual. A autarquia previdenciária, levando em conta a mudança trazida pela Lei n. 10.666/2003 que dispensa a qualidade de segurado para as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial, adequou seu entendimento. Em outras palavras, se para fazer *jus* a essas aposentadorias é dispensável observar a qualidade de segurado, então o mesmo raciocínio deve ser aplicado na contagem da carência entre os vínculos contributivos. Ante a desnecessidade da qualidade de segurado para a aposentadoria por idade, importante colacionar a lição de Zambitte:

Porém, como visto no tópico anterior, referente ao período de graça, a Lei n. 10.666, de 08 de maio de 2003, prevê que a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial (ZAMBITTE, 2011, p. 545).

Ou seja, ainda que tenhamos a perda da qualidade de segurado entre os períodos, havendo uma contribuição em época própria, poderá o segurado proceder à indenização do período com sua respectiva contagem para o período de carência.

Após a consolidação desse entendimento da Resolução n. 159/PRES/INSS, de 17 de outubro de 2011, que aprova o Manual do Reconhecimento Inicial de Direito, volume II-Carência, consubstanciado na Lei n. 10.666/2003, no art. 27 da Lei n. 8.213/91 e no anexo XXVI da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, entendo ter havido uma revogação tácita do art. 155, caput da mesma Instrução, ante a desnecessidade da contribuição em atraso se dar entre períodos em que não houve a perda da qualidade de segurado. Ademais, o art. 27, da Lei n. 8.213/91, assim dispõe:

Art. 27. Para cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições: II - realizadas a contar da data de efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, no caso dos segurados contribuinte individual, especial e facultativo, referidos, respectivamente, nos incisos V e VII do art. 11 e no art. 13 (BRASIL, 1991).

Se a própria lei não condiciona o recolhimento em atraso ao fato perder ou não qualidade de segurado, não poderia a Instrução Normativa – norma de natureza secundária – até por uma questão de hierarquia de normas, se sobrepor ao disciplinado na Lei. Nesse sentido, importantíssima a lição de João Marcelino Soares:

Caso o contribuinte individual já tenha uma contribuição em dia, todos os recolhimentos posteriores, mesmo vertidos em atraso, são considerados como carência, devido à regra do art. 27, inc. II, da Lei 8.213/91. E mais: caso tenha uma contribuição em dia, mesmo sem cadastramento de atividade perante o INSS, presume-se o débito e o recolhimento em atraso pode ocorrer sem a necessidade de comprovação de atividade remunerada, nos termos do art. 30, inc. I, da IN 77/15 (SOARES, 2015, p. 36).

Vejamos alguns exemplos da nova aplicabilidade do conceito de carência da Autarquia Previdenciária retiradas da Resolução 159:

ATIVIDADE	RECOLHIMENTO	QUANTIDADE DE CONTRIBUIÇÃO	DÉBITO
Contribuinte individual por conta própria de 1/1985 a 8/2008	1/1985 a 5/1992, dentro do prazo	89	6/1992 a 2/1998
	3/1998 a 4/2002, quitados em 12/2002	50	
	5/2002 a 8/2008, dentro do prazo	76	
	Total de 215 contribuições		
CONCLUSÃO			
Serão considerados para efeito de carência os períodos de 1/1985 a 5/1992, 3/1998 a 4/2002 e 5/2002 a 8/2008, totalizando 215 contribuições.			
O início-cálculo do cômputo da carência será a partir da primeira contribuição efetivada dentro do prazo legal, ou seja, em 1/1985, sendo as demais contribuições consideradas, ainda que recolhidas em atraso.			

Quadro 5: Manual de carência

Fonte: Resolução n. 159/ INSS/2011.

O fato de termos uma primeira contribuição tempestiva no período de 1/1985 a 5/1992 faz com que todos os períodos seguintes possam ser recolhidos em atraso, e ainda assim, contarão para carência. Se fosse no entendimento que perdurou até 19 de agosto de 2008, o período de 3/1998 a 4/2002, quitados em 12/2002, não seria contado como carência, ante a perda da qualidade de segurado com o período anterior.

Para fim de elucidação, outros exemplos a seguir:

ATIVIDADE	RECOLHIMENTO	QUANTIDADE DE CONTRIBUIÇÃO	DÉBITO
Contribuinte individual (empresário) de 1/1985 a 8/2008	1/1985 a 5/1992, quitados em 12/2002	89 contribuições	6/1992 a 2/1998
	3/1998 a 4/2002, quitados em 12/2002	50 contribuições	
	5/2002 a 8/2008, em dia	76 contribuições	
		Total de 215 contribuições	
CONCLUSÃO			
Serão considerados para efeito de carência os períodos de 1/1985 a 5/1992, 3/1998 a 4/2002 e 5/2002 a 8/2008, totalizando 215 contribuições.			
O início-cálculo do período de carência será a partir da data da filiação, ou seja, 1/1985, sendo as demais consideradas, ainda que recolhidas em atraso.			

Quadro 6: Manual de carência

Fonte: Resolução n. 159/ INSS/2011.

Nesse exemplo, apesar do primeiro período não ter sido pago tempestivamente, o que importava para o início do cálculo de carência do empresário até a data de 24 de julho de 1991, era a filiação, Anexo XXVI da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015. Se era filiado anteriormente a essa data, equipara-se à “primeira contribuição em dia”, e as demais, ainda que quitadas fora do prazo serão contadas como carência.

ATIVIDADE	RECOLHIMENTO	QUANTIDADE DE CONTRIBUIÇÃO	DÉBITO
Contribuinte individual por conta própria de 1/1985 a 8/2008	1/1985 a 5/1992, quitados em 10/2002	89	6/1992 a 2/1998
	3/1998 a 4/2002, quitados em 10/2002	50	
	5/2002 a 8/2008, em dia	76	
		Total de 215 contribuições	
CONCLUSÃO			
Será considerado para efeito de carência o período de 5/2002 a 8/2008, totalizando 76 contribuições.			
A carência será contada a partir de 5/2002, tendo em vista ser a primeira contribuição efetivada em dia na categoria de contribuinte individual.			

Quadro 7: Manual de carência

Fonte: Resolução n. 159/ INSS/2011

Nesse caso, temos uma situação diversa do exemplo acima. Para o contribuinte individual por conta própria (antigo autônomo), segundo consta do Anexo XXVI, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, no período de 24/01/1984 até 28/11/1999, será contado para carência apenas a partir da primeira contribuição tempestiva. Como o débito do primeiro período (1/1985 a 5/1992, quitados em 10/2002) não foi quitado de forma tempestiva, não irá contar como carência. Do mesmo modo o segundo período

(3/1998 a 4/2002, quitados em 10/2002). Já o último período (5/2002 a 8/2008), que foi quitado em dia, será contado para carência.

O recentíssimo julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região contempla exatamente a tese acima referendada. Vejamos:

TRF 4 PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. EXAÇÕES. RECOLHIMENTO A DESTEMPO. INTERCALADO. CONTABILIZAÇÃO PARA A CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. LAPSO CARENCIAL.

1- As anotações em Carteira de Trabalho e Previdência Social constituem prova plena, para todos os efeitos, dos vínculos empregatícios ali registrados, porquanto gozam de presunção juris tantum de veracidade (Decreto n. 3.048/99, arts. 19 e 62, § 2º, I), ilidida apenas quando da existência de suspeitas objetivas e razoavelmente fundadas acerca dos assentos contidos do documento.

2- O recolhimento de exações a destempo, na qualidade de contribuinte individual, pode ser considerado para efeito de carência quando intercalado com contribuições vertidas dentro do prazo legal, em face do disposto no art. 27, inciso II, da Lei 8.213/91, somente não sendo consideradas as contribuições recolhidas em atraso anteriores ao pagamento da primeira prestação em dia.

3- Deliberação sobre índices de correção monetária e taxas de juros diferida para a fase de cumprimento de sentença, a iniciar-se com a observância dos critérios da Lei 11.960/2009, de modo a racionalizar o andamento do processo, permitindo-se a expedição de precatório pelo valor incontroverso, enquanto pendente, no Supremo Tribunal Federal, decisão sobre o tema com caráter geral e vinculante. Precedentes do STJ e do TRF da 4ª Região (BRASIL, 1991).

Saber ao certo quando poderá haver contagem de tempo indenizado como carência, permite uma previsibilidade por parte do segurado. Isso será demonstrado com mais evidência quando tratarmos do caso prático.

4 O PROCEDIMENTO DE RETROAÇÃO DA DATA DE INÍCIO DAS CONTRIBUIÇÕES E A POSSÍVEL CONTAGEM DO TEMPO PARA A CARÊNCIA

Conforme disciplinado no item 1 - “O pagamento em atraso e indenizado e sua respectiva contagem no cômputo do tempo de contribuição”, a inscrição é prova suficiente para ensejar o pagamento das contribuições em atraso, e as mesmas serão contadas como tempo de contribuição. Situação diversa é quando o contribuinte individual tenha exercido uma atividade laborativa há vários anos, e que dessa atividade não conste inscrição ou contribuições perante o Instituto Nacional do Seguro Social ou então que tenha exercido uma atividade e, posteriormente encerrado a atividade cadastrada no CNIS. Ou seja, para a Autarquia, esse determinado segurado nunca exerceu essa atividade.

Nesse caso, para contabilizar esse tempo de contribuição, deverá o segurado realizar o procedimento da Retroação de Data de Início das Contribuições a teor dos arts. 22 e 23, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, conforme veremos a seguir.

Art. 22. Reconhecimento de filiação é o direito do segurado de ter reconhecido, em qualquer época, o tempo de exercício de atividade anteriormente abrangida pela Previdência Social.

Art. 23. Considera-se Retroação de Data do Início da Contribuição - DIC o reconhecimento de filiação em período anterior a inscrição mediante comprovação de atividade e recolhimento das contribuições. (BRASIL, 2015)

Para que o segurado realize o procedimento de retroação da DIC, e em se tratando de período decadente, para que possa realizar os pagamentos em atraso, deverá o segurado provar que efetivamente exerceu a atividade laborativa no período.

O reconhecimento da filiação e a apuração dos cálculos do pagamento das contribuições decadentes ficarão a cargo do INSS. Para tanto, deverá o segurado se valer do Processo Administrativo e usar o modelo de requerimento contido no anexo L, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015. Nesse sentido dispõe o art. 29 do mesmo diploma:

Art. 29. Caberá ao INSS promover o **reconhecimento de filiação e proceder ao cálculo para apuração da contribuição previdenciária** devida e as demais orientações pertinentes ao recolhimento do débito ou indenização, mediante formalização do Processo Administrativo a partir do pedido de requerimento conforme **Anexo L** ou em requerimento de benefício, ressalvando-se a competência para a cobrança, que é da RFB, nos termos do art. 2º da Lei n. 11.457, de 16 de março de 2007 (BRASIL, 2015).

Quanto aos documentos necessários à comprovação da atividade, deve ser lido atentamente os ditamos previstos nos arts. 31 e 32 da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015 (BRASIL, 2015), na parte que cabe ao Contribuinte Individual e aos “antigos” autônomos, empresários e equiparados a autônomos.

Feito todo o procedimento, depois de reconhecido o exercício da atividade e o respectivo pagamento das contribuições, esse período, sem qualquer dúvida, poderá ser contado como tempo de contribuição.

O mesmo não acontece com a contagem do tempo para a carência, ao menos na regra geral. Isso porque, o art. 154, inciso III, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, diz que o pagamento indenizado não poderá ser contado como carência para o segurado. Contudo, o art. 155, parágrafo único do mesmo dispositivo, faz uma ressalva legal, em que se permite o computo de retroação da DIC como carência.

Art. 154. Não será computado como período de carência:

III - o período de retroação da DIC e o referente à indenização de período, observado o disposto no art. 155;

Art. 155. Ressalvado o disposto no art. 150, o período em que o segurado tenha exercido atividades na mesma categoria ou em categorias diferenciadas como empregado, trabalhador avulso, empregado doméstico e

contribuinte individual, e não tenha ocorrido a perda da qualidade de segurado entre os períodos de atividade, será computado para fins de carência.

Parágrafo único. Aplica-se, também, o disposto no caput, quando for comprovado o recolhimento de contribuição em todo o período, desde a filiação como empregado ou como trabalhador avulso, mesmo que na categoria subsequente, de contribuinte individual e de empregado doméstico, tenha efetuado recolhimentos em atraso, inclusive quando se tratar de retroação de DIC (BRASIL, 2015).

Para que se possa utilizar o período indenizado como tempo de carência, não pode ter havido perda de qualidade de segurado entre o vínculo anterior e o vínculo ao qual se pretende indenizar.

Vejamos o que diz a Resolução n. 159/PRES/INSS, de 17 de outubro de 2011, que aprova o Manual do Reconhecimento Inicial de Direito, volume II - Carência:

O período que o segurado tenha exercido atividades diferenciadas como empregado, trabalhador avulso, empregado doméstico, contribuinte individual e segurado especial com contribuição, será, também, considerado como carência, quando for comprovada a atividade e as correspondentes contribuições em todo o período, desde a filiação como empregado ou como trabalhador avulso, ainda que na categoria subsequente, de contribuinte individual e de empregado doméstico, tenha efetuado recolhimentos em atraso, inclusive no caso de retroação da data do início das contribuições-DIC (BRASIL, 2011).

Vejamos alguns exemplos extraídos da mesma Resolução:

ATIVIDADE/PERÍODO	SITUAÇÃO
Empregado de 1/3/1995 a 30/11/2002	Com registro no órgão próprio do MTE após a vinculação de empregado
Contribuinte individual por conta própria de 10/2004 a 8/2007	CI com recolhimento dentro do prazo a partir de 4/2007 9/8/2007, mediante comprovação da atividade, efetiva o recolhimento das contribuições relativas ao período de 10/2004 a 3/2007 Fato gerador em 10/8/2007
CONCLUSÃO	
Serão computados para efeito de carência os períodos de 3/1995 a 11/2002 e 10/2004 a 8/2007, considerando o pagamento das contribuições sem a ocorrência da perda da qualidade de segurado entre a cessação da atividade de empregado e o início da atividade de contribuinte individual.	

Quadro 8: Manual de carência

Fonte: Resolução n. 159/ INSS/2011

O segurado em questão, no primeiro vínculo como empregado de 1/3/1995 a 30/11/2002, terá, nos moldes do art. art. 15, II c/c art. 15, § 2º, da Lei n. 8213/31, dois anos de período de graça (qualidade de segurado) após a cessação do labor como empregado. Desse modo, como o vínculo com o contribuinte individual se iniciou em 10/2004, enquanto ainda detinha a qualidade de segurado, o período de 10/2004 a 8/2007, em que pagamento tenha ocorrido em 4/2007, será totalmente contado como carência.

Nesse caso, obviamente, o seguro comprovou o exercício de suas atividades remuneradas, e, procedendo-se a exceção do art. 154, parágrafo único, poderá contar o tempo como carência no procedimento de Retroação de DIC.

Outros exemplos na mesma fonte citada:

ATIVIDADE/PERÍODO	SITUAÇÃO
Empregado de 1/5/1985 a 12/7/1999	Em débito de 2/2000 a 6/2003
Contribuinte individual por conta própria de 2/2000 a 3/2007	Em 10/3/2007, mediante comprovação da atividade efetiva o recolhimento do período em débito
	Fato gerador em 30/3/2007
CONCLUSÃO	
Todo o período será considerado para fins de carência, considerando que entre a atividade de empregado e o início da atividade de contribuinte individual, não ocorreu a perda da qualidade de segurado entre os períodos de atividade.	

Quadro 9: Manual de carência

Fonte: Resolução n. 159/ INSS/2011

ATIVIDADE/PERÍODO	SITUAÇÃO
Contribuinte individual por conta própria de 3/2000 a 11/2004 e de 6/2005 a 7/2007	De 3/2000 a 11/2004 e de 2/2007 a 7/2007, com
	De 6/2005 a 1/2007, em débito
	Em 9/7/2007, comprova a atividade e efetiva o recolhimento das contribuições relativas ao período em débito
	Fato gerador em 10/7/2007
CONCLUSÃO	
Todos os períodos serão contados para fins de carência, tendo em vista o recolhimento das contribuições, sem a ocorrência da perda da qualidade de segurado entre a cessação da atividade anterior e o reinício da atividade de contribuinte individual.	

Quadro 9: Manual de carência

Fonte: Resolução n. 159/ INSS/2011

Para termos um entendimento completo na matéria, é necessário estudar os períodos em que o segurado mantém sua qualidade de segurado após o encerramento da atividade laborativa. Para isso, basta uma leitura atenta do art. 15, da Lei n. 8213/91.

Visto o procedimento de retroação da DIC e a possibilidade de seu computo para carência, estudaremos a seguir, o cálculo das contribuições em atraso.

5 O CÁLCULOS DAS CONTRIBUIÇÕES EM ATRASO NA MODALIDADE INDENIZAÇÃO

Inicialmente, devemos saber diferenciar as modalidades do pagamento em atraso. A primeira é chamada simplesmente de pagamento em atraso, e se refere às competências não alcançadas pela decadência – últimos cinco anos. Nesse caso, caso haja uma inscrição do segurado perante o INSS, não é necessária uma autorização por parte da autarquia para que se possa realizar esse pagamento. O segurado consegue simular o pagamento no site do INSS, ou então, poderá ir até uma Agência de

Previdência Social e solicitar o cálculo. Nesse caso, o segurado recolhe sobre sua remuneração indicada. Vejamos a lição de Kertzman:

A indenização não se aplica aos casos de contribuições em atraso não alcançadas pela decadência do direito de a previdência constituir o respectivo crédito. Em relação a essas contribuições, para o cálculo do valor devido, devem ser aplicadas as disposições relativas à cobrança de contribuições em atraso das empresas em geral (KERTZMAN, 2012, p. 490).

A segunda modalidade é a indenização, que é realizada para períodos já atingidos pela decadência. Nesse caso, o segurado só realiza o pagamento, mediante autorização no INSS, e deve ser feito mediante procedimento administrativo. Conforme nos ensina Mauss e Triches:

Toda vez que é reconhecido um período de débito de um contribuinte individual já prescrito, seja ele de retroação da DIC ou mero intervalo entre dois períodos de contribuições, o INSS realiza o cálculo dos valores atrasados observando o estabelecido no art. 24 da IN n. 77/2015, que é baseada nos arts. 122 e 123 do Decreto 3048/99 (MAUSS; TRICHES, 2016, p. 260).

O art. 24, § 1º da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015 dispõe sobre quais os períodos serão levados em conta no cálculo do pagamento indenizado. Vejamos:

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

§ 1º Para fins de cálculo, o INSS utilizará como base de incidência o valor da média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, ainda que não recolhidas às contribuições correspondentes, nos casos de empregados, trabalhadores avulsos, empregados domésticos e prestadores de serviço a partir da competência abril de 2003, corrigidos mês a mês pelos mesmos índices utilizados para a obtenção do salário de benefício, respeitados os limites mínimo e máximo do salário de contribuição (BRASIL, 2015).

O período base de cálculo é realizado levando em conta a média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994. Após a média, aplicam-se os juros moratórios de 5% para cada mês de atraso até o limite de 50%, e ainda multa de 10%.

O presente artigo não pretende entrar no mérito das discussões de cálculo. Porém, apenas a título de informação, como inexistia a previsão de juros e multa antes da vigência da edição da Medida Provisória n. 1.523/96, os períodos anteriores não podem sofrer a incidência desses encargos. A doutrina e a jurisprudências são pacíficas no tema. Nesse sentido importante citar o julgado: DISTRITO FEDERAL, STJ, AgRg no REsp 1413730/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, 2013.

O montante total do débito poderá ser parcelado junto à Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 28 da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015. Contudo, para que esse

tempo seja utilizado em algum benefício, quando o pagamento de todo o parcelamento for concluído. É o que disciplina o art. 168 do mesmo dispositivo: “Art. 168. Tratando-se de débito objeto de parcelamento, o período de trabalho correspondente a este somente será utilizado para fins **de benefício** e CTC no RGPS, após a comprovação da quitação de todos os valores devidos” (BRASIL, 2015).

O débito parcelado junto à RFB não cai automaticamente no sistema do INSS. Para entender melhor essa situação, devemos nos ater a importante lição de Mauss e Triches:

O segurado que tiver quitado o débito parcelado deverá requisitar junto à RFB documento que comprove a extinção do débito, bem como o período que foi parcelado. As contribuições que foram pagas por meio de parcelamento, atualmente, não são incluídas do CNIS de forma automática (a DATAPREV está criando um programa que possibilite que o servidor do INSS realize tal inclusão ou que os valores pagos migrem, automaticamente, ao Extrato CNIS, por esse motivo é necessário que o segurado apresente a comprovação de quitação do débito no momento de requerimento do benefício (MAUSS; TRICHES, 2016, p. 261-262).

Visto o procedimento para o pagamento em atraso, o próximo tópico se refere a um caso prático e envolve tudo que fora estudado até então.

6 ESTUDO DE CASO PRÁTICO

Imaginemos um segurado autônomo, conforme ilustração a seguir, com inscrição de 01/08/1987 a 31/08/1987, com 1ª contribuição em dia em 09/09/1987, ou seja, em dia.

Período	Empresa	Início	Fim	Carência	Tempo de contribuição			
					Anos	Meses	Dias	
1º	Autônomo	01/08/1987	31/08/1987	Sim	0	1	0	
2º	INDENIZAÇÃO	01/09/1987	01/05/1989	Sim	1	8	1	
3º	Empregado	17/10/1990	30/09/1993	Sim	3	0	0	
4º	Contribuinte individual	01/11/2006	28/02/2007	Sim	0	3	28	
5º	INDENIZAÇÃO	01/03/2007	31/03/2010	Sim	3	1	0	
6º	Contribuinte individual	01/04/2010	03/03/2017	Sim	6	11	3	
CONCLUSÕES (considerando fatores multiplicadores)								
					Tempo de contribuição			Carência
					Anos	Meses	Dias	
Tempo total de contribuição até a data fim do último período					15	0	29	181 (meses)

Quadro 10: Caso prático.

Fonte: O autor

Esse segurado está com 65 anos e pretende indenizar o tempo restante para atingir a carência de 180 contribuições e ter direito ao benefício de aposentadoria por idade. Para tanto, o primeiro cuidado que se deve ter é analisar seu primeiro período como autônomo.

Já foi visto que a primeira contribuição tempestiva faz prova plena para o início do cálculo de período de carência.

Sabendo disso, se verifica qual a data do início da atividade como autônomo e, com base na tabela do artigo contida no Anexo XXVI, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, qual o requisito necessário para o início do computo de carência.

Segundo consta na tabela em anexo ao artigo, do período de 24/01/1984 até 28/11/1999, a carência se inicia da data da primeira contribuição sem atraso. Já vimos acima, que a primeira contribuição está em dia, tendo em vista que foi quitada no dia 09/09/1987, antes do prazo final que é o dia 15 do mês subsequente à competência.

Se somarmos o tempo de carência do segurado sem o período que será indenizado, chegamos ao montante de 123 contribuições, ou seja, ainda faltam 57 contribuições para atingir a carência exigida para o benefício.

É justamente nesse momento que entra o planejamento previdenciário. O primeiro período a ser indenizado para atingir a carência pretendida será o de 01/03/2007 a 31/03/2010. Para que se possa indenizar esse período, a primeira contribuição em dia que deve ser analisada não é a do vínculo anterior de 01/11/2006 a 28/02/2007 (embora também possa ser), mas sim, a contribuição do primeiro vínculo como autônomo de 01/08/1987 a 31/08/1987, com 1ª contribuição em dia em 09/09/1987. É essa contribuição que permite o pagamento indenizado de qualquer outro período, desde que inexistam o encerramento de atividade.

Mesmo indenizando o período de 01/03/2007 a 31/03/2010, ainda faltam 20 contribuições. Indenizou-se então o período de 01/09/1987 a 01/05/1989, totalizando as 180 contribuições para fazer *jus* ao benefício. Para todo o procedimento, é necessário autorização por parte do INSS, posto se tratar de período decadente. Vale lembrar que, como não houve encerramento da atividade por parte do segurado, qualquer período quitado posteriormente na condição de contribuinte individual, será contado como carência.

Obviamente, essas indenizações foram feitas simultaneamente.

Uma medida muito importante a ser tomada antes de se indenizar é verificar no INSS se houve encerramento da atividade como contribuinte individual. Essa informação não vem explícita no CNIS. Se houve encerramento da atividade o procedimento a ser tomado para o pagamento em atraso e o possível cômputo para carência é a Retroação da DIC.

Por isso, todo caso exige uma análise pormenorizada e atenta por parte do segurado.

Uma questão que merece ser melhor debatida pela jurisprudência e pela doutrina diz respeito à vedação de cômputo para fins de carência relativamente a período anterior

à inscrição do segurado por intermédio do instituto da retroação da data de início da contribuição de que trata o art. 124, do Decreto n. 3.048/99.

O argumento do INSS para vedar tal cômputo tem fundamento no disposto do inciso II do art. 27, da Lei n. 8.213/91, no sentido de que somente será computado como carência o período posterior à primeira contribuição sem atraso.

Esse dispositivo legal tem como escopo garantir a sustentabilidade do regime geral de previdência social, evitando-se, por exemplo, que um segurado, após ter sido acometido de uma doença incapacitante, realizasse doze contribuições em atraso e fizesse jus aos benefícios por incapacidade, ainda que comprovasse que exercia atividade remunerada no período imediatamente anterior ao início da incapacidade laborativa.

A previdência social rege-se pelo princípio do caráter contributivo e decorre deste postulado a proibição de pagamentos em atraso para fins de cômputo de carência para os segurados imprevidentes.

A legislação, inclusive, prevê sanções para o segurado que perdeu o vínculo com o INSS após o fim do período de graça, obrigando-o a pagar, nos termos do art. 27-A, da Lei n. 8.213/91, a metade do período de carência para os benefícios de auxílio doença, aposentadoria por invalidez e salário maternidade (para a contribuinte individual, facultativa e segurada especial).

Há de se, porém, adotar uma interpretação finalística e sistemática do ordenamento jurídico previdenciário, sobretudo quando adveio a Lei n. 10.666/03 que estabelece a inexigência da qualidade de segurado para as aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial.

O escopo da norma é não penalizar o segurado que eventualmente perdeu a qualidade de segurado e teria que completar a carência de reingresso de que trata o art. 27-A da Lei n. 8.213/91, não sendo essa exigência aplicada para as mencionadas aposentadorias. Isso porque tanto a aposentadoria por idade, como a aposentadoria por tempo de contribuição e especial são benefícios programados, que exigem tão-somente o cômputo de carência e tempo de contribuição previsto na legislação previdenciária.

Assim sendo, o que importa para os benefícios programados é o segurado completar o requisito atinente ao tempo mínimo de contribuição para a garantia da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.

Ora, qual o prejuízo que a Previdência Social sofrerá caso o segurado comprove que efetivamente exerceu uma atividade remunerada e recolha em atraso, por exemplo, as 180 contribuições mensais? Nesse caso, o segurado arcará com todos os encargos moratórios previstos na legislação e ofende o princípio da razoabilidade impedir que esse período seja computado como carência.

Obviamente, o art. 27, inciso II, da Lei n. 8.213/91 deverá ser aplicado tão somente para os benefícios não programados (aposentadoria por invalidez e auxílio doença), eis que a possibilidade de recolhimento em atraso afrontaria o princípio do equilíbrio financeiro do RGPS.

Não tem cabimento adotar uma interpretação de que se um segurado fez um recolhimento em época própria o mesmo poderá recolher todo o período, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, como carência para fins de aposentadoria por idade, por tempo de contribuição e especial, mas vede, de forma absoluta, o recolhimento em atraso para fins de carência para o segurado que não fez qualquer recolhimento, mas comprove o efetivo exercício da atividade remunerada e promova os devidos recolhimentos previstos na legislação previdenciária.

Nesse sentido, o art. 27, II, da Lei n. 8.213/91 deve ser interpretado de forma harmônica com a previsão constante da Lei n. 10.666/03 que estabeleceu como relevante apenas o cumprimento dos requisitos previstos em lei para o usufruto das aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial.

Nesse sentido, já entendeu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PARCELAMENTO. SÚMULA 473 DO STF.

1- Se o segurado autônomo requereu, obteve e cumpriu parcelamento, alusivo a contribuições previdenciárias em atraso, de período de trabalho posterior à sua filiação ao regime previdenciário, não pode o INSS desconsiderar tais contribuições para conformar período de carência necessário à aposentadoria por idade, mormente se o requerimento administrativo do benefício foi protocolizado quando vigia interpretação mais benéfica ao segurado.

2- Sentença confirmada.

Apelo a que se nega provimento. (BAHIA, TRF da 1ª Região. Apelação Cível N. 95.01.02120-3/BA. Processo na Origem: 92001093-2. Relator Juiz José Henrique Guaracy Rebêlo, 2003)

O acórdão supracitado faz menção à importância da data da filiação que não se confunde com a inscrição do segurado. O contribuinte individual é filiado ao RGPS de forma automática pelo exercício da atividade remunerada, competindo-lhe apenas a comprovação do exercício dessa atividade e o pagamento das contribuições em atraso.

Na hipótese analisada no caso concreto, como a administração pública não aceita o cômputo da carência no caso de retroação da DIC, aconselha-se que o segurado deposite em Juízo o valor em questão e requeira a concessão do benefício de aposentadoria com o aproveitamento do tempo a título de carência.

7 CONCLUSÃO

Pela análise do presente artigo, pode-se perceber quais são as reais possibilidades do pagamento indenizado para a contagem no tempo de contribuição e da carência na aposentadoria por idade e por tempo de contribuição.

Ficou demonstrado, a partir de uma breve digressão histórica, o conceito de carência ao longo do tempo, sendo que após a consolidação desse entendimento da Resolução n. 159/PRES/INSS, de 17 de outubro de 2011, consubstanciada na Lei n. 10.666/2003, no art. 27, da Lei n. 8213/91, e no anexo XXVI, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, entendo ter havido uma revogação tácita do art. 155, caput da mesma Instrução, ante a desnecessidade da contribuição em atraso se dar entre períodos em que não houve a perda da qualidade de segurado.

Ademais, mostrou-se a importância da primeira contribuição tempestiva e da inscrição em época própria para o segurado.

Também foi demonstrado o procedimento de Retroação da Data de Início de contribuições e a importância de não haver a perda da qualidade de segurado, como condição *sine qua non* para contabilizar esse tempo como carência.

Ao mesmo tempo em que o artigo pretendeu desmitificar o tema, ficou claro o desconhecimento dos institutos por parte dos operadores do direito, pessoas comuns da sociedade e servidores da Autarquia.

Deveria haver por parte do INSS uma cartilha simples e básica que pudesse demonstrar ao segurado suas reais possibilidades de proceder ao pagamento indenizado. Inúmeras pessoas iriam se beneficiar, principalmente no benefício de aposentadoria por idade, em que constam vínculos antigos como contribuinte individual.

É dever do INSS informar seus segurados sobre todos os seus direitos e a forma de conseguir atingir os requisitos mínimos para usufruir do benefício.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 191-A, 5 out. 1988, p. 1.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 07 maio 1999, p. 50. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa INSS/PRES n. 77. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Diário Oficial da União, 22 jan. 2015. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 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**, 25 jul. 1991, p. 14.801. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 01. maio 2017.

BRASIL. Lei n. 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 da União**, 9 maio 2003, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.666.htm>. Acesso em: 02 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 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**, 25 jul. 1991, p. 14809. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 18 maio 2017.

BRASIL. Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis n. 8.212 e n. 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 29 nov. 1999, p. 1, Edição Extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm>. Acesso em: 18 maio 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O recolhimento de exações a destempo, na qualidade de contribuinte individual, pode ser considerado para efeito de carência. ApReex Processo: 0002963-12.2017.404.9999, Rel. Desembargadora Vânia Hack de Almeida, Sexta Turma, julgado em 31/05/2017, Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=8919080&hash=11f1caea0b6ce14593276983870d379e>. Acesso em: 02 jun.2017.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Juros e multa antes da vigência da edição da Medida Provisória 1.523/96. AgRg no REsp 1413730/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, julgado em 26/11/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=indenizacao+e+medida+provisoria+e+1996&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 01 jan.2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**: atualizado de acordo com o novo CPC. 19. ed. São Paulo: Forense, 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2012.

MAUSS, Adriano; TRICHES, Alexandre Schumacher. **Processo Administrativo Previdenciário**: Prática para um processo de benefício eficiente. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio Grande do Sul: Plenum, 2016.

RESOLUÇÃO n. 159/PRES/INSS, de 17 de outubro de 2011. Aprova o Manual do Reconhecimento Inicial de Direito Volume II- Carência. **Diário Oficial da União**, n. 200, 18 out. 2011, Seção 1, p. 63. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/439644/RESPOSTA_PEDIDO_rs159_2011.pdf>.

SOARES, João Marcelino. **Recolhimento em atraso e contagem para carência**: Sim! Existe uma exceção à retroação da DIC. Disponível em: <<http://dtojoaosoares.wixsite.com/previdenciario/dic-e-carencia>>. Acesso em: 1 maio 2017.

O ESTADO DE POSSE DE FILHO E O DIREITO À PENSÃO POR MORTE

Frederico Augusto Ventura Pataro¹

Resumo: As transformações dos valores e conceitos que ocorrem na sociedade ao longo do tempo devem ser acompanhadas de perto pelo Direito para que este consiga solucionar os conflitos que lhe são apresentados. No que diz respeito ao Direito de Família verifica-se uma grande necessidade de adequações da norma jurídica, visto sua dinamicidade e complexidade, sob pena do Direito estar ignorando, e, por conseguinte, excluindo realidades vividas pela sociedade, além de princípios básicos da Constituição Federal. Tempos atrás a família tinha um conceito patriarcal, até então hierarquizada, fundada exclusivamente no casamento, sendo que somente os filhos oriundos deste eram reconhecidos pelo Código de 1916, incidindo a presunção *pater is est*. Hoje vivenciamos outra realidade, qual seja a família unida por laços afetivos. O estado de posse de filho e o direito destes à pensão por morte em relação aos “pais afetivos” merecem respaldo jurídico. Desse modo, exatamente de acordo com estas posições que foram diferenciando-se no decorrer do tempo, aliadas à noção do verdadeiro sentido da posse de estado do filho, que se justifica a presente pesquisa, aduzindo-se daí sua relevância para o Direito e para a sociedade.

Palavras-Chaves: Estado de posse de filho. Pensão por morte. Direito Previdenciário. Direito de Família.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade sofre transformações constantemente, e, com ela, a família; antes hierarquizada e patriarcal, fundada exclusivamente no casamento. Hoje se consegue visualizar uma família baseada nos laços afetivos, onde, mudanças ocorrem tanto no tocante ao ordenamento jurídico, quanto no conceito de família dado pela sociedade contemporânea, surgindo, então, a noção de posse de estado de filho, para que, dentro de uma relação afetiva, estabeleça-se uma paternidade baseada no afeto, qual seja, uma paternidade socioafetiva.

No Brasil, ao contrário do que ocorre no exterior, a paternidade socioafetiva não é reconhecida pelo Direito de forma expressa, sendo que o estado de posse de filho não é utilizado como fator determinante no tocante à filiação para a maioria dos aplicadores da lei, bem como para a própria doutrina.

¹ Especialista pela Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público do Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - IEC PUC Minas. Bacharel em Direito pela Faculdade de Estudos Superiores de Viçosa-MG. Advogado. E-mail: fredpataro@yahoo.com.br. Professor orientador: Roberto

Ressalte-se que a Carta Magna de 1988 deu um grande passo no que diz respeito ao novo conceito de família, valorizando os laços afetivos, igualando, desta forma, a filiação e proibindo discriminações de qualquer tipo, englobando, destarte, a filiação socioafetiva.

Após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que não trouxe grandes mudanças sobre o tema da filiação, várias e importantes leis foram surgindo, procurando defender e proteger os filhos extramatrimoniais.

Dever-se-á levar em consideração, quando se fala em estado de posse de filho, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana explícito na Carta Magna e o Princípio da Prevalência do Interesse do Menor, estampado no Estatuto da Criança e do Adolescente. Todos os filhos, independentemente de sua origem, têm os mesmos direitos, e, com base nesse preceito, há de ser considerado o estado de posse de filho sob todos os termos que a lei confere àqueles que o são, inclusive o direito à Pensão por Morte. Assim, neste trabalho estudaremos as mudanças sociais que a família vem sofrendo desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916, passando pelas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, chegando ao Código Civil de 2002, e, por conseguinte, aos dias atuais.

Partimos, depois, para uma análise da filiação sob a ótica jurídica, dissertando sobre a vedação da classificação da filiação feita pelo Código Civil de 1916 em face da Constituição Federal de 1988 que proibiu qualquer forma de discriminação. Após, entramos especificamente no instituto da posse do estado de filho, onde é feita uma análise minuciosa sobre o tema, principalmente no tocante aos elementos processuais, as provas, bem como uma explanação sobre o que a doutrina traz sobre o assunto.

Posteriormente a posse do estado de filho é demonstrada perante os tribunais brasileiros através de jurisprudências sobre o tema.

Os demais capítulos dissertam sobre o benefício previdenciário da pensão por morte conforme legislação atual utilizando como parâmetro a posse de estado de filho.

Destarte, é um estudo que remete à noção do estado de posse do filho para a utilização no nosso ordenamento jurídico, principalmente no que diz respeito aos conflitos de paternidade, que são constantes na sociedade contemporânea e, em especial, ao direito à pensão por morte.

2 MUDANÇAS SOCIAIS DA FAMÍLIA

A sociedade sofre mudanças constantemente e não é diferente no que diz respeito à família, que é a instituição que mais se transforma. Antes, hierarquizada e patriarcal, era fundada exclusivamente no casamento, ato celebrado de acordo com as normas estabelecidas pelo Estado que, por muito tempo, sofreu influência da Igreja Católica.

Somente os filhos oriundos deste eram reconhecidos como filho pelo ordenamento jurídico.

A superação do modelo colonial de família – herança histórica que nos foi legada pelo Código Civil de 1916 – sofre transformações operadas, principalmente, pela Constituição Federal de 1988, *locus* da constitucionalização do Direito de Família.

A proteção da família é interesse do Estado, que traz na própria carta magna o reconhecimento de que a família é considerada como base da sociedade organizada, e, para esta proteção traça normas especiais.

Além das normas contidas na Constituição Federal de 1988, possuímos normas destinadas especificamente ao direito de família encontradas, por exemplo, no Livro IV do Código Civil de 2002.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a única forma familiar reconhecida pelo direito e que, portanto, merecia proteção do Estado, era aquela realizada por intermédio da existência de um casamento, feito de acordo com as normas estabelecidas pelo próprio Estado.

Atualmente, se evidencia no mundo jurídico a diversidade de composições familiares, reconhecendo nessas uniões um modelo plural de família a ser protegido pelo Direito, como também o presente eleva o direito de viver juntos à condição de direitos fundamentais, orientados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A diversidade de composições familiares se justifica pela leitura do art. 226 da Constituição Federal de 1988.

A primeira forma de família reconhecida pelo direito, como dito anteriormente, é aquela formada pelo casamento, para o qual o Estado traça normas minuciosas que devem ser observadas, sob pena de não ter validade. A família formada por casamento é considerada monogâmica.

A outra forma de família, reconhecida como tal para o Estado, é a formada pela união estável, que é a união entre um homem e uma mulher que não possuem impedimentos para a realização do casamento, prescreve, ainda, a Lei Constitucional, que o Estado deve facilitar a conversão da união em casamento.

Por fim, reconhece como família a união formada entre pai e seus filhos ou mãe e seus filhos. Este último arranjo familiar recebe o nome de família monoparental.

É preciso lembrar, ainda, que no que diz respeito à família, a jurisprudência tem dado imensa colaboração e é uma fonte do direito de muita utilização, empregando, principalmente, aos julgados os princípios constitucionais como fonte de interpretação.

Apesar de a jurisprudência oscilar na evolução dos direitos garantidos aos filhos, a mesma aponta para a igualdade que, estando na Constituição, não pode ser afrontada por nenhuma outra norma.

Destarte, em matéria de família, o julgador tem papel fundamental, pois, por ações ou omissões, os pronunciamentos do Judiciário acabam edificando, a seu modo, um conceito de família que, na maioria das vezes é bem mais abrangente do que aquele contido na Constituição Federal (art. 226 e seguintes). Com certeza, o lado emocional integra uma perspectiva ineliminável do conflito jurídico das famílias. Essa subjetividade não pode ser dissociada do fenômeno, uma vez que compõe as crises familiares.

Na família contemporânea, a igualdade entre os cônjuges e a proibição de designação discriminatória dos filhos, a paternidade socioafetiva, alcança o interior das relações familiares, assumindo pais e filhos novos papéis, onde não há poder dos pais sobre os filhos, mas, há deveres e há faculdades que são instrumentos desses deveres.

Observa-se que a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época.

Note-se que as famílias patriarcais, baseadas principalmente na relação hierárquica que existia dentro de uma família, posição esta de superioridade do pai tanto em relação aos filhos, como em relação à mulher e aos empregados, por muito tempo foi considerada como o modelo padrão de família, apesar de, sempre existir outros modelos de famílias que eram considerados como avessos para o padrão definido.

A família, na sociedade contemporânea, sofreu as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX, como ocorreu no Brasil. Devendo lembrar, por outro lado, a emancipação feminina, principalmente, econômica e profissional, que modificou substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelaram a família, sendo esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal.

2.1 Família e a filiação afetiva

A ampliação moderna do conceito de família adotado pela Constituição Federal de 1988, bem como, pela Lei do Concubinato e pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) amplia os horizontes do conceito de paternidade e faz fulgurar a noção da filiação afetiva, conforme veremos a seguir.

O art. 227 da Carta Magna estabelece um modelo segundo o qual se pode basear uma organização familiar ideal, ao atribuir à família o dever de:

[...] assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Lembrando que, na observância desses deveres está intrínseca numa relação afetiva saudável que merece proteção específica do Estado.

As normas vêm direcionando para o reconhecimento da inegável realidade de que a família é um núcleo fundado no afeto e não pura e simplesmente na consanguinidade. Vejamos o entendimento de Maria Berenice Dias (2001, p. 50):

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III do art. 1º, consagra, em norma pética, o respeito à dignidade da pessoa humana.

A Jurisprudência tem aderido à ideia de filiação afetiva independente da biológica, indo inversamente à base estritamente patriarcal estabelecida anteriormente e no laço consanguíneo.

Ações negatórias de paternidade, ou seja, aquela que visa negar a paternidade em relação ao filho já registrado tem sido improvidas quando se detecta a existência de um vínculo afetivo de filiação em vista de uma convivência duradoura entre pai e filho, o que se percebe através da larga fonte jurisprudencial.

Imaginemos os transtornos psíquicos de um filho, independente da natureza da filiação, que, de uma hora para a outra, se veja despido de uma realidade que nutriu durante toda sua vida no que diz respeito às suas origens. Sua personalidade sofreria efeitos desastrosos o que não é a atitude mais justa.

Destarte, o conceito jurídico de filiação tende a se expandir, partindo da percepção já consagrada na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente de que os laços afetivos desenvolvidos na vida em família se sobrepõem às questões genéticas e patrimoniais.

O direito está se tornando cada vez mais humanista, dando mais importância ao patrimônio espiritual e psicológico do indivíduo. É possível afirmar que o direito vem consagrando a reparabilidade do dano moral, a igualdade das filiações, a proteção à mulher, à criança e ao adolescente etc.

A filiação reconhecida pela sociedade e pelo próprio direito cada vez mais deixa de ser algo que se herda geneticamente para ser algo que se constrói diariamente ao longo da vida, com a participação plena do grupo familiar.

Ao que parece a questão da paternidade deve ser vista, também e, sobretudo, sob o ponto de vista afetivo, visto ser este um dos mais nobres valores presentes na construção dos relacionamentos.

Um caso específico que ganhou destaque na mídia, e, pela notoriedade, prescinde de maiores comentários, foi o do menino “Chicão”, filho da cantora Cássia Eller, que teve

sua guarda deferida à companheira homossexual da artista, em detrimento do vínculo genético dos avós maternos.

Observe-se que nessa decisão venceu o forte laço afetivo existente entre a criança e a “mãe afetiva”, cujo vínculo psíquico e sentimental se sobrepôs à perquirição de uma ligação apenas genética que existia em relação aos seus avós maternos, que no caso inquestionavelmente favoreceria aos progenitores da criança.

2.2 Filiação e família sob o ponto de vista contemporâneo

Quando os avanços científicos ocorrem na área da genética, os conceitos jurídicos ligados à filiação e aos direitos sucessórios são remexidos tendo em vista os alicerces patrimonialistas do nosso direito.

Os costumes estão sendo alterados; novas possibilidades biológicas surgem, gerando desdobramentos no conceito de filiação.

São várias as hipóteses em que teríamos problemas ao definir a filiação. Um exemplo prático ocorre quando existe a doação de gameta masculino, em que a resposta genética apontaria um doador anônimo deste gameta como o pai da criança gerada. A criança seria, então, o filho de um pai anônimo, mesmo tendo um pai afetivo?

Não é justo dizer que não é pai aquele que, embora não tenha contribuído com material genético necessário à formação do zigoto, agiu como tal durante toda a infância, adolescência, formando até mesmo o caráter do adulto adquirido nessas condições. Essa é apenas uma, das diversas possibilidades de discussões que podem envolver a filiação.

A pessoa que se dispõe a assumir espontaneamente o papel de pai de uma criança, independentemente, da sua carga genética, demonstra por si só extrema consideração e preocupação com seu desenvolvimento. Destarte, não seria justo que, posteriormente, desconsiderasse um vínculo dessa grandeza por uma mera divergência genética.

O afeto desempenha um papel essencial no funcionamento da inteligência, pois, sem o afeto não haveria interesse, nem necessidade, nem motivação para a aquisição do conhecimento pela criança e, conseqüentemente, para a construção da sua inteligência. O afeto é, por assim dizer, a matéria prima do desenvolvimento mental.

Destarte, o ato de ser pai não pode ser limitado pela procriação, pelo vínculo genético, pois, mais do que isso, exige-se amar, cuidar, construir uma vida juntos. E se a procriação é apenas um dado, a verdadeira relação paterno-filial exige mais do que apenas laços consanguíneos. Logo, através da posse do estado de filho revelar-se-á outra forma de paternidade, fundada nos laços de afeto.

Sendo assim, reconhece-se a paternidade atualmente pela identificação da posse do estado de filho, surgindo, então, uma nova figura jurídica, qual seja, a filiação socioafetiva, sendo aquela relação baseada no afeto; uma relação íntima e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem cumpre todos os deveres inerentes ao poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 25, identifica família natural como sendo a comunidade formada pelos pais, ou qualquer um deles, e seus descendentes. A expressão “família substituta” foi criada pela lei menorista para permitir a colocação de crianças e adolescentes, sem, no entanto, declinar a estrutura ou o formato de tais famílias. A legislação ordinária não define a família.

Note-se que, cada vez mais o conceito de entidade familiar será buscado no relacionamento de duas ou mais pessoas. Isto faz com que o estado de posse de filho seja reconhecido com mais facilidade, mesmo que sem previsão legal no ordenamento pátrio.

Porém, o vínculo afetivo deverá ser encontrado para que possamos decifrar a verdadeira face do problema, sendo que, esse vínculo deve ser entendido como o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do Direito Obrigacional, cujo núcleo é à vontade, para inseri-lo no Direito de Família, cujo elemento principal é o sentimento do amor, o elo afetivo que, nas palavras de Maria Berenice Dias (2001) “funde as almas e confunde os patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos”.

Observe-se que essa nova realidade também se impõe nas relações de filiação.

Conforme João Batista Vilela (1979, p. 404):

[...] As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.

A realidade atual é o reflexo da mudança dos paradigmas no que se refere aos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos, como por exemplo, a posse do estado de filho. Destarte, o Direito ampliou o conceito de paternidade, que passou a compreender os parentescos psicológicos, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.

Nas sábias palavras de José Bernardo Ramos Boeira (1999, p. 54):

A posse do estado de filho revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva

Desta forma a verdade real é que goza o filho da posse de estado, a prova mais exuberante e convincente do vínculo parental, conforme questiona Veloso (1997; p. 28):

[...] se o genitor, além de um comportamento notório e contínuo, confessa, reiteradamente, que é o pai daquela criança, propaga este fato no meio em que vive, qual a razão moral e jurídica para impedir que esse filho, não tendo sido registrado como tal, reivindique, judicialmente, a determinação de seu estado?

As transformações dos valores e conceitos que ocorrem na sociedade ao longo do tempo devem ser acompanhadas de perto pelo Direito para que este consiga solucionar os conflitos que lhe são apresentados, e o estado de posse de filho é uma realidade vivenciada em diversas famílias e, ao se deparar com o evento morte, faz-se mais necessário ainda a proteção da Justiça àquele que mais uma vez se vê desamparado.

3 A FILIAÇÃO SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO

No Código Civil de 1916, a filiação classificava-se em legítima (resultante de casamento) e ilegítima (oriunda de relação extramatrimonial). Quando ilegítima, pode ser natural (decorrente de relação extramatrimonial entre pessoas sem impedimento matrimonial), espúria (resultante de relação com impedimento matrimonial), adulterina (originária de relação entre pessoa casada com terceiro) e incestuosa (proveniente de relação entre parentes próximos).

Atualmente é vedada a classificação da filiação, feita no regime anterior, por ser discriminatória e, destarte, inconstitucional.

Hoje, com a possibilidade científica de cessão de útero, criopreservação, implante e doação de gametas, e, despontando o domínio da técnica de clonagem humana, o princípio *mater semper certa est* encontra-se fortemente abalado, isto porque, nem mesmo a mãe é mais sempre certa.

Destarte, ao passo que o sistema jurídico redefine os conceitos de família, a questão da paternidade sobrelva-se como uma mera concepção jurídica, e, adotado este diapasão, torna-se possível o reconhecimento do vínculo afetivo como caracterizador, por si, da filiação.

O art. 1.596, do Código Civil de 2002 repete, na íntegra, o disposto no art. 227, § 6º da Constituição Federal, que, em preservação da dignidade da pessoa humana, veda as desigualdades entre os filhos, coroando uma longa e árdua evolução da sociedade e do direito, já que, durante muito tempo, filhos havidos fora do casamento não tinham os mesmos direitos dos oriundos do matrimônio civil, sendo excluídos da “cidadania jurídica”, em favor de uma falsa harmonia nas relações matrimoniais.

O princípio jurídico da afetividade tem fundamento constitucional. No que diz respeito aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação

dos fatos da discriminação entre eles. Surgiu então, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal.

A Carta Magna abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Desta forma, encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social a família. No art. 227, § 6º vemos que todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem. Quando nos remetemos ao art. 227, § 5º e 6º observamos que a adoção, como escolha afetiva, alcançou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos. Note-se que, no art. 226, § 3º e 4º podemos concluir que a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, independente de consanguinidade, e a união estável têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida.

O Código Civil não poderá se sobrepor às normas constitucionais, como por exemplo, ao art. 227, § 6º da Carta Magna, que revogou qualquer tipo de norma discriminatória entre cônjuges e filhos, excluindo-as definitivamente do mundo jurídico.

Destarte, se todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem, é porque a Constituição afastou qualquer interesse de valor que não seja o da comunhão de amor ou do interesse afetivo como fundamento da relação entre pai e filho.

Não havendo mais que se ater aos conceitos formulados por doutrinadores consagrados, como por exemplo, pelo ilustre e renomado civilista Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 16) que afirma que “[...] em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum.” A família como visto, não pode ser mais baseada, pura e simplesmente, com base na questão biológica, mas sim, também, com base na afetividade.

4 A POSSE DO ESTADO DE FILHO

A posse do Estado de filho é revelada pela análise social, como sendo o sentimento mais puro no âmbito das relações familiares no que se refere à filiação.

Neste contexto que o instituto da posse do estado de filho ganha força a cada dia para que sejam encontrados subsídios probatórios suficientes para que seja estabelecida a filiação extramatrimonial, baseada muito além do vínculo biológico, estabelecido sim pelo vínculo que une pais e filhos, qual seja, o vínculo afetivo.

Exemplos de pais genéticos que maltratam, abandonam, humilham seus filhos, bem como, pais não genéticos que acolhem, amparam, orientam, como seus, filhos alheios, são vistos com frequência e a conclusão de tal consideração não precisa ser procurada

nos livros e doutrinas, bastando que se olhe em volta da própria sociedade em que vivemos.

Saliente-se que a presunção trazida pelo Código Civil de 1916 que *pater is est*, ou seja, pai é o marido da mãe, não faz mais sentido. Valoriza-se no instituto da posse do estado de filho o caráter sociológico da filiação transmitido pelo afeto.

Na sociedade multifacetada em que vivemos, prevalecem positivamente as relações desvinculadas de interesse de fundo patrimonial, genético, ou mesmo legal, dando espaço então às com laços unicamente afetivos.

A busca pelo pai verdadeiro parte, em diversos casos, da investigação da paternidade biológica, num primeiro momento. Mas nem jurisprudência, nem a vida se satisfazem nessa explicação.

Hoje, com a evolução da sociedade, a verdadeira paternidade vem de uma verdade socioafetiva. Fala-se muito no amor de mãe, na proteção de pai, no carinho de avó, mas estas são figuras construídas pela cultura que representam um mesmo valor, qual seja, o afeto.

O vínculo genético é apenas um dos muitos elementos das relações de paternidade. Pereira (1992; p. 65) destaca que:

[...] a paternidade é conceito não só genético ou biológico, mas psicológico, moral e sociocultural. Em grande número de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico fracasso da relação de paternidade, sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva, em nível de paternidade, saudável, produtiva, responsável.

Na medida em que o afeto passa a integrar o patrimônio do indivíduo, os casos que envolvem fortes laços afetivos devem ir além da perquirição da descendência genética.

Da mesma forma que foi concedida à União Estável o status de entidade familiar, baseando-se na comunhão de esforços, no respeito mútuo, na assistência recíproca e na fidelidade, também a posse do estado de filho, calcada numa adoção fática e na presença desses mesmos elementos, merece o reconhecimento legal do laço de parentesco.

Neste sentido, baseando-se no preceito de que todos os filhos, independentemente de sua origem, têm os mesmos direitos, há de ser levado em consideração o estado de posse de filho sob todos os termos que a lei confere àqueles que o são, e, por conseguinte, os filhos que tiverem reconhecida a paternidade socioafetiva devem ter os mesmos direitos sucessórios e de filiação daqueles.

4.1 A posse do estado de filho na doutrina

Para parte da doutrina, a posse do estado de filho é dividida em elementos capazes de caracterizá-la, quais sejam, a *tractatio*, *nominatio* e *reputatio*.

A *tractatio* ocorre quando o filho for tratado pelo pai como tal, educando-o e protegendo-o, observando-se que, nas filiações não biológicas, a iniciativa de aproximação parte, amiúde, do pai, que também busca e obtém desse relacionamento suas compensações afetivas.

A *reputatio* ocorre quando o perflhado desfruta perante a sociedade da fama de ser filho ou é apresentado como tal pelo perflhador.

A *nominatio* se dá quando o filho leva em seu registro o sobrenome do perflhador.

Outra parte da doutrina não exige tanto para a caracterização da posse do estado de filho. Santos (1981, p. 381) define a posse do estado de filho como “o conjunto de fatos que estabelecem, por presunção, o reconhecimento da filiação do filho pela família à qual pretende pertencer”. Para Fachin (1996, p. 36-37), só o fato de, no recôndito do lar, haver os cuidados da alimentação e na educação, revela a base da paternidade, *verbis*:

Se o liame biológico que liga um pai a seu filho é um dado, a paternidade pode exigir mais do que apenas laços de sangue. Afirma-se aí a paternidade sócioafetiva que se capta juridicamente na expressão da posse do estado de filho. Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento (quer em público, quer na intimidade do lar) revelam no comportamento a base da paternidade. A verdade sociológica da filiação se constrói. Essa dimensão da relação paterno-filial não se explica apenas na descendência genética, que deveria pressupor aquela a serem coincidentes.

Destarte, a paternidade apresenta-se como aquela que, fruto do nascimento mais emocional e menos fisiológico, reside antes no serviço e no amor que na procriação. A verdadeira paternidade não pode se basear numa única informação biológica; acima disso, exige-se uma concreta relação paterno-filial, onde pai e filho se tratam como tais, nascendo, então, a verdade socioafetiva.

Notadamente, a verdade socioafetiva estará presente no dia-a-dia do perflhado, e é com base nela que se há de estruturar como ser social, como pai, esposo e filho, enfim, como sujeito de relações jurídicas.

Note-se que a doutrina vem acatando o conceito de filiação afetiva e fornecendo fortes elementos para a solução jurisdicional dos casos levados a exame.

4.2 Elementos processuais

Ainda que de forma um pouco acanhada, a jurisprudência tem reconhecido o valor probatório à posse do estado de filho, apesar de não ter sido contemplada no Código Civil em vigência, como fundamento da ação de investigação de paternidade.

No nosso ordenamento não existe previsão específica de um procedimento destinado a investigar a existência de uma filiação afetiva, pois a própria lei civil não regula de forma satisfatória este novo instituto do direito de família.

Dúvidas poderão surgir no que se refere à ação a ser proposta, pois a investigatória de paternidade está culturalmente vinculada à ideia de investigação por DNA, e, no caso da paternidade socioafetiva, essa modalidade probatória sequer tem pertinência. De qualquer modo, o que se pretende é investigar o vínculo de paternidade, seja ele de natureza biológica ou afetiva, e, portanto, a ação investigatória parece ser mesmo a terminologia mais apropriada.

Considerando que o fato de criar alguém como filho, apresentando-o à sociedade como tal é reconhecer-lhe a paternidade, também parece apropriada a utilização da ação declaratória de reconhecimento de paternidade, especialmente para os casos nos quais exista início de prova escrita.

Hoje, é praticamente pacífica a aplicação em nosso direito do brocardo jurídico narra *mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito), com o que, independentemente do nome dado à ação, se permitirá sua apreciação pelo Judiciário, por força também do art. 126 do Código de Processo Civil. Aliás, como é sabido o nome da ação é requisito essencial da petição inicial.

4.3 Das provas

Todos os meios juridicamente admitidos e moralmente aceitos deverão ser permitidos.

Destarte, as provas deverão versar sobre os caracteres sociais que circundam o litígio.

A comprovação da posse do estado de filho poderá ser feita, por exemplo, através de documentos, em que o pretense filho represente seu pai (e vice-versa) em contratos, perante pessoas ou empresas, realize atos comerciais em seu nome etc. Até mesmo um boletim escolar visado pelo pretense pai poderá servir como prova documental. Enfim, existe uma série de fatos da vida que, acidentalmente documentados, servem para fundamentar o pedido e dar maior credibilidade à prova testemunhal.

Por se tratar exclusivamente sobre a existência de uma filiação socioafetiva, não há motivos plausíveis para se realizar a investigação genética do DNA; o que não seria nenhum óbice para o direito, haja vista que, a prova pericial é apenas um meio de prova e não o único meio de prova.

Outrossim, os meios probatórios são diversos, pois, a posse do estado de filho é natural e espontânea.

4.4 Imprescritibilidade do direito

Há que se lembrar, também, que por força do art. 27 da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – o filho poderá a qualquer tempo ingressar em juízo

com a pretensão de reconhecimento da paternidade socioafetiva fundada na existência do estado de filiação.

Neste caso específico o Estatuto da Criança e do Adolescente protege, inclusive, o direito do maior, pois, a própria norma estabelece a imprescritibilidade do direito. Entendendo de outro modo estaria violando a igualdade constitucional, pois, se com razão protege o interesse da criança que não pode se ver despida de uma paternidade da noite para o dia, com mais razão ainda para o adulto, para quem a extinção do vínculo parental traumática e desastrosa.

5 A POSSE DO ESTADO DE FILHO PERANTE OS TRIBUNAIS

Com a presunção *pater is est* trazida pelo Código Civil de 1916, a jurisprudência não permitia que o filho adulterino ou um terceiro ajuizassem ação de investigação de paternidade, que era feita com base no liame jurídico, como se percebe na seguinte decisão:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. Presunção de legitimidade da filiação, se o autor nasceu da constância do casamento. Código civil, art-340. Cabe, privativamente, ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. Código civil, art-344. De acordo com o art-343, do código civil, não basta, sequer, o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole. Não é suficiente, outrossim, a confissão materna para excluir a paternidade (CCB, art-346). Hipótese em que os pais do autor, casados, viviam sob o mesmo teto, não havendo, por parte do marido, até a morte, contestação da legitimidade do filho, que registrou, logo após o nascimento, na forma da lei. Não há como desprezar a paternidade legítima, não contestada, existente convivência conjugal e não comprovada a situação prevista no art-340, I, do CCB, para reconhecer paternidade ilegítima, contestada na ação pelos herdeiros do investigado, sem comprovação, também, de concubinato. Não é possível emprestar, assim, a prova produzida, na ação de investigação de paternidade, aptidão a afastar a presunção legal da paternidade legítima. Alegação improcedente de negativa de vigência do art. 1., da Lei n. 883/1949, e do Art. 363, III, do CCB. O acórdão não afirmou que escrito do investigado não possa servir de base a ação investigatória da paternidade ilegítima. Ao não reconhecer a procedência da ação, o aresto não vulnerou o Art. 363, III, do CCB, mas teve em consideração, com preferência, as regras dos arts. 337, 340, 344 e 347, todos do Código Civil. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 93886, Relator(a): Min. OSCAR CORREA, Primeira Turma, julgado em 09/08/1983, DJ 19-10-1984 PP-17479 EMENT VOL-01354-02 PP-00221 RTJ VOL-00113-03 PP-01111)

Importante citar também uma decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, onde o relator foi o então Ministro Néri da Silveira, por ocasião do julgamento de Recurso Especial n. 102.732-1/GO, ocorrido no dia 05 de agosto de 1986, com a desconsideração dos tribunais quanto à noção de estado de posse de filho, o qual transcreve:

Investigação de Paternidade – CC, art. 363. Segundo o acórdão, os fundamentos da procedência da ação foram a “posse de estado” e a “confissão não escrita”, não a prova do concubinato ou de relações sexuais à época da concepção. Divergência entre as testemunhas, cujas declarações se transcrevem no acórdão, quanto ao pai da autora. Não há prova documental. Não reconhecida expressamente no acórdão a ocorrência de qualquer das hipóteses do art. 363 do CC brasileiro, deu-se pela procedência da demanda afirmando que a condição de filha ilegítima por parte da autora era de considerar-se a partir da posse de estado. Não se compreende no âmbito da Súmula 279 a discussão referente à possibilidade de tão-só com base na posse de estado julgar a procedência da ação de investigação de paternidade, à vista do art. 363 do CC brasileiro. Cuida-se, aí, de *quaestio juris* federal, vinculada à compreensão do art. 363 do CC brasileiro. Não é invocável a Súmula 279. Não configurando os fatos, assim como acolhidos pelo acórdão, qualquer das hipóteses do art. 363 do CC brasileiro, a procedência da ação, com base nesse dispositivo, importa aplicá-lo inadequadamente à espécie, o que constitui negativa de sua vigência. RE conhecido e provido para julgar improcedente a ação.² (grifo nosso)

Ambas as decisões citadas anteriormente foram tomadas antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, onde, é notória a prevalência da verdade jurídica sobre a verdade biológica da filiação.

Porém, após a promulgação da Carta Magna de 1988, a jurisprudência acabou por enfraquecer a presunção *pater is est*, sobrepondo a paternidade biológica sobre a jurídica, como demonstra a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 215.247, que teve como Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 06.12.1999:

Investigação de Paternidade – Prova Testemunhal Precária – Prova Genética – DNA – Natureza Da Demanda – Ação de Estado – Busca da Verdade Real – Instrução Probatória – Preclusão – Inocorrência Para o Juiz – Processo Civil Contemporâneo – Cerceamento de Defesa – Caracterização – Precedentes – Recurso Provido – I – Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa previsão legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória. II – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. III – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. IV – Na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica, sobretudo quando custeada pela parte interessada, desprezar a produção da prova genética do DNA, que a ciência tem proclamado idônea e

² Decisão retirada do CD-ROM Juris Síntese Millennium, ano 6, n. 35, mai./jun. 2002 - Editora Síntese, no dia 31 de agosto de 2002.

eficaz. V – No campo probatório, a grande evolução jurídica continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real³. (grifo do autor).

Em muitas destas decisões, são observados os laços de afeto, como a decisão que se segue, proferida numa ação de investigação de paternidade, onde até mesmo a prova testemunhal é admitida para o reconhecimento da filiação:

Direito de Família. Filiação Adulterina. Investigação de Paternidade – Possibilidade Jurídica – 1 - A nova ordem jurídica, instituída com a Carta de 1988, recepcionou, parcialmente, o art. 363, do Código Civil, apenas no que houver compatibilidade com o art. 227, § 6º, da Lei Fundamental, derogando qualquer expressão ou exegese discriminatória em matéria de filiação. 2 - Para os fins do art. 363, I, do Código Civil, concubinato “é a união sexual estável, mais ou menos prolongada, do homem e da mulher não unidos pelo matrimônio, ainda que não haja coabitação ou convivência more uxório.” 3 - “Em matéria de concubinato, a prova é ampla. O Código Civil, à semelhança da lei francesa, não fez restrição alguma, admitiu todos os meios de prova, inclusive a testemunhal, pois dificilmente se conseguirá uma prova documental. Os mestres ensinam que a filiação, por isso que resulta de um fato oculto, por sua natureza secreta, pode ser provada por todos os meios, indícios, presunções, conjecturas próprias a convencer o julgamento, como a amizade e trato freqüente com a mãe ao tempo da concepção.” (Recurso Extraordinário no 2.004, julgado pelo STF, em Sessão Plenária, e Relatado pelo Min Edmundo Lins. Revista de Direito, 109:165). 4 - Se os autores provaram, satisfatoriamente, a existência de concubinato *extra domus*, com a prolongada união sexual dos pais e a fidelidade da mãe ao tempo da concepção, a demanda de investigação de paternidade deve julgada procedente. 5 - Se o exame hematológico é necessário para a negativa de paternidade, cumpre ao Réu o ônus de ceder o sangue exigido, sob pena de a recusa ser interpretada em seu desfavor⁴ (grifo nosso).

Note-se que, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da 8ª Câmara Cível, Acórdão n. 595.163.114, onde tinha como Relator o Desembargador Sérgio Pereira, aceitou também que a paternidade biológica deve ter preferência sobre a paternidade jurídica, no que refere à paternidade socioafetiva:

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DECADÊNCIA. As regras do Código Civil precisam ser adaptadas ao novo regime jurídico brasileiro de Direito de Família, implantada pela Constituição Federal de 1988 e diplomas legais posteriores. Isto implica em revogação ou não recepção de vários dispositivos daquele Código, como, por exemplo, os artigos 340, 344 e 364, em matéria de filiação. Tornou-se ampla e irrestrita a possibilidade investigatória da verdadeira paternidade biológica, que prevalece sobre a verdade jurídica (três estágios na filiação: verdade jurídica – verdade biológica – verdade sócio afetiva). Destarte não há que opor obstáculos legais superados à demanda negatória de paternidade proposta pelo pai contra o filho matrimonial. Da mesma forma, não podem persistir os prazos exíguos

³ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 215.247, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 06.12.1999. Decisão retirada do CD-ROM Juris Síntese Millennium, ano 6, n. 35, mai./jun. 2002, Editora Síntese, no dia 31 de agosto de 2002.

⁴ Tribunal de Justiça do Acre. AC n. 505/95, Relatora Desembargadora Miracele Lopes. Julgado em 11/12/1995. Decisão retirada do CD-ROM Juris Síntese Millennium, ano 6, n. 35, mai./jun. 2002 - Editora Síntese, no dia 31 de agosto de 2002.

de decadência contemplados no artigo 178, § 3º e 4º, inciso I, do Código Civil.⁵
(grifo do autor)

Outrossim, fica claro que os Tribunais brasileiros ainda utilizam a posse do estado de filho como prova subsidiária para o estabelecimento da filiação, não a utilizando, portanto, como prova autônoma e suficiente para determinar a paternidade:

AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE PROCEDENTE - Provado o relacionamento sexual exclusivo da mãe da investigante com o investigado durante o período da concepção, pouco importa tenha ela se relacionado com outro ou com outros homens antes ou depois daquele período. Rejeição da *exceptio plurium concubentium*. Influência da cor da pele na determinação da paternidade. - Indícios resultantes da posse de estado e da conduta do investigado. Efeitos da coisa julgada que afastou a paternidade de terceiro sobre a investigante, em processo anterior, desconstituindo o respectivo registro. O direito aos frutos se conta a partir da intimação da sentença de procedência, e não da citação. Naquela data e que termina a posse de boa-fé do herdeiro aparente. Aplicação do art. 510 do Código Civil (LACERDA, 2000. p. 27). (grifo nosso)

Desta decisão, vale ressaltar um trecho do voto do Relator Desembargador Galeno Lacerda, no qual se observa a presença dos dois principais elementos da noção de posse de estado de filho considerados por grande parte da doutrina, quais sejam, o trato e a fama:

Além da festa do casamento, o investigado, no nível fora da família e da alta sociedade, sempre atribuiu à autora status de filha: deu-lhe educação, pagou-lhe pensão para estudar, vestuário, presenteou-a com imóvel valioso, e não ocultou o fato a inúmeras pessoas, inclusive a A.M.L., Diretor do Patronato, que declara que a paternidade de X em relação à autora era fato notório (fls. 165v.). Aliás, dado que impressiona parença entre ambos, como se evidencia da foto de fls. 29, quando a conduzia ao altar. Foi, além disto, padrinho da filha da autora, junto com Y, como verdadeiros avós, (fl. 9), e a A., na verdade, sempre o tratou como pai, tomando-lhe a benção, como depõem as testemunhas.

Existem decisões recentes em nossos Tribunais que revelam um novo tratamento para a filiação, valorizando a verdade sócio-afetiva até mais do que a verdade biológica, como na Apelação Cível nº 70002016038, da 8ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que teve como Relator o Desembargador Rui Portanova. Julgado em 08/03/2001:

Ação para Anular Registro de Nascimento. Legitimidade ativa. Verdade formal, verdade material e verdade sócio-afetiva. Gratuidade judiciária e execução da sucumbência. O filho do de cujus tem legitimidade para anular registro de nascimento feito por seu pai, o qual entende falso. O de cujus teve muito tempo para renegar a sua paternidade. Tinha muitos meios de prova que não era pai. Contudo, preferiu viver como verdadeiro pai. Assumiu e se responsabilizou, sem ligar para o que a ciência genética poderia dizer. Um

⁵ Julgado em 07/12/95. Decisão retirada do CD-ROM Juris Síntese Millennium, ano 6, n. 35, mai./jun. 2002 - Editora Síntese, no dia 31 de agosto de 2002.

registro de nascimento deve atentar mais para a verdade sócio-afetiva do que para a verdade biológica. A execução da sucumbência, havendo o benefício da gratuidade judiciária, deve ficar suspensa. Rejeitadas as preliminares, deram provimento ao apelo⁶.(grifo do autor).

Nesta decisão o filho ajuizou uma ação de anulação de registro civil, mas, entendendo os julgadores que, em vida, o pai que o registrou sempre o tratou como filho mesmo sabendo da verdade biológica, fizeram prevalecer no registro de nascimento a verdade socioafetiva sobre a verdade biológica.

Para reforçar, vale ressaltar o Agravo de Instrumento n. 599296654, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que teve como Relator o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 18 de agosto de 1999:

Filiação. Filho adulterino “a matre” registrado pelo marido da mãe. Possibilidade de terceiro vindicar a condição de pai. Paternidade jurídica. Paternidade Biológica. Paternidade sócio-afetiva. 1. A Lei n. 8560/92, ao remover qualquer restrição para o reconhecimento de filhos extramatrimoniais pelos respectivos pais, assegura-lhes o interesse jurídico para eventual demanda que tenha essa finalidade. Em decorrência, tanto o pai quanto a mãe têm legitimidade para postular em nome próprio, em ação que visa à vindicação de paternidade ou maternidade. 2. A despeito da ausência de regulamentação em nosso direito quanto a paternidade sociológica, a partir dos princípios constitucionais de proteção à criança (art. 227, CF), assim como da doutrina da integral proteção consagrada na Lei n. 8069/90 (especialmente nos arts. 4º e 6º), é possível extrair os fundamentos que, em nosso direito, conduzem ao reconhecimento da paternidade sócio-afetiva, revelada pela “posse do estado de filho”, como geradora de efeitos jurídicos capazes de definir a filiação. 3. Entretanto, o pedido formulado na ação não tem esse conteúdo, mas visa, modo exclusivo, desconstituir o registro de nascimento da menor, sem atribuição de paternidade ao autor/agravado. assim, dada a forma equivocada como foi posta a pretensão, não ostenta o autor legítimo interesse para a demanda. A desconstituição do registro seria mera decorrência da atribuição da paternidade ao autor/agravado. Porém, como esta não consta do pedido - e não poderia a sentença ir além do postulado – resta o autor órfão de interesse legítimo para propor a demanda nos termos em que foi formulada, a qual, se procedente, traria como conseqüência, simplesmente, a circunstância de que a menor ficaria sem qualquer paternidade reconhecida, o que não pode ser admitido, até em consideração aos superiores interesses da criança. Deram provimento⁷. (grifo do autor).

Nesta decisão, o julgador utilizou-se dos fundamentos extraídos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como da Constituição da República que levam ao reconhecimento da paternidade socioafetiva.

⁶ Apelação Cível nº 70002016038, 8ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Rui Portanova. Julgado em 08/03/2001. Decisão retirada do site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Internet: www.tj.rs.gov.br, no dia 31 de agosto de 2002.

⁷ Agravo de Instrumento n. 599296654, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 18/08/99. Decisão retirada do site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Internet: www.tj.rs.gov.br, no dia 31 de agosto de 2002.

Destacamos também uma decisão datada de 13 de setembro de 2006, expedida pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como Relatora a Desembargadora Maria Berenice Dias, onde fica claramente demonstrado que o vínculo afetivo se sobrepõe ao vínculo biológico:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DA **FILIAÇÃO SOCIO AFETIVA**. Se comprovada a **filiação sócio afetiva**, a despeito da inexistência do vínculo biológico, prevalece a primeira em relação à segunda. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável, e a anulação do registro depende da plena demonstração de algum vício do ato jurídico, inexistente no caso concreto. REJEITADA A PRELIMINAR, E NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.⁸

No tocante a filiação socioafetiva e o direito à pensão por morte, temos decisões importantes, embora ainda o tema:

PENSÃO POR MORTE. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. É devida a pensão por morte à filha socioafetiva ou de criação, assim considerada, a que, tendo pais biológicos desconhecidos, foi criada desde tenra idade pelo segurado como se fora sua filha. FILHO MAIOR INVÁLIDO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. É presumida a dependência econômica do filho que, apesar da maioridade, é inválido. (TRF-4 - APELREEX: 1769 RS 2008.71.99.001769-5, Relator: RÔMULO PIZZOLATTI, Data de Julgamento: 09/12/2008, QUINTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 07/01/2009)

Note que decisões em contrário também existem:

AÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. FILHA DE CRIAÇÃO. CRITÉRIO JURÍDICO. PROVIMENTO. 1. Trata-se de ação rescisória ajuizada pela União Federal com fundamento no art. 485, inciso V, do CPC, objetivando desconstituir o v. acórdão proferido pela Sétima Turma Especializada desta Eg. Corte, o qual, por unanimidade, deu provimento à apelação da ora ré, habilitando-a à pensão por morte, na qualidade de “filha de criação” de ex-militar. 2. Há violação frontal a dispositivo de lei. O art. 7º, II, da Lei nº 3.765/60, se referia a filhos de qualquer condição, mas obviamente o conceito é um conceito jurídico, não um conceito fático. Atualmente, quando se fala em matéria de filiação socioafetiva, faz-se necessário que a mesma seja, em algum momento, formalizada. Esse momento se dará, exatamente, através de uma ação declaratória de filiação, que poderá vir a ser ajuizada ou não. 3. No precedente utilizado no acórdão rescindendo, a filha era filha jurídica, não uma mera filha de criação. O vínculo pode não ser biológico. Obviamente, nós temos vários exemplos hoje de situações de filiação e paternidade que não decorrem do vínculo biológico. Mas é preciso que haja o critério jurídico de estabelecimento dessa paternidade e filiação, o que não se deu no caso em apreço. 4. Pedido rescisório julgado procedente. (TRF-2 - AR: 201102010023490, Relator: Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, Data de Julgamento: 18/04/2013, TERCEIRA SEÇÃO ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 10/05/2013)

⁸ Apelação Cível n. 70014859938, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 13/09/2006. Internet: www.tj.rs.gov.br, no dia 27 de setembro de 2006.

De acordo com estas noções que nossos Tribunais vem assumindo, apesar de decisões em contrário conforme demonstrado anteriormente, o estado de posse de filho, advindo da filiação socioafetiva, deve ganhar um novo status em nosso ordenamento jurídico, pois, o Direito de Família vem tendo um novo caminho no que diz respeito à filiação e à paternidade, onde a verdade socioafetiva vem se sobrepor à verdade biológica.

6 PREVIDÊNCIA SOCIAL

Dentro de tudo que foi estudado até o momento, devemos saber que a Previdência Social, instituição pública, tem por finalidade, através da concessão de benefícios, substituir o ganho habitual do segurado ou de sua família quando o mesmo é atingido por uma das contingências sociais.

A Previdência Social desempenha papel fundamental no seio da família brasileira, pois a ampara e oferece segurança quando um de seus membros perde a capacidade laborativa, em decorrência de doença, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, reclusão ou morte.

Destarte, para alcançar esse objetivo, o Estado lança mão da Seguridade Social, um conjunto de medidas que visam oferecer ao ser humano uma segurança, contra os riscos que ameaçam a tranquilidade e o futuro de cada cidadão.

6.1 Seguridade Social

Através do próprio termo, Seguridade Social, já é possível perceber a importância e dimensão do seu significado.

A Seguridade Social tem a função de assegurar certa proteção à sociedade e proporcionar meios ao cidadão de se liberar da insegurança e do medo cotidiano.

Os dois princípios que fundamentam a Seguridade Social são: princípio da solidariedade e princípio da universalidade. Solidariedade significa que todo cidadão tem o dever de oferecer sua contribuição, bem como receber benefícios, de acordo com sua capacidade e necessidade, ou seja, aqueles que estão com saúde, vigor, capacidade, laboram e contribuem com o propósito de formar caixa que possibilite a concessão de benefícios àqueles que já não mais possuem saúde ou atingiram idade avançada.

Já Universalidade significa que o direito à proteção social é universal, ou seja, deve ser estendida a toda população, indistintamente, cabendo ao Estado garantir essa segurança com eficiência e qualidade, o que ajuda na fundamentação para garantir ao filho socioafetivo o acesso ao benefício da pensão em decorrência de quem o criou como se pai/mãe fosse.

Segundo Celso Barroso Leite, a seguridade social deve ser entendida da seguinte forma:

A seguridade social deve ser entendida e conceituada como o conjunto das medidas com as quais o Estado, agente da sociedade, procura atender à necessidade que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranquilidade quanto ao dia de amanhã.

No mesmo sentido, Sergio Pinto Martins a conceitua como:

Um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A Seguridade Social surgiu em resposta aos anseios da sociedade que buscava um conjunto de normas e regras que garantisse um mínimo de dignidade humana. Esse clamor se efetivou com a Constituição Federal de 1988, quando os constituintes incluíram um capítulo específico sobre Seguridade Social, representado pelos arts. 194 a 200. É um direito social garantido no art. 6º da Constituição Federal de 1988. Esse conjunto de normas trouxe esperança de maior justiça social, bem-estar e melhoria da qualidade de vida dos brasileiros.

6.2 Da Previdência Social

A Previdência Social é um dos programas da Seguridade Social que tem por função garantir a renda do trabalhador e de sua família quando este é atingido por um dos riscos sociais, tais como: velhice, invalidez ou morte. Ameniza as sequelas das contingências previstas em lei.

Carlos Alberto Pereira de Castro assim define a Previdência Social:

O sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardados quanto a evento de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente do trabalho, desemprego involuntário), ou outros que lei considera que exijam um amparo financeiro ao indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestação pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços [...].

A Previdência Social, então, desempenha um papel fundamental na proteção de cada cidadão, bem como de sua família. Assegura ao contribuinte ou a seus dependentes, com base no princípio da solidariedade, benefícios ou serviços, quando está impossibilitado de exercer suas atividades laborais ou quando é atingido pelo evento de morte.

Este sistema está fundamentado no art. 201 da nossa Carta Magna de 1988 e é custeado, principalmente pelas contribuições dos trabalhadores que estão na ativa. Contribuições transformam-se em benefícios, limitados a um teto máximo.

O interessado para ser protegido pela Previdência Social necessita contribuir mensalmente a fim de reunir recursos para, futuramente, quando for atingido por um dos riscos sociais, pleitear um benefício para ele próprio ou para sua família, segundo assevera o art. 1º da Lei n. 8.213/91.

Ao conceder um benefício ao segurado ou aos seus dependentes, está contribuindo para que o Estado cumpra sua obrigatoriedade em redistribuir renda e oferecer uma vida digna ao ser humano. Nas palavras de Sérgio Pinto Martins:

É eficiente meio de que se serve o Estado moderno na redistribuição da riqueza nacional, visando o bem-estar do indivíduo e da coletividade, prestado, por intermédio das aposentadorias, como forma de reciclagem da mão-de-obra e oferta de novos empregos [...].

7 PENSÃO POR MORTE E O ESTADO DE POSSE DE FILHO

A pensão por morte, juntamente com a aposentadoria constituem os mais importantes benefícios em um sistema de previdência, tanto que, a instituição de regime próprio de previdência pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obrigatoriamente, devem assegurar, pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no art. 40 da CF, também expresso no § 3º, art. 12, do Decreto n. 3.048/99.

A pensão é exclusivamente voltada para o amparo da família que perde o seu mantenedor em virtude do evento morte. É um benefício tipicamente familiar, destinado ao sustento dos dependentes do segurado, garantido a continuidade, sem surpresa pela falta de recursos para o sustento. Contribui para o desenvolvimento do ser humano dentro da sociedade familiar.

Neste sentido, a filiação socioafetiva deve ser protegida de igual forma há proteção em relação ao filho biológico (menor de 21 anos e inválido) e, ainda, aqueles e aquelas que comprovam união estável.

A Pensão por morte tem papel fundamental na proteção social, pois ameniza a exclusão social, sendo que, em muitos casos, é a única renda que os dependentes possuem para sobreviver.

Trata-se de proteção estabelecida no art. 201, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que define ser responsabilidade da Previdência Social, mediante contribuição.

A pensão por morte é definida por Sérgio Pinto Martins como “o benefício previdenciário pago aos dependentes em decorrência do falecimento do segurado. Em sentido amplo, pensão é uma renda paga a certa pessoa durante toda a sua vida”.

A razão de ser da pensão é amparar os dependentes do segurado falecido para que estes tenham condições de se manterem. A pensão será concedida não apenas quando ocorrer a morte real, natural do segurado (cessação definitiva de todas as funções de

um organismo vivo), mas também, quando ocorrer a morte presumida nos casos de desaparecimento do segurado em catástrofe, acidente ou desastre.

A filiação socioafetiva deve ser vista na pensão por morte tal qual aquela concedida aos filhos biológicos.

7.1 Requisitos para concessão da pensão por morte

Os requisitos para concessão do benefício da pensão por morte aos dependentes estão elencados no art. 74 da Lei n. 8.213/91, que implica a existência de dependentes e a condição de segurado do de cujus:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste; (Redação pela Lei nº 13.183, de 2015)

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 1º Perde o direito à pensão por morte, após o trânsito em julgado, o condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do segurado. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º Perde o direito à pensão por morte o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial no qual será assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

Importante destacar, ainda, o art. 77, que cuida do rateio e condições gerais:

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará: (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

I - pela morte do pensionista; (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

IV - para filho ou irmão que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, pelo afastamento da deficiência, nos termos do regulamento; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015) (Vigência)

V - para cônjuge ou companheiro: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas "b" e "c"; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º - A. Serão aplicados, conforme o caso, a regra contida na alínea “a” ou os prazos previstos na alínea “c”, ambas do inciso V do § 2º, se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º - B. Após o transcurso de pelo menos 3 (três) anos e desde que nesse período se verifique o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira ao nascer, poderão ser fixadas, em números inteiros, novas idades para os fins previstos na alínea “c” do inciso V do § 2º, em ato do Ministro de Estado da Previdência Social, limitado o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 3º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão extinguir-se-á. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 5º O tempo de contribuição a Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) será considerado na contagem das 18 (dezoito) contribuições mensais de que tratam as alíneas “b” e “c” do inciso V do § 2º (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015).

§ 6º O exercício de atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual, não impede a concessão ou manutenção da parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental ou com deficiência grave. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015).

8 DEPENDENTES

Dependentes são aquelas pessoas que estão sob a guarda, subordinação, dependência do segurado e que usufruirão o benefício pensão por morte quando este for atingido pelo risco social morte. O rol taxativo de dependentes é dividido em três classes, relacionadas no art. 16 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.

Denominam-se dependentes preferenciais os que se situam na primeira classe, ou seja, o cônjuge, o companheiro ou companheira, e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido. Logo, na segunda classe, encontramos os pais e, na terceira, os irmãos não emancipados de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido.

A existência de dependentes na primeira classe exclui o direito às classes seguintes e, assim, sucessivamente. Já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, uma vez comprovada a dependência na condição de companheira, não há que se falar em direitos dos pais que se encontram na segunda classe.

Destarte, a concessão de benefício aos dependentes de uma classe exclui automaticamente os dependentes da classe seguinte. Mesmo que esses dependentes venham perder essa qualidade, como por exemplo, o filho que atingiu a maioridade, não gera direito aos da classe seguinte.

Os dependentes de uma mesma classe concorrem em igualdade de condições, devendo o benefício ser rateado em partes iguais entre os participantes. É esta também a posição da jurisprudência majoritária.

Assim, a dependência econômica das pessoas da primeira classe é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Em razão de acidente de trabalho é concedida a pensão por morte acidentária. O mesmo ocorre se o segurado já recebia aposentadoria por invalidez acidentária. Nos demais casos concedem-se a pensão por morte.

A filiação socioafetiva, por questão de justiça, precisa ser vista como a classe de dependente referente aos filhos, equiparado aos filhos biológicos, pois assim são tratados durante toda a vida.

9 CONCLUSÃO

A evolução da ciência permitiu o surgimento de novas formas, métodos e paradigmas para a geração de vida humana, abalando preceitos arraigados na nossa legislação e forçando uma reformulação do direito.

Ao mesmo tempo, o direito reforça, numa crescente humanização de seus dogmas, o respeito à individualidade e o reconhecimento de valores pertencentes ao patrimônio incorpóreo do indivíduo, tais como o amor próprio, o afeto e a paz de espírito.

Surge daí uma nova percepção quanto ao instituto da filiação, na qual a existência de um vínculo biológico passa a ser apenas mais um dos muitos elementos que compõem o importante e complexo vínculo paterno-filial. O reconhecimento da paternidade socioafetiva leva em conta que o usufruto do afeto gera direitos e deveres recíprocos, que merecem a tutela jurisdicional.

A adoção dessa importante perspectiva sobre os laços parentais vem em boa hora, justamente quando o direito se depara com importantes alterações no cotidiano das pessoas. Vem para solucionar, inclusive, situações conflitantes com as quais a jurisprudência se debate há muitos anos, como a existência das chamadas adoções à brasileira, enquanto reflexo do concubinato e do divórcio.

Trata-se, sem dúvida, de um passo à frente no direito brasileiro, que, além de garantir a plena tutela dos direitos individuais, irá igualar-se ao direito de outros países. Como toda a mudança, encontra e encontrará abalizada a resistência.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 alterou e ampliou significativamente o conceito de família, valorizando a afetividade e, desta forma, igualando a filiação, proibindo qualquer forma de discriminação, faz-se necessário a utilização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do princípio da prevalência do interesse da criança, advindo do estatuto da Criança e do Adolescente para as respostas que envolvem o estado de filho na relação familiar.

Logo, a paternidade socioafetiva utilizar-se-á da noção de posse de estado de filho em nosso ordenamento jurídico que, uma vez fundamentada nos laços de afeto entre pais e filhos, proporciona um equilíbrio para as verdades da filiação: jurídica, biológica e socioafetiva.

Assim, as situações conflitantes relacionadas à concessão do benefício previdenciário de pensão por morte aos filhos socioafetivo constituem-se numa seara judicial fértil e produtiva com grande possibilidade de ver alcançada a proteção do Judiciário.

Dentre as situações que podem constituir-se em lides a serem resolvidas sob a proteção do Judiciário, identificam a qualidade do segurado, a idade limite dos filhos para recebimento, dentre outras, porém, ainda são raros os julgados envolvendo estado de posse de filho.

De toda sorte, as nuances do Direito Previdenciário estão se tornando cada vez mais uma seara fértil para demandas judiciais. O sofrido trabalhador brasileiro e, em especial, os seus dependentes, deveriam ter seus direitos garantidos já no pleito administrativo, porém, se isso lhes for negado, cabe ao Poder Judiciário lhe dar essa proteção.

10 REFERÊNCIAS

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho - paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **Jurisprudência Previdenciária**. São Paulo: LTr, 2003.

DIAS, Maria Berenice. As famílias de hoje. **Revista Jurídica do Curso de Direito da UNOESC**, n. 2, p. 50, 2001.

- DIAS, Maria Berenice. **Filiação e Paternidade**: Quem é o pai?. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br>.
- FACHIM, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN DIAS, Eliotério; NASCIMENTO, Claudete Coutinho. Pensão por morte: aspectos materiais, processuais e jurisprudência dominante. **Âmbito Jurídico**, v. 14, n. 90, jul. 2011.
- FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LACERDA, Galeno. **Direito de família**: ações de paternidade (casos selecionados). Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. I.
- MAIDANA, Jédison Ronei Daltrozo. O Fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 24, p. 50-79, 2004.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2004.
- NETO, Francisco Bruno. **Constituição Federal academicamente explicada**. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 6. ed. atual. São Paulo: Forense, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família**: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Cidadania**. O Novo CC Bea Vacatio Legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2002.
- PEREIRA, Sérgio G. Algumas considerações sobre a nova adoção. **Revista dos Tribunais**, n. 682, ago. 1992.
- RAMALHO, Marcos de Queiroz. A pensão por morte no Regime Geral de Previdência Social. São Paulo: LTr, 2006.
- RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al. **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DE FAMÍLIA. **A Repersonalização da Família**. 24. ed. Belo Horizonte: Síntese, jun.-jul. 2004.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2005.
- VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.
- VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 21, p. 400-418, 1979.

O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: as mudanças normativas e a evolução do conceito de deficiência

William Gustavo de Oliveira Avelar¹

Resumo: O presente estudo propõe-se a pesquisar, a evolução histórica do conceito de deficiência para acesso ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada à Pessoa com Deficiência. Não se pretende adentrar em todos os requisitos necessários à concessão do benefício assistencial de prestação continuada devido à pessoa com deficiência, mas sim expor brevemente algumas considerações a respeito desse benefício e explorar as mudanças normativas que implicaram em modificações no conceito de deficiência a ele aplicado. Embora se vá tecer algumas considerações a respeito do referido benefício e suas mudanças normativas, o ponto principal da presente pesquisa serão as mudanças ocorridas no conceito de deficiência e seus reflexos na proteção social ao deficiente. Foram utilizados os métodos histórico, dialético e comparativo, com enfoque no estudo da doutrina e da legislação pertinentes ao tema.

Palavras-Chaves: Benefício de Prestação Continuada. Pessoa com deficiência. Evolução legislativa. Conceito de deficiência. Proteção ao deficiente.

Abstract: The present study proposes to investigate the historical evolution of the concept of disability for access to the Benefit Assistance of Continuing Care for the Person with Disabilities. It is not intended to go into all the necessary requirements for the granting of the continuing care benefit due to the disabled person, but rather to briefly present some considerations about this benefit and to explore the normative changes that imply changes in the concept of disability applied to it. Although some considerations about this benefit and its normative changes will be made, the main point of the present research will be the changes occurred in the concept of disability and its reflexes in the social protection to the disabled. Historical, dialectical and comparative methods were used, focusing on the study of doctrine and legislation pertinent to the theme.

Keywords: Continuous Benefit. Disabled person. Legislative evolution. Concept of disability. Protection for the disabled.

¹ Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC. Advogado.
E-mail: william.avelar@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9856290737834731>.
Professora-orientadora: Melissa Folmann. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6111699808278499>.

1 INTRODUÇÃO

O art. 203, caput e inciso V, da Constituição Federal de 1988 prescreve o benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência, entretanto o texto constitucional não definiu quem seriam as denominadas pessoas com deficiência.

O benefício de prestação continuada é o principal benefício da Assistência Social brasileira, assim, independe de filiação ou contribuição à Previdência Social, conforme caput do art. 203, da Constituição Federal. Entretanto, esse benefício assistencial é devido à pessoa idosa ou com deficiência que comprove não possuir meios de prover sua própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família.

Referida proteção constitucional foi regulamentada pela Lei n. 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto n. 1.744/1995, posteriormente sofrendo alterações normativas.

Referidas alterações normativas implicaram na modificação do conceito de deficiência, sendo a última instituída pela Lei n. 13.146/2015, a qual aprimorou o conceito de deficiência previsto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como as inovações trazidas pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF).

Constata-se certa dificuldade de assimilação do novo conceito de pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, vez que se trata de conceito genérico e em evolução, podendo gerar risco de violação ao princípio da isonomia e de geração de efeitos contrários à proteção do deficiente, conforme interpretação aplicada ao caso concreto.

2 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - BREVES CONSIDERAÇÕES

O art. 203, inciso V, da Constituição Federal prescreve o direito dos idosos e das pessoas com deficiência ao benefício assistencial, mensal, aos necessitados, conforme transcrição abaixo:

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.

Para Fábio Zambitte Ibrahim (2015) referido benefício decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, vez que é a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não tenham condições de prover o

próprio sustento ou tê-lo provido pela família, ou seja, garante o mínimo existencial ao ser humano.

Nesse sentido é a transcrição a seguir:

A LOAS define que a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. (CASTRO; LAZZARI, 2016, p. 866)

Importante ainda destacar o entendimento de José Antônio Savaris (2016, p. 533): “Quando se fala em Assistência Social, deve-se ter em mente a ideia de destinatários carentes que buscam o mínimo social”.

O benefício assistencial, previsto no dispositivo constitucional retro mencionado, foi regulado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei n. 8.742/1993, especificamente através de seus arts. 20, 21 e 21-A.

Conforme se extrai dos dispositivos citados acima, o benefício de prestação continuada possui os seguintes requisitos: ser pessoa idosa; ser considerada deficiente para fins de benefício assistencial; e se encontrar em situação de carência econômica, ou seja, não possuir meios de prover o próprio sustento ou tê-lo provido por sua família.

Há ainda que esclarecer que, além desses requisitos, o cidadão:

[...] não pode possuir outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, salvo o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória, bem como remuneração advinda de contrato de aprendizagem (CASTRO; LAZZARI, 2016, p. 866).

Assim, o benefício assistencial de prestação continuada é um benefício não contributivo, ou seja, que independe de contribuição, cuja renda mensal é de um salário mínimo, sem gratificação natalina, conhecida como décimo terceiro salário. Para acesso a esse benefício a pessoas tem que ser considerada idosa ou deficiente perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro e demonstra a ausência de meios, inclusive familiares, de prover o seu sustento. A concessão desse benefício somente pode ser cumulada com assistência médica, pensão especial de natureza indenizatória e bolsa decorrente de contrato de aprendizagem.

José Antônio Savaris afirma que o art. 20 da Lei n. 8.213/1993 respondeu a três questões fundamentais, quais sejam:

1) Qual é o idoso quem tem direito ao benefício?; 2) O que se entende por pessoa com deficiência?; e 3) Quando se considera que a família não tem condições de prover a manutenção do idoso ou da pessoa com deficiência? (SAVARIS, 2016, p. 534)

Embora o benefício assistencial de prestação continuada possua vários requisitos, o presente estudo se concentrará na segunda questão transcrita acima, ou seja, se concentrará no conceito de pessoa com deficiência para acesso a tal benefício.

3 AS MUDANÇAS NORMATIVAS E A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA

Inicialmente há que se ressaltar a importância do princípio da isonomia na tutela do deficiente, princípio esse que é muito bem exposto no trecho a seguir:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 determina que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e que “todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação”. Nesse prisma, a Constituição da República impõe a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (SOARES, 2015, p. 141).

A Seguridade Social é constituída pela Assistência Social, Saúde e Previdência. Wagner Balera entende que as prestações da Seguridade Social é direito subjetivo das pessoas que não conseguem prover o próprio sustento e “é necessário que a norma atribua ao titular do direito o poder de exigir do obrigado a prestação que lhe é devida” (BALERA, 2010, p. 144). Diante disso, tendo em vista a evolução do conceito de deficiência e sua complexidade, é indispensável a fixação de alguns critérios objetivos para a identificação dos titulares dos direitos garantidos às pessoas com deficiência, viabilizando a exigência e fruição dos respectivos direitos.

Conforme exposto anteriormente, o art. 203, inciso V, da Constituição Federal estabeleceu a proteção assistencial continuada ao deficiente, entretanto não definiu ou conceituou quem seriam essas pessoas.

Após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi aprovada a Lei n. 7.853, em 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Entretanto, referida lei não trouxe, em seu texto normativo, a informação de quem eram as pessoas portadoras de deficiência por ela tuteladas, ou seja, não estabeleceu o seu conceito.

Referido conceito foi regulamentado através do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742/1993, o qual estabeleceu que a pessoa com deficiência é a pessoa incapaz para o trabalho e para a vida independente.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) aplicava o referido conceito de forma restritiva, ou seja, considerando apenas a visão médica, sem qualquer consideração ao meio social em que o requerente está inserido. Nesse sentido se posicionou a Procuradoria Federal Especializada Junto ao INSS, conforme trecho a seguir:

[...] a análise da deficiência partia de uma visão estritamente médica e, portanto, unidimensional dos problemas que afligiam os requerentes do

amparo social. No exame pericial médico, não eram avaliadas as condições pessoais ou sociais que pudessem exacerbar as dificuldades daqueles que possuísssem deficiências físicas, psíquicas, mentais, intelectuais ou sensoriais [...] é de se ponderar que a visão médica preponderante na autarquia previdenciária relativamente à constatação de uma incapacidade para a vida independente era bem mais restritiva do que a da incapacidade para o labor, sendo guiada pela impossibilidade de realização de atividades de autocuidado, tais como higiene pessoal, autonomia para vestir-se e andar, etc. Daí, naturalmente, a incapacidade para a vida independente pressupunha uma incapacidade para o labor, não sendo necessariamente verdadeira a recíproca. (PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSS, 2012, p. 16-17)

Além disso, o Instituto Nacional do Seguro Social aplica o referido conceito de forma cumulativa, ou seja, a incapacidade tem que ser tanto para o trabalho como para a vida independente. Entretanto, o entendimento jurisprudencial se firmou no sentido da inaplicabilidade cumulativa dos requisitos de incapacidade para vida independente e para o trabalho, vez que “deveria ser compreendida como impossibilidade de o indivíduo prover o próprio sustento, sendo desnecessária a demonstração de incapacidade para os atos do cotidiano.” (SAVARIS, 2016, p. 536). Pacificando o entendimento jurisprudencial, foi editada a Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais unificando o entendimento que:

Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilidade de prover ao próprio sustento.

Conclui-se, portanto, que o conceito de deficiência, para efeitos de concessão do BPC/LOAS, era mais atrelado ao conceito de incapacidade laboral, do que ao conceito de vida independente.

O Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a já mencionada Lei n. 7.853/1989, prescreveu em seu art. 4º, que era considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadrasse nas categorias de deficiência física, auditiva ou visual. Essa norma visou uma maior integração social acabou criando uma ilegalidade, vez que o conceito de deficiência previsto na redação originária da Lei Orgânica da Assistência Social ainda era ligado à incapacidade laboral, o que causou uma restrição na proteção ao deficiente, pois não seriam consideradas deficientes as pessoas cuja incapacidade decorresse de categorias diversas das elencadas no Decreto.

Posteriormente, referido dispositivo foi alterado pelo Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004, de forma ampliar as categorias de deficiência, as quais passaram a ser física, auditiva, visual, mental e múltipla, conforme transcrição a seguir:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

a) comunicação;

b) cuidado pessoal;

c) habilidades sociais;

d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2004)

e) saúde e segurança;

f) habilidades acadêmicas;

g) lazer; e

h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Embora esse Decreto tenha ampliado o rol de categorias a ensejarem a caracterização da deficiência, ainda dificulta a concessão do benefício de prestação continuada, vez que o conceito legal de deficiência ainda exigia a existência de incapacidade laboral, independentemente da natureza ou categoria patológica que a ensejou.

O estabelecimento de categorias par fins de enquadramento da pessoa como deficiente cria requisito não previsto em lei, fato que viola a proteção legal e o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF/1988. Assim, mesmo o Decreto nº 5.296/2004 padece de inconstitucionalidade e ilegalidade, vez que restringe a proteção social ao deficiente.

Para Adriano Mauss e Alexandre Shumacher Triches (2016), o conceito de deficiência sofreu significativa alteração pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), emitida pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

A Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Limitações (ICIDH), teve sua primeira publicação pela Organização Mundial da Saúde, a título de experiência, em 1980. Em 22 de maio de 2001, após estudos de campo sistemáticos e consultas internacionais, a 54ª Assembleia Mundial de Saúde, principal órgão decisório da OMS,

aprovou a segunda edição da Classificação Internacional da Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, denominada CIF, através da resolução WHA 54.21, para utilização internacional.

Com a aprovação dessa segunda edição, a CIF veio ganhando reconhecimento e aplicação mundial.

A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) proporciona uma comunicação unificada e padronizada, bem como uma forma de desenvolvimento do trabalho para a descrição da saúde e de estados relacionados com a saúde.

As condições de saúde são classificadas, principalmente, na Classificação Internacional de Doenças, Décima Revisão, conhecida como CID-10, a qual proporciona um “diagnóstico” de doenças, perturbações ou outras condições de saúde. Já a funcionalidade e a incapacidade, correlacionadas às condições de saúde, são classificadas pela CIF. Assim, tanto a CID-10 quanto a CIF se complementam, devendo ser utilizadas em conjunto.

João Marcelino Soares, ao expor sobre a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, afirma que:

Entende-se que as funções mentais e as estruturas do corpo não são suficientes para a identificação de uma deficiência. É preciso, além disso, verificar os chamados fatores contextuais, divididos em:

a) fatores pessoais [...]

b) fatores ambientais [...] (SOARES, 2015, p. 144).

Complementando o exposto, Adriano Mauss e Alexandre Shumacher Triches (2016) entendem que a principal mudança ocorrida através da CIF foi a apresentação de outros elementos relacionados ao estado de saúde, em sentido amplo, que mudam o enfoque na caracterização de incapacidade e deficiência.

Ainda segundo os referidos doutrinadores, com a CIF o eixo de avaliação se desloca da doença para analisar a saúde, ampliando a proteção social.

Enfim, sinteticamente, a CIF propõe uma análise de deficiência por meio de uma interação dinâmica de diversos fatores que ampliam e melhoram o conceito de deficiência, deslocando a análise, antes exclusivamente médica, para uma análise médica e social, bem como quebra a vinculação do conceito de deficiência à incapacidade para o trabalho.

Mesmo com essa inovação, o Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, que regulamenta o benefício assistência de prestação continuada, manteve o mesmo conceito de pessoa com deficiência previsto na redação originária do art. 20,

§ 2º da LOAS, isto é, manteve a vinculação da deficiência à incapacidade laboral. Entretanto, inovou ao prescrever, em seu art. 16, que a avaliação da deficiência e do grau de incapacidade deverá ocorrer de acordo com a CIF, conforme segue:

Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no 54.21, aprovada pela 54ª Assembléia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001.

Ocorre que, embora haja uma melhora na proteção ao deficiente, com a referida previsão normativa de aplicação da metodologia de análise da deficiência e do grau de incapacidade trazida pela CIF, tal evolução não ocorreu imediatamente, vez que o art. 50, do referido Decreto, estabeleceu prazo até 31 de julho de 2008, para que o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, bem como o INSS implementassem tal metodologia de avaliação.

Em 12 de setembro de 2008, foi aprovado o Decreto n. 6.564 alterando o regulamento do benefício de prestação continuada. Dentre as mencionadas alterações, ressalta-se a dilação do prazo citado anteriormente para que Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, bem como o INSS implantasse a metodologia de análise da deficiência e do grau de incapacidade contida na CIF, passado a data limite para 31 de maio de 2009.

Assim, a grande evolução positivada no art. 16 do Regulamento do Benefício de Prestação Continuada não refletiu na pronta e efetiva proteção do deficiente devido à fixação de prazo, posteriormente dilatado, para implementação da novel sistemática de avaliação da deficiência.

A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, adotados pela ONU, foi assinada em Nova Iorque em 30 de março de 2007. Entretanto, somente em 9 de julho de 2008, por meio do Decreto Legislativo nº 186, o Congresso Nacional aprovou, com força de emenda constitucional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, posteriormente promulgados através do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009.

Referida Convenção, na alínea “e)” de seu preâmbulo, reconheceu que o conceito de deficiência está em evolução e que a deficiência resulta da condição médica da pessoa em interação com barreiras que impedem a plena e efetiva participação isonômica com as demais pessoas.

Em seu art. 1º prescreveu que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Como se percebe, referida convenção acrescentou ao conceito de deficiência, o requisito de “impedimento de longo prazo”, bem como a necessidade de análise social, inicialmente proposta pela CIF. Também, não se pode deixar de perceber a ampliação do conceito de deficiência e, principalmente a sua desvinculação da incapacidade para o trabalho.

Essa foi a primeira norma adotada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro a integrar a tornar efetiva a evolução do conceito de deficiência inicialmente trazido pela CIF.

Giza-se que referida norma tem força constitucional perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro, vez que foi aprovada nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, conforme segue:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, o conceito de deficiência, previsto na a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, tem força de constitucional e supera o conceito até então estabelecido na Lei n. 8.742/1993, fortalecendo a proteção ao deficiente e consolidando as evoluções ocorridas ao longo do tempo, embora tenha acrescentado requisito subjetivo de “impedimento de longo prazo”.

O Decreto Legislativo n. 186 foi publicado em 10 de julho de 2008, entretanto o Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009 considerou que a Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo entrou em vigor para o Brasil em 31 de agosto de 2008, e somente no plano externo. Já o seu art. 3º, prescreveu que no plano interno entrou em vigor em 26 de agosto de 2009, data da publicação do Decreto nº 6.949/2009.

Ocorre que o art. 5º, § 1º, da CF/1988 prescreve que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A proteção ao deficiente é um direito fundamental de segunda geração, vez que está contido no campo dos direitos sociais.

Assim, a Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo efetivamente entraram em vigor para o Brasil, tanto no plano externo quanto no plano interno, em 10 de julho de 2008, data da publicação do Decreto Legislativo nº 186.

Em 29 de maio de 2009, o INSS emitiu a Portaria Conjunta MDS/INSS nº 1, buscando implementar a CIF, conforme redação vigente do art. 50 do Regulamento do Benefício Assistencial de Prestação Continuada, estabeleceu os instrumentos para avaliar a deficiência, conforme seu art. 2º transcrito a seguir:

Art. 2º Os instrumentos para avaliação da deficiência e do grau de incapacidade destinam-se à utilização pelo assistente social e pelo médico

perito, ambos do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, da seguinte forma:

I - Assistente Social:

a) avaliação social, considerando e qualificando os fatores ambientais por meio dos domínios: produtos e tecnologias; condições de moradia e mudanças ambientais; apoios e relacionamentos; atitudes; serviços, sistemas e políticas.

b) avaliação social considerando e qualificando atividades e participação - parte social, para requerentes com 16 anos de idade ou mais, por meio dos domínios: vida doméstica; relação e interações interpessoais; áreas principais da vida; vida comunitária, social e cívica.

c) avaliação social, considerando e qualificando atividades e participação - parte social, para requerentes menores de 16 anos de idade, por meio dos domínios: relação e interações interpessoais; áreas principais da vida; vida comunitária, social e cívica.

II - Médico-Perito:

a) avaliação médica, considerando e qualificando as funções do corpo por meio dos domínios: funções mentais; funções sensoriais da visão; funções sensoriais da audição; funções sensoriais da voz e da fala; funções do sistema cardiovascular; funções do sistema hematológico; funções do sistema imunológico; funções do sistema respiratório; funções do sistema digestivo; funções dos sistemas metabólico e endócrino; funções geniturinárias; funções neuromusculoesqueléticas e relacionadas ao movimento; funções da pele.

b) avaliação médica, considerando e qualificando atividades e participação - parte médica, por meio dos domínios: aprendizagem e aplicação do conhecimento; tarefas e exigências gerais; comunicação; mobilidade; cuidado pessoal.

Referida portaria foi revogada pela Portaria Conjunta MDS/INSS n. 1, de 24 de maio 2011, a qual buscou melhor adequação ao disposto no Protocolo Facultativo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Esta portaria estabeleceu que a deficiência e o grau de incapacidade devem ser avaliados através dos componentes: fatores ambientais; atividades e participação; funções e estrutura do corpo, conforme art. 1º, § 1º. Tal norma ainda prescreveu que ao assistente social cabe avaliar os “fatores ambientais” e as “atividades e participação” de natureza social; bem como que ao perito médico cabe avaliar as “funções do corpo” e as “atividades e participação” de natureza médica, conforme seu art. 2º.

A Lei n. 12.435, de 6 de julho de 2011, alterou a Lei n. 8.742/93, de forma que o conceito de deficiência passou a ter a terminologia da Convenção da ONU, entretanto, a nova redação não previu os impedimentos de natureza mental para fins de caracterização da pessoa com deficiência, o que a torna inconstitucional, vez que tal vício restringe a proteção garantida pela Constituição Federal de 1988. Referida Lei estabeleceu o conceito de impedimento de longo prazo como sendo “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.”, conforme redação dada ao art. 20, § 2º, II, da Lei n. 8.742/1993.

José Antônio Savaris (2016, p. 537) entende que “esse prazo não pode ser compreendido de maneira absoluta, a ponto de permitir que sejam excluídos da proteção indivíduos

que apresentam impedimentos de que não alcançam, mas se aproximam desse lapso temporal de dois anos.”

Em seguida, buscando sanar o vício constitucional previamente apontado, o referido dispositivo legal foi modificado pela Lei n. 12.470, de 21 de agosto de 2011, fazendo com que o conceito de deficiência voltasse a abranger as pessoas com impedimento de natureza mental, retificando o equívoco cometido na Lei n. 12.435/2011. Cabe destacar que referida Lei modificou o § 2º, do art. 20 da Lei n. 8.742/1993 para constar apenas o conceito de pessoa com deficiência, inserindo o § 10, em tal artigo, para conceituar o impedimento de longo prazo, nos mesmos termos expostos anteriormente.

O Decreto n. 7.612, de 17 de novembro de 2011, que instituiu o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência também reproduziu a definição de pessoa com deficiência trazida pela Convenção da ONU. Na mesma data foi aprovado o Decreto n. 7.617, alterando o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, Decreto n. 6.214/2007, para adequar o conceito de pessoa com deficiência aos termos prescritos na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência.

Para José Antônio Savaris (2016, p. 537) essa definição normativa de pessoa com deficiência “foi reproduzida, em sua essência, pela Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)”, que será melhor abordada adiante.

A Lei Complementar n. 142, de 08 de maio de 2013, que regulamenta a aposentadoria da pessoa com deficiência, também manteve o mesmo conceito de pessoa com deficiência, prescrito na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, conforme prescreve o seu art. 2º. Corroborando a mencionada evolução, inicialmente trazida pela CIF, o art. 4º, da referida Lei, prescreve que a “avaliação será médica e funcional”.

No dia 27 de janeiro de 2014 a Portaria Ministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1 reconheceu os critérios objetivos para a definição do grau de deficiência, prescritos na Lei Complementar n. 142/2013, para fins de concessão da aposentadoria da pessoa com deficiência. Embora tal Portaria tenha sido emitida com enfoque na avaliação do grau de deficiência para fins de aposentadoria por tempo de contribuição do deficiente, acabou por ratificar a importância da associação dos fatores sociais às patologias médicas para avaliação da deficiência, conforme critérios estabelecidos na CIF.

Posteriormente, em 21 de janeiro de 2015, a Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, trouxe diversos dispositivos no mesmo sentido, dentre os quais se destaca o art. 409, § 4º, transcrito abaixo:

Art. 409. Os recursos técnicos utilizados pelo Assistente Social são, entre outros, o parecer social, a pesquisa social, o estudo exploratório dos recursos sociais, a avaliação social da pessoa com deficiência aos requerentes do Benefício de Prestação Continuada - BPC/LOAS, estabelecida pelo Decreto

n° 6.214, de 26 de setembro de 2007, e a avaliação social da pessoa com deficiência em cumprimento ao disciplinado na LC n° 142, de 2013.

§ 4º A avaliação social, em conjunto com a avaliação médica da pessoa com deficiência, consiste num instrumento destinado à caracterização da deficiência, e considerará os fatores ambientais, sociais, pessoais, a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social dos requerentes do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (destaque acrescido).

A Portaria Conjunta INSS/MDS n. 2, de 30 de março de 2015, inspirada na CIF e na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, revogou a Portaria Conjunta MDS/INSS n. 01, de 24 de maio de 2011, conforme art. 13.

A novel portaria estabeleceu em seu art. 2º que a avaliação para caracterização da pessoa com deficiência deverá abordar os Fatores Ambientais; as Funções e Estruturas do Corpo; e as Atividades e Participação. Já os arts. 5º e 6º prescrevem um rol de elementos que o perito social e o perito médico, respectivamente, deverão avaliar para a caracterização da deficiência, conforme segue:

Art. 5º Compete ao Assistente Social avaliar e qualificar os seguintes componentes e domínios da *Avaliação Social*:

I - Fatores Ambientais, por meio dos domínios:

- a) Produtos e Tecnologia;
- b) Condições de Habitabilidade e Mudanças Ambientais;
- c) Apoio e Relacionamentos;
- d) Atitudes; e
- e) Serviços, Sistemas e Políticas;

II - Atividades e Participação, por meio dos domínios:

- a) Vida Doméstica;
- b) Relações e Interações Interpessoais;
- c) Áreas Principais da Vida; e
- d) Vida Comunitária, Social e Cívica, com distintos pontos de corte para análise, detalhados no Anexo III desta Portaria.

Art. 6º Compete ao Perito Médico Previdenciário avaliar e qualificar os seguintes componentes e domínios da avaliação médica, com base na CIF:

I - Funções do Corpo, por meio dos domínios:

- a) Funções Mentais;
- b) Funções Sensoriais da Visão;
- c) Funções Sensoriais da Audição;
- d) Funções Sensoriais Adicionais e Dor;
- e) Funções da Voz e da Fala;
- f) Funções do Sistema Cardiovascular;
- g) Funções do Sistema Hematológico;
- h) Funções do Sistema Imunológico;
- i) Funções do Sistema Respiratório;
- j) Funções do Sistema Digestivo;
- k) Funções do Sistema Metabólico e Endócrino;
- l) Funções Genitúrinárias e Reprodutivas;
- m) Funções Neuromusculares e Relacionadas ao Movimento; e
- n) Funções da Pele e Estruturas Relacionadas;

II - Atividades e Participação, por meio dos domínios:

- a) Aprendizagem e Aplicação de Conhecimento;

- b) Tarefas e Demandas Gerais;
- c) Comunicação;
- d) Mobilidade; e
- e) Cuidado Pessoal, com distintos pontos de corte para análise, detalhados no Anexo III desta Portaria.

Depreende-se da leitura do art. 7º, III, dessa Portaria Conjunta INSS/MDS n. 02/2015, que até mesmo a aferição de impedimento de longo prazo deve ser analisada à luz das barreiras apontadas pela avaliação social.

Recentemente, foi aprovada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Referido instrumento normativo reafirmou o conceito constitucional de deficiência previamente estabelecido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e trouxe algumas mudanças, as quais ampliam a proteção social. Vejamos a transcrição do referido conceito:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A mudança ocorrida no conceito de deficiência é muito bem identificada e exposta por João Batista Lazzari et al. no trecho a seguir:

A Lei n. 13.146, de 6.7.2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), alterou a expressão “diversas barreiras” por “uma ou mais barreiras” facilitando a concessão do benefício (LAZZARI et al., 2016, p. 431).

A facilitação da concessão do benefício, mencionada acima, decorre da redução da quantidade de barreiras para a identificação da pessoa com deficiência.

Antes era necessário interpretar o termo “diversas”, possibilitando entendimentos diversos entre os agentes atuantes no procedimento de concessão do benefício, sendo que o mais favorável ao requerente seria a constatação de no mínimo duas barreiras para caracterizar a qualidade de deficiente.

Assim, a nova expressão atribuída ao conceito de deficiência, “uma ou mais barreiras”, não só retira o critério subjetivo mencionado anteriormente, como também amplia a proteção social, vez que ainda que seja constatada apenas uma barreira capaz de obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, o requerente será considerado deficiente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

Referido Estatuto também trouxe, em seu art. 3º, considerações a respeito de alguns termos utilizados para a tutela ao deficiente, sendo relevante destacar o inciso IV do

referido dispositivo, vez que traz o significado legal do termo “barreira”, contido no conceito de pessoa com deficiência, conforme segue:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

[...]

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

- a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
- e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;
- f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias; [...]

Tal Estatuto ainda estabeleceu, em seu art. 2º, § 1º, nova metodologia de avaliação da deficiência, a qual será biopsicossocial, realizada por equipe multidisciplinar e interdisciplinar, que deverá investigar: os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades, tanto laborais quanto da vida diária; e a restrição de participação plena e efetiva em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nota-se que a Lei n. 13.146/2015 também inovou da forma de aferição da deficiência, ampliando a proteção social ao deficiente, vez que ela evolui a sistemática inicialmente trazida pela CIF, ao prescrever a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multidisciplinar e interdisciplinar.

A avaliação biopsicossocial é uma evolução em relação à CIF pelo fato de prever a realização de avaliação por equipe multiprofissional, conceito mais aberto do que a interação de avaliação médica e social. Em outras palavras, a avaliação biopsicossocial não acrescenta apenas a necessidade de avaliação psíquica e/ou psicológica, à avaliação das patologias em interação com as barreiras sociais, mas também a avaliação conjunta de qualquer outro fator e/ou elemento, que não se enquadre nas mencionadas classes de avaliação, para a efetiva verificação da restrição de participação plena e efetiva em igualdade de condições com as demais pessoas e, conseqüentemente, para a efetiva e eficaz identificação e proteção da pessoa com deficiência.

Alan da Costa Macedo esclarece que:

[...] a perícia biopsicossocial é aquela que deve, necessariamente, analisar os aspectos clínicos e sintomatológicos das patologias apresentadas em interação como o meio ambiente e os aspectos sociais envolvidos, tais como: escolaridade do periciando; idade; possibilidade de reinserção no mercado de trabalho e, com isso, alcançar a subsistência em condições de competição iguais ou parecidas com um concorrente são (MACEDO, 2016, p. 150-151).

Ainda tratando da avaliação biopsicossocial, ressalta que:

[...] além do aspecto patológico em si, é necessário que se tenha a correta compreensão de outros aspectos, tais como os psicológicos, sociais e pessoais, financeiros, ambientais e outros que compõe o quadro que pode resultar na “perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”, tal como previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XXV (MACEDO, 2016, p. 151).

Embora prescreva uma melhor avaliação do deficiente, o art. 2º, § 1º, da Lei n. 13.146/2015 somente entrará em vigor em 4 de janeiro de 2018, conseqüentemente, a exigência de avaliação biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, somente poderá ser arguida a partir desse momento.

4 CONCLUSÃO

O Benefício de Prestação Continuada, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, é um benefício de natureza assistencial que independe de prévia filiação e contribuição ou contrapartida financeira. Tal benefício se destina a garantir o mínimo existencial àqueles que não têm condições de se sustentar, garantindo o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Dentre os titulares do referido benefício assistencial está a pessoa com deficiência, assim necessário saber quem são essas pessoas através de um conceito com critérios objetivos predeterminados.

Inicialmente, a Lei n. 8.742/1993, em sua redação originária, estabeleceu um conceito de deficiência voltado para a incapacidade para o trabalho e para a vida independente, cuja aferição ocorria exclusivamente por perícia médica.

Somente com a Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF) é que o conceito de deficiência teve uma significativa evolução, vez que o conceito de deficiência transcende o critério exclusivamente médico, tornando-se um critério de aferição da condição de saúde, de forma ampla, bem como retira o requisito de incapacidade para o trabalho e para a vida independente. Com a referida classificação, o conceito de deficiência passou a abranger os critérios sociais, além do médico, para identificação da deficiência. Embora tenha trazido grande evolução, a CIF veio ganhando reconhecimento internacional e, conseqüentemente, ampliando a sua aplicação.

No Brasil, internamente, o conceito de deficiência somente teve sua evolução efetivada com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados com força de emenda constitucional, a qual integrou as inovações trazidas pela CIF ao novo conceito de pessoa com deficiência.

Referida Convenção foi promulgada pelo Decreto n° 6.949, publicado em 26 de agosto de 2009, entretanto, por força do disposto no art. 5°, § 1°, da CF/1988, efetivamente entrou em vigor em 10 de julho de 2008, data da publicação do Decreto Legislativo n. 186.

Administrativamente, o INSS somente passou a adotar os critérios estabelecidos pela CIF na identificação das pessoas com deficiência, para fins do benefício assistencial de prestação continuada, a partir da Portaria Conjunta MDS/INSS n° 1/2009.

A definição do requisito de impedimento de longo prazo veio somente com a Lei n. 12.435/2011, que prescreveu ser impedimento pelo prazo mínimo de dois anos de duração. Embora haja essa previsão legal, já há entendimento no sentido de flexibilizar tal requisito.

Verifica-se que a maior parte das mudanças normativas ocorreram para tornar efetiva a inclusão da avaliação social, de forma correlacionada com os impedimentos, na identificação da pessoa com deficiência. O último avanço nesse sentido foi a exigência de avaliação biopsicossocial estabelecida pela Lei n. 13.146/2015.

Os grandes avanços conceituais de pessoa com deficiência ampliaram significativamente a proteção social do deficiente, principalmente por dissociar a constatação da deficiência da ideia de incapacidade, o que trouxe grande eficácia à inclusão social do deficiente. O deficiente era visto como uma pessoa inválida para o trabalho e para a vida independente, o que trazia a ideia de pessoa limitada, e inferior às demais, entretanto, atualmente tal característica não o impede de trabalhar, de conduzir a sua vida da forma que melhor lhe aprouver, e principalmente, de atuar ativamente na sociedade.

A inclusão social da pessoa com deficiência privilegia os direitos e garantias fundamentais, dentre os quais destaco o direito à vida, à liberdade e à igualdade, bem como é essencial na promoção da dignidade da pessoa humana.

Por fim, nota-se, através das diversas mudanças normativas, uma certa dificuldade do legislador brasileiro interpretar e tornar efetivas as evoluções conceituais de deficiência, mesmo após a vigência da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, o que vem sendo superado recentemente.

5 REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO et al. Portaria Interministerial n° 1, de 27 de janeiro de 2014. Aprova o instrumento destinado à avaliação do segurado da Previdência Social e

à identificação dos graus de deficiência, bem como define impedimento de longo prazo, para os efeitos do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. **Diário Oficial**, 30 de jan. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 191-A, 5 out. 1988, p. 1.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 186 de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, 08 de jul. 2008.

BRASIL. Decreto n. 3.298 de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 21 dez. 1999.

BRASIL. Decreto n. 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 03 de dez. 2004.

BRASIL. Decreto n. 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, 26 de ago. 2009.

BRASIL. Lei n. 12.435 de 06 de julho de 2011. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. **Diário Oficial da União**, 07 jul. 2011.

BRASIL. Lei n. 12.470 de 31 de agosto de 2011. 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 à família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, 1º set. 2011.

BRASIL. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, 07 de jul. 2015.

BRASIL. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, 25 out. 1989.

BRASIL. Lei n. 8.742 de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 08 dez. 1998.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Súmula 29. **Diário da Justiça**, 13 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=29&PHPSESSID=dqnfmotf9t9910nkpks5li305>>. Acesso em: 29 maio 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 19. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: GEN, 2016.

CLARK, Carla. **Metodologia da Pesquisa Científica: Pós-Graduação “lato sensu”**. [S.l.: s.n.], [20--].

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LAZZARI, João Batista. et al. **Prática Processual Previdenciária**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: GEN, 2016.

MAUSS, Adriano; TRICHES, Alexandre Schumacher. **Processo Administrativo Previdenciário: Prática para um processo de benefício eficiente**. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio Grande do Sul: Plenum, 2016.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos**: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 2. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2016. Disponível em: <www.pucmias.br/biblioteca>. Acesso em: 12 de abr. 2017.

PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSS, **A PFE/INSS e o Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica de Assistência Social**. Nov. 2012, p. 15 a 22. Disponível em: <http://www.oabcricuma.org.br/manuais/pfeinss_beneficios_lei_organica.pdf>. Acesso em: 25 maio 2017.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 6. ed. rev. atual. ampl. Curitiba: Alteridade, 2016.

SOARES, João Marcelino. **Aposentadoria da Pessoa com Deficiência**. 3. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015.

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL: as modificações introduzidas pela lei do Microempreendedor Individual e o direito a Aposentadoria Especial

Elizabete Rosa Soares¹

Resumo: À luz da Constituição Federal de 1988, tem-se que sob o manto da isonomia, todos são iguais perante a Lei. Assim, as modificações introduzidas na legislação com a criação da figura do microempreendedor individual, por meio da Lei Complementar n. 128/2008, possibilita o acesso aos benefícios previdenciários de parte do público que desenvolve atividade laboral informal e oportuniza tratamento igual entre trabalhadores, tema orbital deste trabalho. Dentre os direitos previdenciários a que têm acesso os segurados empreendedores individuais, a partir desse marco legal, o direito social a aposentadoria especial, aquela à qual o trabalhador exerce atividade sujeito à agentes nocivos, apresenta discussões ante o grande contingente de trabalhadores que deverão adquirir citado direito. O conceito e histórico dos critérios autorizativos para aposentadoria especial do contribuinte individual, possui peculiaridades que exigem hermenêutica aplicada a princípios constitucionais e a legislação regente, tendo em vista que a lei que prevê a inclusão previdenciária do microempreendedor individual é relativamente recente, e nesse contexto, as possibilidades de pretensão deverão doravante surgir. É oportuno o estudo, a fim de colaborar com o esclarecimento sobre a concessão desse tipo de aposentadoria diante da legislação Constitucional e Ordinária, associada à doutrina e jurisprudência dos Tribunais sobre o tema.

Palavras-Chaves: Microempreendedor Individual. Direito Previdenciário. Contribuinte individual. Aposentadoria Especial.

Abstract: According to the Federal Constitution of 1988, it is assumed that under the scope of isonomy, all are equal before the Law. Thus, the changes introduced in the legislation with the creation of the figure of the individual micro entrepreneur, through Complementary Law 128/2008, allows the access to social security benefits of the public that develops informal work activity and allows equal treatment among workers, and it is the north theme of this work. Among the social security rights to which individual insured entrepreneurs have access, from this legal start point, the social right to special retirement, the one to which the worker carries out activity subject to harmful agents, presents discussions before the large contingent of workers who are expected to acquire right. The concept and history of the authorizing criteria for special retirement of the individual taxpayer has peculiarities that require hermeneutics applied to constitutional

¹ Bacharel formada em Direito pelas Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC). Advogada.

E- mail: beteadv02@gmail.com.

Professor orientador: Roberto de Carvalho Santos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0143629860148086>.

principles and regent legislation, considering that the law that foresees the social inclusion of the individual micro entrepreneur is relatively recent, and in this context, the possibilities of pretension should hereinafter arise. It is opportune to study, in order to collaborate with the clarification on the granting of this type of retirement before the Constitutional and Ordinary legislation, associated to the doctrine and jurisprudence of the Courts on the subject.

Keywords: Individual microentrepreneur. Social Security Law. Individual taxpayer. Special retirement.

1 INTRODUÇÃO

À luz da Constituição Federal de 1988, tem-se que sob o manto da isonomia, todos são iguais perante a Lei. Assim, as modificações introduzidas na legislação com a criação da figura do microempreendedor individual, por meio da Lei Complementar n. 128/2008, possibilita o acesso aos benefícios previdenciários de parte do público que desenvolve atividade laboral informal e oportuniza tratamento igual entre trabalhadores, tema orbital deste trabalho.

Dentre os direitos previdenciários a que têm acesso os segurados empreendedores individuais, a partir desse marco legal, o direito social a aposentadoria especial, aquela à qual o trabalhador exerce atividade sujeito à agentes nocivos, apresenta discussões ante o grande contingente de trabalhadores que deverão adquirir citado direito.

O conceito e histórico dos critérios autorizativos para aposentadoria especial do contribuinte individual, possui peculiaridades que exigem hermenêutica aplicada a princípios constitucionais e a legislação regente, tendo em vista que a lei que prevê a inclusão previdenciária do microempreendedor individual é relativamente recente, e nesse contexto, as possibilidades de pretensão deverão doravante surgir.

É oportuno o estudo, a fim de colaborar com o esclarecimento sobre a concessão desse tipo de aposentadoria diante da legislação Constitucional e Ordinária, associada à doutrina e jurisprudência dos Tribunais sobre o tema.

Apresenta como discussão principal “a isonomia no trato do direito previdenciário à aposentadoria especial dos segurados, cujas atividades são caracterizadas especiais”, independente da categoria do segurado.

A interpretação dispensada no âmbito administrativo quando da análise de pedido de concessão da aposentadoria especial do contribuinte individual não filiado a cooperativa de trabalho e produção a partir de 29 de abril 1995, impede uma parcela significativa de segurados em tais condições de ter acesso ao direito social e as benesses da redução do tempo de contribuição daqueles que, submetidos a atividades prejudiciais à saúde e à integridade física, restam excluídos do citado benefício.

A situação se assevera após a criação por meio da Lei Complementar n. 128, de 19 de dezembro de 2008 que cria a figura do microempreendedor individual, e formaliza várias atividades desenvolvidas por pessoa física, com no máximo um empregado, permitindo o acesso destas aos direitos previdenciários como segurados obrigatórios.

O exercício de algumas das atividades permitidas pela citada legislação está sujeito a condições de trabalho inadequadas, portanto prejudiciais à saúde e a integridade física.

O tema é importante haja vista que um contingente de microempreendedores exerce atividade especial (serviços de manutenção e reparação de automóveis e motocicletas, serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria, serviço de vigilância, limpeza ou conservação de fossas e esgotos), e formalizaram suas atividades sob a promessa de aquisição dos direitos previdenciários na condição de segurado do Regime Geral Previdência Social.

Reconhecer a igualdade de condições frente ao benefício da aposentadoria especial dos microempreendedores individuais em relação aos outros segurados submetidos a idênticas condições inadequadas de trabalho é um problema a ser enfrentado pelos operadores do direito e os legisladores.

2 MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL

Formato criado pela Lei Complementar n. 128/2008, cujo principal escopo era o de formalizar milhões de profissionais empreendedores, o microempreendedor individual (também denominado de “EI” ou “MEI”), é um empresário no sentido *stricto*, com faturamento bruto de no máximo R\$ 60.000,00 ao ano, podendo contratar apenas um empregado, que não participa na qualidade de sócio ou titular de uma outra empresa, e que cujas atividades permitidas encontram-se exaustivamente contidas em dispositivo legal.

Segundo a Lei Complementar n. 128/2008, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil –, com as características acima citadas.

Diversas vantagens e benefícios são oferecidos para atrair essa parcela da população, tais como redução de impostos, maior acesso a serviços financeiros, prioridade nas licitações públicas, dispensa de escrituração contábil formal e vistoria prévia nas atividades de baixo risco, dentre outras.

Os principais benefícios são previdenciários, a saber: aposentadoria por idade, salário maternidade, auxílio-doença, aposentadoria por invalidez para o MEI, pensão por morte e auxílio-reclusão para seus familiares.

Para incentivar e assessorar o seguimento, o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), elabora cartilha (cada Estado da Federação elabora e cria

programas de incentivo) no intuito de informar o cidadão da importância de formalizar-se.

Curioso que em nenhuma dessas cartilhas elaboradas nos diversos Estados, relaciona-se a aposentadoria especial no rol dos benefícios previdenciários, em que pese exista um contingente de microempreendedores que exercem atividades especiais (borracheiros, serviços de manutenção e reparação de automóveis e motocicletas, serviços de reparos hidráulicos, elétricos, pintura e carpintaria, marcenaria, cabelereira, serviço de vigilância, limpeza e ou conservação rede de esgotos) e que têm direito a citado benefício.

Com efeito, o tema é importante para disseminar o direito que o microempreendedor individual possui, diante da legislação atual.

3 APOSENTADORIA ESPECIAL E O SEGURADO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL

Os benefícios previdenciários estão divididos entre programáveis e não programáveis. Nessa perspectiva a Constituição Federal estabeleceu os riscos sociais que devem ser abrigados pela Previdência Social, quais sejam: (art. 201, inciso I) doença, invalidez, morte e idade avançada; (art. 201, inciso II) maternidade e gestação; (art. 201, inciso III) desemprego voluntário; (201, inciso IV) salário família, inválidos e reclusos; (art. 201, inciso V) proteção aos dependentes.

Ademais, dispõe o art. 201, § 1º sobre o trabalho exercido em condições especiais, ou seja, exposto a agentes nocivos à saúde e a integridade física do trabalhador, dentre outras disposições constitucionais imprevisíveis ou não, sem que haja qualquer distinção entre os segurados destinatários desse benefício previdenciário.

A aposentadoria especial insere-se no elenco dos benefícios conhecidos, desde a filiação do segurado, ante a previsão de tempo exigido para a concessão deste.

Adriane Bramante de Castro Landenthin conceitua o instituto da aposentadoria especial como sendo:

A aposentadoria especial, é espécie de prestação previdenciária, de natureza preventiva, destinada a assegurar proteção ao trabalhador que se expõe efetivamente a agentes agressivos prejudiciais à saúde ou à integridade física durante os prazos mínimos de 15, 20 ou 25 anos.

Nesse contexto, diversos microempreendedores individuais exercem atividades, nas condições acima relatadas.

Por sua vez, o microempreendedor individual, nos termos da própria legislação (art. 18-A, § 1º, da Lei Complementar n. 128/2008) está equiparado ao empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil –,

embora possua critérios próprios de constituição. Assim sendo, a figura do microempreendedor individual é espécie de contribuinte individual categorizado segurado obrigatório como tal, em que pese ambos não sejam tratados de forma igualitária em relação as outras categorias de segurados obrigatórios na atualidade.

Ante a essa similitude, e, tendo em vista a recente criação dessa categoria de segurado (2008), doravante é necessário apresentar em algumas reflexões a analogia, ou ainda apresentar histórico apenas da interpretação quanto ao direito do contribuinte individual no que tange ao benefício de aposentadoria especial.

Com efeito, até 28 de abril de 1995, a aposentadoria especial do contribuinte individual era concedida, isso porque a legislação em vigor previa norma programática, seja a Constituição Federal 1988, art. 201, § 1º (introduzido pela EC n. 020/198), estabelecendo que as definições das atividades especiais seriam disciplinadas em lei complementar *a posteriori*, bem como o art. 57 da Lei n. 8.213/1991 fazendo referência à mesma questão, de modo que, nada obstruía a interpretação do direito que o segurado do Regime Geral de Previdência Social, na espécie de contribuinte individual fazia jus a esse benefício previdenciário, dispositivos vigentes até a presente data, sem qualquer alteração.

Não obstante, com o advento da Lei n. 9.032/1995, que introduziu novos critérios para subsunção do instituto em comento, quais sejam, a exigência da habitualidade e permanência à exposição ao agente nocivo no exercício da atividade, a Autarquia passou a entender que o contribuinte individual que trabalha por conta própria fragiliza mencionados critérios prejudicando a comprovação dos mesmos, razão pela qual, a partir de então administrativamente cristalizou-se o entendimento de que para tais situações o benefício não é devido, portanto sempre indeferido.

Curioso destacar que o art. 18, inciso I, “d” e o art. 57 da Lei n. 8.213/1991 não apresentam qualquer ressalva quanto aos segurados submetidos a tais condições, senão vejamos:

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:

I - quanto ao segurado:

[...]

d) aposentadoria especial;

Art. 57. 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. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995).

Por outro lado, a Lei Ordinária n. 10.666/2003, originada da Medida Provisória n. 83/2002, em seu art. 1º, § 1º, dispôs sobre a concessão da aposentadoria especial ao

cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção, instituindo o adicional do SAT para tais obreiros, nos seguintes termos:

Art. 1º - As disposições legais sobre aposentadoria especial do segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social **aplicam-se, também**, ao cooperado filiado à cooperativa de trabalho e de produção que trabalha sujeito a condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física (grifo nosso).

§ 1º - Será devida contribuição adicional de nove, sete ou cinco pontos percentuais, a cargo da empresa tomadora de serviços de cooperado filiado a cooperativa de trabalho, incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, conforme a atividade exercida pelo cooperado permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

§ 2º - Será devida contribuição adicional de doze, nove ou seis pontos percentuais, a cargo da cooperativa de produção, incidente sobre a remuneração paga, devida ou creditada ao cooperado filiado, na hipótese de exercício de atividade que autorize a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

Produção de efeito

§ 3º - Considera-se cooperativa de produção aquela em que seus associados contribuem com serviços laborativos ou profissionais para a produção em comum de bens, quando a cooperativa detenha por qualquer forma os meios de produção.

Observa-se que em nenhum momento a LBPS exclui do rol dos segurados qualquer espécie de categoria de segurado, e, conforme digressão apontada, o Decreto cujo escopo é regulamentar a Lei Ordinária e a Instrução Normativa que também visa disciplinar a aplicação da Lei, apresenta-se infiel a finalidade teleológica da Lei n. 8.213/1991, que em consonância com a Constituição Federal de 1988 dispensa tratamento igualitário entre as diversas categorias de segurados.

Nesse sentido leciona a mestra Adriane Bramante de Castro Landenthin, quando destaca que no art. 84, inciso I, da Constituição Federal, há previsão que limita os conteúdos dos decretos regulamentadores, devendo apenas estes servirem para a fiel execução da lei, tratando-se portanto de *um contrato de fidelidade entre a lei e o decreto, não cabendo a este inovar*, e, citando o não menos renomado Professor Silva, destaca que em sua obra este observa que:

O poder regulamentador não é o poder legislativo, por conseguinte não pode criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa abuso de poder, usurpação de competências, tornando írrito o regulamento dele proveniente, e o sujeita a sustentação pelo Congresso Nacional (art. 4º, V da CF).

Ademais o Decreto n. 3.048/1999, em seu art. 64, insere o contribuinte individual, especificando o cooperado da cooperativa de trabalho ou produção no elenco dos segurados que fazem *jus* ao benefício de aposentadoria especial, fazendo crer, muito

embora seja esse o entendimento do INSS, que os demais contribuintes individuais, ainda que reúnam os elementos autorizativos não tem direito a citado benefício. Vejam:

Art. 64. A aposentadoria especial, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Redação dada pelo Decreto n. 4.729, de 2003).

Para coroar as equivocadas interpretações, a Instrução Normativa n. 77/2015, trata o assunto no art. 247, dando sequência ao entendimento do Decreto retro mencionado, e assim dispõe:

Art. 247. A aposentadoria especial será devida, somente, aos segurados:
I - empregado;
II - trabalhador avulso;
III - contribuinte individual por categoria profissional até 28 de abril de 1995;
e
IV - contribuinte individual cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção, para requerimentos a partir de 13 de dezembro de 2002, data da publicação da MP n. 83, de 2002, por exposição à agente(s) nocivo(s).

Assim, tem-se que na seara administrativa a concessão do benefício de aposentadoria especial para contribuinte individual somente logra êxito nas situações fáticas, comprovadas o exercício de atividade por enquadramento em categoria profissional previstos nos Decretos n. 53.831/1964 e n. 83.080/1979, com limite temporal até 28 de abril de 1995.

No entanto, considerando as ponderações destacadas acima, o entendimento jurisprudencial vislumbra decisões favoráveis a essa parcela de segurados, não menos fundamental e protegida pelos princípios norteadores da Previdência Social, eis que o segurado que instrui o requerimento administrativo com devidas provas, e posteriormente apresenta sua pretensão ao Poder Judiciário tem maior probabilidade de ver o direito a aposentadoria especial efetivado.

Não é por outro motivo que a Turma Nacional de Uniformização (TNU), cristalizou entendimento sumular permitindo o direito à aposentadoria especial a contribuintes individuais, não cooperados, após a Lei n. 9.032/95, como se vê:

Súmula 62 da TNU: O segurado contribuinte individual pode obter reconhecimento de atividade especial para fins previdenciários, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física.

Para melhor elucidar qualquer dúvida que paire sobre os entendimentos dos Tribunais, seguem algumas decisões relativas ao êxito de concessões de aposentadorias especiais nessas circunstâncias:

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL. SEGURADO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL.

O acórdão paradigma da Turma Recursal de Goiás entendeu que “não há possibilidade de comprovar que o segurado autônomo presta serviço em atividade sujeita agentes nocivos”. O acórdão recorrido divergiu desse entendimento ao reconhecer tempo de serviço especial de mecânico autônomo.

1. A Lei n. 8.213/91, ao arrolar a aposentadoria especial na alínea d do inciso I do art. 18 como um dos benefícios devidos aos segurados do RGPS, não faz nenhuma distinção entre as categorias de segurados previstas no art. 11 do mesmo diploma.
2. A dificuldade para o segurado contribuinte individual comprovar exposição habitual e permanente a agente nocivo não justifica afastar de forma absoluta a possibilidade de reconhecimento de atividade especial.
3. O art. 234 da Instrução Normativa INSS n. 45/2010, ao considerar que a aposentadoria especial só pode ser devida ao segurado contribuinte individual quando filiado a uma cooperativa de trabalho ou de produção, cria restrição que extrapola os limites da lei. O regulamento deve se limitar a explicitar o conteúdo da lei, sem criar restrições nela não previstas. A regulação excessiva imposta por ato infralegal é nula por transgressão ao princípio da legalidade.
4. A falta de previsão legal de contribuição adicional para aposentadoria especial (alíquota suplementar de riscos ambientais do trabalho) sobre salário-de-contribuição de segurado contribuinte individual não impede o reconhecimento de tempo de serviço especial. Do contrário, não seria possível reconhecer condição especial de trabalho para nenhuma categoria de segurado antes da Lei n. 9.732/98, que criou a contribuição adicional.
5. Firmado o entendimento de que o segurado contribuinte individual pode, em tese, obter reconhecimento de atividade especial, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física. Incidente improvido. (PEDIDO 200871950021869, JUIZ FEDERAL ROGÉRIO MOREIRA ALVES, DOU 27/04/2012.)

Ementa

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. SEGURADO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL.

1. O acórdão paradigma da Turma Recursal de Goiás entendeu que não há possibilidade de comprovar que o segurado autônomo presta serviço em atividade sujeita agentes nocivos. O acórdão recorrido divergiu desse entendimento ao reconhecer tempo de serviço especial de bioquímico autônomo.
2. A Lei n. 8.213/91, ao arrolar a aposentadoria especial na alínea d do inciso I do art. 18 como um dos benefícios devidos aos segurados do RGPS, não faz nenhuma distinção entre as categorias de segurados previstas no art. 11 do mesmo diploma.
3. A dificuldade para o segurado contribuinte individual comprovar exposição habitual e permanente a agente nocivo não justifica afastar de forma absoluta a possibilidade de reconhecimento de atividade especial.
4. O art. 234 da Instrução Normativa INSS n. 45/2010, ao considerar que a aposentadoria especial só pode ser devida ao segurado contribuinte individual quando filiado a uma cooperativa de trabalho ou de produção, cria restrição que extrapola os limites da lei. O regulamento deve se limitar a explicitar o conteúdo da lei, sem criar restrições nela não previstas. A regulação excessiva imposta por ato infra legal é nula por transgressão ao princípio da legalidade.

5. A falta de previsão legal de contribuição adicional para aposentadoria especial (alíquota suplementar de riscos ambientais do trabalho) sobre salário- de-contribuição de segurado contribuinte individual não impede o reconhecimento de tempo de serviço especial. Do contrário, não seria possível reconhecer condição especial de trabalho para nenhuma categoria de segurado antes da Lei n. 9.732/98, que criou a contribuição adicional.

Aplica-se a Súmula n. 62 da TNU: O segurado contribuinte individual pode obter reconhecimento de atividade especial para fins previdenciários, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física.

INCIDENTE IMPROVIDO. (PEDILEF 200871510007950 RS JUIZ FEDERAL ROGÉRIO MOREIRA ALVES, DOU 01/03/2013).

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS.

APELAÇÃO DO INSS PROVIDA EM PARTE. 1. No presente caso, da análise do Perfil Profissiográfico previdenciário (fls. 160/161) e laudo técnico trazido aos autos (fl. 353), e de acordo com a legislação previdenciária vigente à época, a parte autora comprovou o exercício de atividades especiais nos seguintes períodos: 2. 01/01/1980 a 12/07/1989, e de 13/07/89 a 31/05/2007, vez que exercia a função de cirurgião dentista, estando exposto de forma habitual e permanente a agentes biológicos: vírus, bactérias, fungos, protozoários e micro organismos vivos, decorrentes do contato direto e permanente com materiais infecto-contagiantes, e radiação ionizante, sendo tal atividade enquadrada como especial com base nos códigos 1.3.2 e 2.1.3 do Anexo III do Decreto n. 53.831/64, nos códigos 1.3.4 do Anexo I e 2.1.3 do Anexo II do Decreto n. 83.080/79, no código 3.0.1 do Anexo IV do Decreto n. 2.172/97 e no código 3.0.1 do Anexo IV do Decreto n. 3.048/99. 3. O fato de o autor recolher contribuições ao Regime Geral da Previdência Social na qualidade de contribuinte individual, não constitui óbice ao reconhecimento do tempo de serviço laborado em condições especiais, porquanto a legislação aplicável à espécie não faz distinção entre os segurados a que aludem os arts. 11 e 18, I, d, da forma habitual e permanente a agentes nocivos à saúde e/ou à integridade física (art. 57 da Lei 8.213/91). 4. Logo, restou comprovado o exercício de atividade especial nos períodos acima citados. 5. Assim, o autor faz jus à aposentadoria especial, devendo ser concedida a partir do requerimento administrativo (31/05/2007 - fl. 155), ocasião em que o INSS tomou ciência da sua pretensão. 6. Apelação do INSS parcialmente provida... **(TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL AC 00388026720134039999 SP DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO DOU: 17/04/2017)**

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL NÃO COOPERADO. POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA ESPECIALIDADE DO SERVIÇO LABORADO. PRECEDENTES. VERIFICAÇÃO DA ESPECIALIDADE DO SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO- PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, é possível a concessão da aposentadoria especial ao Segurado que cumpriu a carência e comprovou a realização do trabalho em condições especiais nocivas à sua saúde ou integridade física, nos termos da lei vigente à época da prestação do serviço, independentemente de ser contribuinte individual não cooperado.

2. Tendo o acórdão recorrido consignado expressamente, com base nos elementos constantes dos autos, que o Segurado comprovou exercer

atividade laboral realizada sob condições especiais, é de ser mantida a conclusão, porquanto o revolvimento dessa matéria em sede de recorribilidade extraordinária demandaria a análise de fatos e provas, conforme o óbice da Súmula 7 desta egrégia Corte.

3. Agravo Interno do INSS a que se nega provimento. (STJ AgInt no REsp 1617096 PR 2016/0198668-7, PRIMEIRA TURMA, RELATOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 03/02/2017).

Eis que consolidado na jurisprudência pátria, consoante os julgados acima, o acesso dos contribuintes individuais, com destaque para os microempreendedores individuais, ao benefício de aposentadoria especial, desde que obedecidos os requisitos inerentes ao instituto, de forma que a Constituição e o princípio da dignidade humana encontram-se resguardados.

4 REQUISITOS APOSENTADORIA ESPECIAL E FORMAS DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL

De acordo com a Lei de Benefícios (art. 57), a aposentadoria especial será devida depois de cumprida a carência exigida, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos, períodos estes dependentes das atividades desenvolvidas pelo segurado, constantes na Lei.

Além da exposição aos agentes agressivos à saúde ou integridade física, é necessário comprovar a permanência e habitualidade no exercício da atividade nociva.

A antiga redação do art. 57 da Lei n. 8.213/1991 considerava duas formas de caracterização do tempo especial, a saber:

1. O enquadramento dava-se por categoria profissional: havia uma presunção absoluta da sujeição às condições insalubres, penosas ou perigosas, constantes dos anexos dos Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979.
2. O enquadramento por agente nocivo: a especialidade do trabalho passa a decorrer da comprovação pelo segurado da exposição aos agentes físicos, químicos ou biológicos.

Atualmente a via administrativa reconhece o enquadramento por categoria profissional até 28/04/1995, desde que sejam apresentadas provas anuais da atividade profissional do contribuinte individual, nos termos da previsão da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, art. 271:

Art. 271. A comprovação da função ou atividade profissional para enquadramento de atividade especial por categoria profissional do segurado contribuinte individual será feita mediante a apresentação de documentos que comprovem, ano a ano, a habitualidade e permanência na atividade exercida, sendo dispensada a apresentação do formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais.

Parágrafo único. O contribuinte individual deverá apresentar documento que comprove a habilitação acadêmica e registro no respectivo conselho de classe, quando legalmente exigido para exercício da atividade a ser enquadrada.

Imperioso salientar que os contribuintes individuais não têm obrigação de apresentar Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), quando do requerimento para enquadramento por categoria, no entanto devem apresentar provas inequívocas que demonstrem o exercício de atividade especial.

Após entrar em vigor a Lei n. 9.032, de 29 de abril de 1995, na via administrativa conforme exposto anteriormente, não é possível a concessão da aposentadoria especial para o contribuinte individual, entretanto deve o segurado instruir o requerimento, caso possua empresa e especificadamente seja empreendedor individual que esteja adstrito a elaboração do Laudo Técnico das Condições do Ambiente de Trabalho (LTCAT) e ou Programa de Prevenção a Riscos Ambientais (PPRA) e Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), nos termos do art. 58, § 2º, Lei n. 8.213/1991, com quaisquer destes laudos e o PPP, uma vez que em sede judicial, servirão tais documentos como prova cabal das exposições.

Os laudos técnicos devem ser elaborados por especialistas: engenheiro de segurança do trabalho e ou médico do trabalho, contratado pelo segurado especial para tal finalidade, haja vista que o PPP será elaborado com fundamento nos mencionados laudos.

Assim, os documentos hábeis a comprovar, além da especificação da atividade desenvolvida no documento constitutivo do empreendedor individual são: notas fiscais de aquisição de materiais utilizados na prestação do bem e/ou serviços; se profissional liberal diplomas, cursos, declaração emitida pelo conselho da classe, informações CNIS, CTPS se trabalhou na função como empregado, carteira profissional emitida pelo conselho da classe, perícia judicial, prova testemunhal e emissão de LTCAT e ou PPRA e PSMCO bem como PPP, lembrando que servem para pedidos ulteriores a 28 de abril de 1995.

5 CONCLUSÃO

O papel do Estado na implementação de políticas que visem a inclusão social de parcela da sociedade é fundamental para o desenvolvimento do país.

A Lei Complementar n. 128/2008 que fomentou desde então a formalização de profissionais que exercem atividade individual, tem objetivos claros de organizar e subsidiar o crescimento do negócio, bem como de promover a inclusão previdenciária de milhões de trabalhadores nessa condição.

O microempreendedor individual é um contribuinte individual obrigatório, e como tal possui direito aos benefícios previdenciários sem qualquer exceção.

Por sua vez, equivocadamente a Autarquia responsável pela concessão de tais benefícios exclui os contribuintes individuais da aposentadoria especial, desde 29 de abril de 1995, sob os argumentos de que é impossível o profissional autônomo comprovar permanência e habitualidade e ainda que estes não contribuem com adicional SAT, razões que levaram o Órgão a regulamentar por meio de Decreto e Instrução Normativa indigitado impedimento.

A Constituição Federal e a Lei de Benefícios não apresentam qualquer distinção entre os segurados obrigatórios, motivo pelo qual as decisões reiteradas dos tribunais, a saber, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Turma Nacional de Uniformização, são uníssonos à luz dos princípios constitucionais reconhecer o direito dos contribuintes individuais à aposentadoria especial, desde que comprovem a exposição aos agentes nocivos. Os requisitos e provas devem obedecer e instruir os pedidos administrativos e judiciais, sendo que não existe diferença entre categoria de segurados relativos aos critérios para concessão de aposentadoria especial, principalmente quanto a elaboração de laudos técnicos e emissão de PPP.

Com a formalização dos microempreendedores individuais, haverá aumento significativo na concessão de tal benefício, posto que a legislação autorizou adesão ao projeto de diversas atividades, dentre estas, grande parte está sujeito à exposição a agentes nocivos capazes de prejudicar a saúde e integridade física do segurado.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 191-A, 5 out. 1988, p. 1.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Lei Complementar n. 128, de 19 de dezembro de 2008. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos. 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 22 dez. 2008, p. 1.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário**. 20. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

A COMUNICABILIDADE ENTRE AS JUSTIÇAS TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA: da averbação do tempo de contribuição reconhecido por sentença trabalhista ao instituto da prova

Gabriela Mendes Soares¹

1 INTRODUÇÃO

As áreas trabalhista e previdenciária se interseccionam frequentemente, quando o empregado-segurado-contribuinte recorre ao judiciário como meio de obter provimento judicial favorável à sua pretensão. Permite-se tal conjugação em ambiente inicialmente extrajudicial, referentemente aos acordos trabalhistas que contemplem verbas previdenciárias, os quais devem ser homologados judicialmente para que alcancem eficácia de coisa julgada e se tornem exequíveis. Discute-se qual o alcance da homologação e/ou da sentença condenatória trabalhista em âmbito previdenciário: até onde se constituem como meio de prova hábil e satisfatório à jurisdição previdenciária as homologações e sentenças do juízo trabalhista? Discute-se também a comunicabilidade entre os juízos trabalhista e previdenciário (justiça comum) para averbação de tempo de contribuição e reconhecimento de tempo trabalhado pelo julgamento do mérito da reclamatória para efeitos previdenciários, além da competência do juízo trabalhista para executar as contribuições previdenciárias nos termos legais. Indaga-se se a sentença trabalhista se caracteriza plena para fins *probandes* em âmbito previdenciário e, sobretudo, permite-se analisar a prova, instituto jurídico imprescindível ao livre convencimento do juízo, árbitro estatal, sobre as óticas diferenciadas trabalhista e previdenciária. Norteia-se tal análise pelo confronto entre o Princípio da Primazia da Realidade, inerente à simplicidade e oralidade do processo trabalhista e a necessidade de produção de prova plena e material, conforme, sobretudo, diretrizes da Lei n. 8213/91. A sentença trabalhista muitas vezes é meio necessário e prévio à averbação e reconhecimento de tempo previdenciário, quando há necessidade de reconhecimento de vínculo laboral para anotação na CTPS, que é de competência material da justiça do trabalho. Há também a competência do juízo do trabalho de executar as contribuições previdenciárias contidas na própria sentença condenatória em pecúnia ou em acordo homologado, conforme se retratará, modificação introduzida pela EC n. 20/98.

¹ Aluna do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Previdenciário-RGPS, da Universidade Cândido Mendes de Minas Gerais.
Professor orientador: Roberto de Carvalho Santos. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0143629860148086>.

Este artigo pretende analisar os limites da necessária convergência entre as esferas previdenciária e trabalhista, orientado por legislação, súmulas e entendimentos diversificados, sobretudo quanto à execução das contribuições previdenciárias pelo juízo do trabalho, quanto ao reconhecimento de tempo de serviço anotado em virtude de sentença ou acordo trabalhista como tempo de contribuição e quanto às provas e suas aceções diversas nas duas esferas, bem como rápida abordagem da Súmula 31 do Tribunal Nacional de Uniformização (TNU), segundo a qual a sentença trabalhista constitui início de prova material em matéria previdenciária. Em abordagem conclusiva, far-se-á referência à Sumula Vinculante 53, do Supremo Tribunal Federal (STF), que unifica o entendimento de que é de competência da Justiça Trabalhista a execução de contribuições previdenciárias relativas ao objeto de suas próprias sentenças provenientes de acordos homologados.

2 A EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PROVENIENTES DE SENTENÇAS OU ACORDOS HOMOLOGADOS ANTES EC n. 20/98

Importante ressaltar inicialmente a natureza tributária das contribuições previdenciárias, cujo crédito se constitui com o lançamento, conceituado pelo art. 142 do Código de Processo Civil como procedimento administrativo. Dessa forma, apenas torna-se exigível a contribuição após a constituição do crédito tributário. A competência para tal exequibilidade é o tema em discussão presente, passando, após a edição da EC 20/98 a ser da Justiça Trabalhista quando provenientes de sentenças condenatórias em pecúnia ou acordos homologados em âmbito laboral que integrem o salário de contribuição.

Antes da EC n. 20, de 15 de dezembro de 1998, a cobrança das contribuições era realizada pelo próprio INSS, após o lançamento do crédito previdenciário, cuja execução competia à Justiça Federal ou Estadual, conforme o caso. Após a EC n. 20/98, houve fixação da competência material da Justiça Trabalhista, indelegável, para a execução das contribuições previdenciárias nos termos do art. 114, inciso VIII, da Constituição da República. No entanto, muito se questionou em inúmeras ações judiciais, a extensão da competência trabalhista quanto a sentenças e execuções de tais contribuições anteriores à respectiva emenda, conforme se retratará a seguir.

2.1 Aplicação dos princípios *tempus regit actum* e da irretroatividade para situações anteriores à EC n. 20/98

Conforme o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a lei em vigor tem efeito geral e imediato, respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Tal ideia foi corroborada pelo Novel Código de Processo Civil em seu art. 14, segundo o qual a norma processual civil não retroagirá e aplicar-se-á imediatamente aos processos em curso, respeitadas as situações jurídicas já

consolidadas na vigência de norma antepassada. Dessa forma, após a fixação da competência trabalhista – pela EC n. 20/98 – para a execução de contribuições previdenciárias provenientes de acordo homologado ou sentença condenatória proferidos no próprio âmbito da justiça laboral, a esta serão atribuídas as respectivas execuções que ainda estejam em curso, mesmo que iniciadas antes da qualificada Emenda n. 20/98.

Enfoca-se a importância do princípio da irretroatividade consubstanciado no Direito Processual Civil, subsidiário ao Processo Trabalhista e que se aplica ao caso concreto: o não alcance da competência introduzida na EC n. 20/98 a situações já consolidadas no passado, sob vigência de norma anterior. Trata-se da Segurança Jurídica, diretriz do ordenamento jurídico brasileiro, que impossibilita que a norma processual atinja casos já decididos e protegidos pelo manto da coisa julgada material.

2.2 Natureza jurídica da sentença a ser executada e a necessidade de homologação do acordo

De acordo com a Súmula vinculante 23 do STF, a

[...] competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, inciso VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados” (BRASIL, 2009).

A Súmula 386, inciso I, do TST (BRASIL, 2017) enuncia, contudo, que tal competência quanto à execução das contribuições previdenciárias pela Justiça do Trabalho, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição.

Sentenças condenatórias visam criar um título executivo passível de execução direta ou indireta, conforme explica o professor Daniel Amorim, e são formadas por dois elementos: a declaração da existência do direito do autor e a criação de condições para que sejam praticados atos materiais de execução (NEVES, 2015). O conteúdo, conforme prossegue o autor, é a imputação ao réu do cumprimento de uma prestação de fazer, não fazer, entregar coisa ou quantia certa, com objetivo de resolver a crise jurídica de inadimplemento.

Já o acordo homologado constitui título executivo homologado judicialmente, com fulcro no art. 515, inciso II, do Código de Processo Civil. De acordo com o professor Daniel Amorim, este implica em um acordo de vontade entre as partes, que pressupõe o ato judicial de homologação, procedimento este de jurisdição voluntária, cujo interesse de agir, conforme enfoca o supracitado professor, se reflete na obtenção de um bem de vida que só pode ser obtido com a atuação jurisdicional (NEVES, 2015).

Dessa forma, conclui-se que a sentença a ser executada de ofício em âmbito trabalhista deve ter natureza condenatória, ou seja, embasar-se o julgamento do mérito na

imposição ao reclamado (réu) em pagar certa quantia ao reclamante (autor). Por outro lado, em se tratando de acordo efetivado entre as partes, é imprescindível a homologação do mesmo para constituição do título executivo.

3 A CONTROVÉRSIA EXISTENTE ENTRE AS JUSTIÇAS DO TRABALHO E A PREVIDENCIÁRIA PARA RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO E DE CONTRIBUIÇÃO

Conforme já visto, a justiça do trabalho é competente para executar de ofício as contribuições previdenciárias decorrentes de condenações em pecúnia ou decorrentes de acordo homologado judicialmente. Contudo, importante frisar que, não obstante o avanço introduzido pela EC n. 20/98 em termos de celeridade processual, muito ainda se discute sobre a eficácia da prova produzida em instrução de reclamatória trabalhista para fins de eficácia em âmbito previdenciário.

Na justiça trabalhista, é comum a aplicação do Princípio da Primazia da Realidade para caracterização de vínculo empregatício quando presentes os requisitos fático-jurídicos inerentes. Tal princípio consiste na busca à

Prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (DELGADO, 2011).

O tempo de serviço para fins de anotação da CTPS, portanto, considerando-se a informalidade inerente à Justiça Trabalhista, não necessita de prova documental robusta, vez que o contrato de trabalho pode ser verbal, nos conformes do art. 442, da CLT.

Já em âmbito previdenciário, conforme ensina o professor Dr. Carlos Alberto Pereira de Castro (2013), é imprescindível, conforme a Lei n. 8213/91, art. 55, que haja início de prova material para consideração do tempo de contribuição. Explica-nos que, mesmo que haja sentença proferida pelo juízo do trabalho, de reconhecimento de vínculo, na justiça trabalhista, a lei previdenciária não dispensa a prova material, o que, de acordo com o professor, causa um contraponto entre as justiças trabalhista e previdenciária.

RECURSO DE REVISTA. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM JUÍZO. DETERMINAÇÃO DE AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. INCOMPETÊNCIA MATERIAL. PRECEDENTES. O entendimento adotado por este Tribunal é no sentido de que a determinação para que o INSS averbe, como tempo de serviço e contribuição, o período do vínculo de emprego reconhecido em juízo não se insere na competência material da Justiça do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido para, reconhecendo a incompetência material da Justiça do Trabalho, afastar a determinação para que o INSS proceda à atualização do CNIS do reclamante,

inclusive no que se refere ao cômputo do tempo de contribuição. (BRASIL, 2015)

Conclui-se, neste item, que o juízo do trabalho não tem competência para determinar à Justiça comum com jurisdição previdenciária que se averbe o tempo de serviço reconhecido em êxito de reclamatória trabalhista. A comunicação entre os juízos distintos é disposta pela Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015 e, necessariamente imprescinde de início de prova material, conforme se retratará a seguir.

3.1 A averbação de tempo reconhecido pela justiça do trabalho para fins previdenciários: necessidade de início de prova material

Para comunicabilidade entre a Justiça do Trabalho e a Previdenciária, é necessária a existência de prova material para reconhecimento e averbação de tempo de contribuição em esfera previdenciária, que consiste em documentos contemporâneos, em consonância com a Lei n. 8213/91. Exceção à regra probatória é trazida pelo inciso IV do art. 71, da Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015, em que, tratando-se de reclamatória trabalhista que verse sobre a complementação salarial, prescinde-se de início de prova material. Preceitua a Lei n. 8.213/91, art. 55, § 3º, que a

[...] comprovação do tempo de serviço só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

Via de regra, portanto, a ação trabalhista, *per se*, não produz efeitos na esfera previdenciária, conforme já exposto. Transcreve-se dispositivo contido na Instrução Normativa INSS/PRES n. 77/2015:

Art. 71. A reclamatória trabalhista transitada em julgado restringe-se à garantia dos direitos trabalhistas e, por si só, não produz efeitos para fins previdenciários. Para a contagem do tempo de contribuição e o reconhecimento de direitos para os fins previstos no RGPS, a análise do processo pela Unidade de Atendimento deverá observar:

I - a existência de início de prova material, observado o disposto no art. 578;
II - o início de prova referido no inciso I deste artigo deve constituir-se de documentos contemporâneos juntados ao processo judicial trabalhista ou no requerimento administrativo e que possibilitem a comprovação dos fatos alegados;

III - observado o inciso I deste artigo, os valores de remunerações constantes da reclamatória trabalhista transitada em julgado, salvo o disposto no § 3º deste artigo, serão computados, independentemente de início de prova material, ainda que não tenha havido o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social, respeitados os limites máximo e mínimo de contribuição; e

IV - tratando-se de reclamatória trabalhista transitada em julgado envolvendo apenas a complementação de remuneração de vínculo empregatício devidamente comprovado, não será exigido início de prova material, independentemente de existência de recolhimentos correspondentes.

§ 1º A apresentação pelo filiado da decisão judicial em inteiro teor, com informação do trânsito em julgado e a planilha de cálculos dos valores devidos

homologada pelo Juízo que levaram a Justiça do Trabalho a reconhecer o tempo de contribuição ou homologar o acordo realizado, na forma do inciso I do caput, não exime o INSS de confrontar tais informações com aquelas existentes nos sistemas corporativos disponíveis na Previdência Social para fins de validação do tempo de contribuição.

§ 2º O cálculo de recolhimento de contribuições devidas por empregador doméstico em razão de determinação judicial em reclamatória trabalhista não dispensa a obrigatoriedade do requerimento de inclusão de vínculo com vistas à atualização de informações no CNIS.

§ 3º O disposto nos incisos III e IV do caput não se aplicam ao contribuinte individual para competências anteriores a abril de 2003 e nem ao empregado doméstico, em qualquer data (BRASIL, 2015).

A sentença proferida em reclamatória trabalhista é incapaz de constituir-se como prova material plena para averbação de tempo previdenciário. Como exposto, para que haja o reconhecimento do tempo já anotado na CTPS, por força de reclamatória trabalhista, é necessária a produção contemporânea de indícios de prova material. Porém, conforme se retratará em item sequencial, a sentença trabalhista pode se constituir como início de prova material.

3.2 A sentença trabalhista como início de prova para fins previdenciários

Enuncia a Súmula 31 do TNU que “a anotação da CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários” (BRASIL, 2006). Em jurisprudência, o TNU esclarece que a sentença trabalhista pode constituir-se início de prova material quando proveniente ou não de homologação de acordo, desde que transitada em julgado, em face do Princípio da Proteção à Coisa Julgada, conforme se verifica no julgado abaixo:

Ementa: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO INTERPOSTO PELO RÉU. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. AVERBAÇÃO DE TEMPO RURAL RECONHECIDO EM SENTENÇA TRABALHISTA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 31 DA TNU. ACÓRDÃO RECORRIDO NO MESMO ENTENDIMENTO DA TNU. APLICAÇÃO DA QUESTÃO DE ORDEM N. 13. INCIDENTE NÃO CONHECIDO. 1. Prolatado acórdão pela Primeira Turma Recursal de Santa Catarina, a qual manteve a sentença que julgou procedente o pedido de averbação de tempo rural reconhecido em sentença trabalhista homologatória de acordo, com a consequente concessão de aposentadoria por idade. 2. Pedido de uniformização de jurisprudência interposto, tempestivamente, pelo INSS, com fundamento no art. 14, § 2º, da Lei n. 10.259 /2001. Alegação de que o acórdão é divergente do entendimento do STJ, segundo o qual a sentença trabalhista homologatória de acordo somente poderá ser considerada como início de prova material se na referida ação trabalhista houver produção de provas. Cita como paradigmas os seguintes julgados: EREsp n. 616.242/RN, AgRg no REsp n. 837.979/MGe REsp n. 565.933/PR. 3. Incidente admitido na origem. 4. Esta TNU adotou entendimento no sentido de que a sentença trabalhista transitada em julgado, seja ela objeto ou não de homologação de acordo, serve como início de prova material. Nesse sentido, transcrevo a ementa do julgado desta TNU: SENTENÇA TRABALHISTA HOMOLOGATÓRIA. EFICÁCIA. COISA JULGADA MATERIAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. ENTENDIMENTO ASSENTADO NA TNU. 1. O não reconhecimento da eficácia da sentença

trabalhista transitada em julgado, seja ela objeto de homologação, sem a produção de prova, ou de julgamento meritório, com a produção de prova documental, naquele feito, fere o princípio da proteção da coisa julgada, consagrado em sede constitucional como corolário do sobre princípio da segurança jurídica, conforme entendimento assente nesta TNU (BRASIL, 2015).

É cediço também que a sentença trabalhista homologatória de acordo não constitui prova plena, podendo constituir tão somente início de prova material, entendimento da seguinte jurisprudência:

Ementa: PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ANOTAÇÃO EM CTPSDECORRENTE DE ACORDO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. SÚMULA N. 31. JURISPRUDÊNCIADOMINANTE DO STJ. PEDIDO NÃO CONHECIDO. 1. A Súmula n. 31 da Turma Nacional se limitou a entender que, ainda que o INSS não tenha participado do processo trabalhista, a anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória de acordo não constitui prova plena, mas pode constituir início de prova material para fins previdenciários, sem especificar o tipo de instrução do processo trabalhista que seria suficiente à caracterização de início de prova material. 2. No caso, não foi demonstrada a existência de similitude fático – juridicamente a Súmula n. 31 e o acórdão recorrido, o qual entendeu que não servia como início de prova material a anotação em CTPS decorrente de reclamatória trabalhista na qual foi homologado um acordo entre as partes sem se fundar em nenhum elemento de prova apresentado na instrução trabalhista, na qual não houve produção de prova documental e nem testemunhal. 3. De acordo com a jurisprudência dominante do STJ, para que a sentença trabalhista possa servir como início de prova material para fins previdenciários ela deve se fundar em prova documental produzida na instrução do processo trabalhista (3ª Seção, REsp n. 616.242/RN, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 24.10.2005; 5ª Turma, AgRg no REsp n. 837.979/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DOU 30.10.2006; 6ª Turma, AgRg no REsp n. 1.058.268/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 06.10.2008; 6ª Turma, AgRg no REsp n. 1.053.909/BA, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe 06.10.2008). 4. No caso, também não foi demonstrada a existência de divergência entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante do STJ. 5. Pedido de uniformização não conhecido (BRASIL, 2009).

Dessa forma, conclui-se que a sentença trabalhista homologatória constitui indício de prova material para efeitos previdenciários, devendo, a prova plena a ser produzida para a persecução do direito, ser carreada de documentos e outros meios de prova material consistentes, não bastando a prova testemunhal por se produzida em esfera trabalhista.

3.3 Da prova material: conceito e presunção jurídica e a averbação do tempo na justiça comum em matéria previdenciária advindo de sentença trabalhista

A IN n. 45/10 conceitua “prova material” como o conjunto de documentos contemporâneos que possibilitem a comprovação dos fatos alegados, juntados em procedimento administrativo ou processo judicial. Pela Lei n. 8.213, art. 55, § 3º, supracitado, infere-se a impossibilidade, salvo em casos fortuitos ou de força maior, do uso de provas exclusivamente testemunhais. Dessa forma, diversamente da justiça

trabalhista, a justiça comum previdenciária não se processa com a mesma informalidade ao inadmitir, via de regra, o uso de provas exclusivamente testemunhais.

Para que haja o reconhecimento da filiação e na contagem de tempo de contribuição previdenciário advindo de sentença trabalhista, insta observar o que dispõe o art. 90 da IN 45/10, como o encaminhamento do processo para análise da Chefia de Benefícios da APS, observados os incisos subsequentes:

Art. 90. No reconhecimento da filiação e na contagem do tempo de contribuição para os fins previstos no RGPS, decorrentes de ação trabalhista transitada em julgado, o processo deverá ser encaminhado para análise da Chefia de Benefícios da APS, devendo ser observado:

I - o reconhecimento da filiação e a contagem de tempo de serviço/contribuição dependerá da existência de início de prova material, isto é, de documentos contemporâneos que possibilitem a comprovação dos fatos alegados, juntados ao processo judicial ou ao requerimento administrativo;

II - observado o inciso I deste artigo, os valores dos salários-de-contribuição constantes da ação trabalhista transitada em julgado, serão computados, independente de início de prova material, ainda que não tenha havido o recolhimento das contribuições devidas a Previdência Social, respeitados os limites máximo e mínimo de contribuição; e

III - tratando-se de ação trabalhista transitada em julgado envolvendo apenas a complementação de salários-de-contribuição de vínculo empregatício devidamente comprovado, não será exigido início de prova material, independente de existência de recolhimentos correspondentes.

§ 1º A apresentação pelo segurado da decisão judicial e das provas que levaram a Justiça do Trabalho a reconhecer o tempo de contribuição ou homologar o acordo realizado, na forma do inciso I do caput, não exime o INSS de confrontar tais informações com aquelas existentes nos sistemas corporativos da Previdência Social e órgãos conveniados, para fins de validação do tempo de serviço.

§ 2º O cálculo de recolhimento de contribuições devidas por empregador doméstico em razão de determinação judicial em reclamatória trabalhista não exime a obrigatoriedade do requerimento de inclusão de vínculo com vistas à atualização de informações no CNIS. (BRASIL, 2010)

Não obstante a necessidade de obtenção de prova material para fins de reconhecimento do tempo trabalhado como tempo contribuído em âmbito previdenciário, pelo § 1º da IN supracitada, salienta-se que a prova obtida na justiça do trabalho para fins previdenciários não goza de presunção absoluta, podendo o INSS confrontá-las com as demais existentes nos próprios sistemas corporativos. A presunção relativa das provas fruto de decisões trabalhistas em âmbito previdenciário proporciona um cenário ainda mais distanciador de ambas as esferas, elevando o segurado a um status de incerteza e aumentando a disparidade entre os juízos. Ou seja, prova já aceita pelo juízo do trabalho e corroborada por sentença – título executivo por excelência – pode ser afastada pelo INSS de forma administrativa, quando discrepantes com os sistemas informatizados da previdência.

4 CONCLUSÃO

A interseção entre as áreas trabalhista e previdenciária é um assunto ainda delicado. Apesar de a legislação prever mecanismos de aproximação- como a competência do juízo trabalhista para executar as contribuições previdenciárias decorrentes das próprias sentenças- algumas questões ainda necessitam ser melhor apuradas. O instituto da prova, por exemplo, quando obtido em juízo trabalhista, que prima pela oralidade e simplicidade processual, não é suficiente para a justiça previdenciária, que exige, na maioria das vezes, início de prova material. Outro exemplo de desconexão entre ambas é o fato de as provas admitidas por sentença trabalhista não se constituírem de presunção absoluta na justiça previdenciária, conforme explanado ao longo deste artigo. A dificuldade de se obter o título executivo entre as duas esferas, hábil a atender ao postulante é, portanto, um problema que necessita ser melhor trabalhado, para que o direito seja satisfeito.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Instrução Normativa INSS / PRES n. 45 de 6 de agosto de 2010. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. **Diário Oficial da União**, 11 ago. 2010.

BRASIL. Instrução Normativa INSS/PRES n. 77. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**, 22 jan. 2015. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula n. 23. A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada. 18 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal Nacional da Uniformização. Súmula 31. A anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários. 2006.

BRASIL. Tribunal Nacional de Uniformização. Pedido de uniformização n. 50006508220124047213. Relator: Juíza Jacqueline Michels Bilhalva. Brasília, 28 maio 2009.

BRASIL. Tribunal Nacional de Uniformização. Pedido de uniformização n. 50006508220124047213. Relator: Juíza Kyu Soon Lee. Brasília, 9 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 704002220095020332. Recorrente: União (PGF). Recorridos: Nova Vida Espaço para Idosos S/C Ltda. E Celeste Domingues de Oliveira. Relator: Desembargador Francisco Rossal de Araújo. Brasília, 16 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 386. Policial Militar. Reconhecimento de vínculo empregatício com empresa privada (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 167 da SBDI-1). Conteúdo Jurídico, Brasília: 01 set. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.6964&seo=1>>. Acesso em: 18 maio 2018

CASTRO, C. A. P. Execução Previdenciária na JT – Justiça do Trabalho na TV 19. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3Yf9VD6B42E>>. Acesso em: 20 Jan 2017.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. Contagem: LTr, 2011.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

O FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI) COMO FATOR DE EXCLUSÃO DO RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL

Helen Kassia de Paula Santana¹

Resumo: A aposentadoria especial é um dos benefícios de maior desejo dos segurados da previdência social, em virtude de o tempo contributivo ser reduzido e a renda mensal corresponder a cem por cento do salário de benefício. Em contrapartida, para se ter direito a essa aposentadoria deve o segurado comprovar que trabalhou em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. Para elidir ou atenuar as condições nocivas de labor, parte-se do princípio de que é obrigação do empregador fornecer o chamado Equipamento de Proteção Individual (EPI) específico e eficaz à atividade desenvolvida pelo trabalhador. Sendo assim, o presente estudo tem como objetivo apresentar uma breve reflexão sobre o alcance da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 664.335, que fixou as premissas a serem observadas sobre o tema. A metodologia utilizada foi baseada em pesquisa bibliográfica com o uso de livros, artigos e jurisprudências.

Palavras-Chaves: Aposentadoria Especial. Atividades Nocivas. Equipamento de Proteção Individual. Eficácia.

Abstract: Special retirement is one of the most desired benefits of social security policyholders, because the contributory time is reduced and the monthly income corresponds to one hundred percent of the benefit salary. On the other hand, in order to be entitled to that retirement, the insured must prove that he has worked in conditions that are harmful to health or physical integrity. In order to avoid or reduce harmful working conditions, it is assumed that it is the employer's obligation to provide the specific and effective Personal Protective Equipment (PPE) to the worker's activity. Therefore, the present study aims to present a brief reflection on the scope of the decision handed down by the Federal Supreme Court in the judgment of the Extraordinary Appeal with Appeal n. 664,335, which established the premises to be observed on the subject. The methodology used was based on bibliographical research with the use of books, articles and jurisprudence.

¹ Especialista pela Pós-Graduação Stricto Sensu. Direito Previdenciário do Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC) Contagem - Advogada. e-mail: santana.helen.adv@gmail.com.
Professor orientador João Batista Lazzari.

Keywords: Special Retirement. Harmful Activities. Individual protection equipment. Efficiency.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, visando a proteção do cidadão, previu em seu art. 201, § 1º, critérios diferenciados de aposentadoria para trabalhadores que exerçam atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Além de estar exposto a agentes nocivos à saúde de forma habitual e permanente, não eventual nem intermitente, para o contribuinte pleitear aposentadoria especial deve ter um tempo total de atividade de 25, 20 ou 15 anos, conforme o caso, e possuir, no mínimo, 180 meses de carência.

Os segurados que trabalham em atividades nocivas devem fazer uso de equipamentos que os protejam ou que atenuem os impactos dos agentes físicos, químicos ou biológicos a que estão expostos, são os chamados Equipamentos de Proteção Individual (EPI).

O ponto que sempre foi alvo de inúmeros questionamentos é se o EPI realmente protege por completo o trabalhador dos riscos a que está submetido. Se o EPI reduz a exposição a patamar inferior aos níveis de tolerância, então não haverá de se falar em aposentadoria especial? Ou, mesmo com a atenuação dos riscos pelo uso do Equipamento, deve ser concedido o benefício?

Para a maioria da doutrina e jurisprudência, o uso do EPI no exercício do trabalho não se confunde com a eliminação da nocividade ao trabalhador, uma vez que não é possível banir por completo os malefícios causados pelos agentes.

No ARE 664.335, processo baseado no caso de um trabalhador que utilizou protetor contra ruídos no período de quatro anos, o STF firmou duas teses sobre o assunto: uma sobre o caso específico do julgamento – o ruído – e, outra, para quaisquer outros agentes físicos, químicos ou biológicos capazes de prejudicar a saúde do trabalhador.

Para conclusão do trabalho foram realizadas pesquisas bibliográficas em livros, artigos e jurisprudências.

2 APOSENTADORIA ESPECIAL E SEUS REQUISITOS

A Aposentadoria Especial é um benefício previsto na legislação previdenciária que visa conceder ao trabalhador segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual (somente quanto cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou produção), que labore em determinadas atividades consideradas prejudiciais à saúde, redução do tempo de trabalho para se aposentar.

Nos dizeres do Juiz e Professor Dr. João Batista Lazzari

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou a integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas (LAZZARI, 2013. p. 714-715).

O contribuinte que cumpre a carência exigida (180 meses) poderá se aposentar de forma especial após cumprir 25, 20 ou 15 anos de contribuição a depender do tipo de exposição que sofreu, nos termos do art. 57 da Lei n. 8.213/1991.²

O Decreto n. 3.048/99, em seu Anexo IV, dispõe quais são os agentes químicos, físicos e biológicos considerados prejudiciais à saúde, porém, conforme a Súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos, os agentes descritos em decreto não são exaustivos, podendo a perícia judicial constatar que uma atividade desenvolvida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não estando inscrita em Regulamento (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 716).

Importante destacar que o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é documento hábil a comprovar o tempo de atividade especial desenvolvida pelo trabalhador, sendo dever da empresa fornecer cópia autenticada do documento ao colaborador em caso de demissão ou quando solicitado por ele.

O PPP deverá conter todas as informações necessárias à comprovação do exercício de atividade considerada nociva à saúde do trabalhador que esteja requerendo o benefício ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

3 O USO DO EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI) E SUA EFICÁCIA

A Norma Regulamentadora n. 6, do Ministério do Trabalho, define o EPI como “todo dispositivo ou produto de uso individual do trabalhador destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde do trabalhador.”³

Assim, todo trabalhador que esteja exposto a agentes físicos, químicos ou biológicos que expressam considerável risco à sua saúde, integridade física ou psíquica, deve utilizar-se

² Art. 57. 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.

³ Lista de Equipamentos de proteção individual: a) proteção da cabeça, b) proteção dos olhos e face, c) proteção auditiva, d) proteção respiratória, e) proteção do tronco, f) proteção dos membros superiores, g) proteção dos membros inferiores, h) proteção do corpo inteiro, i) proteção contra quedas com diferença de nível. Disponível no Anexo 1 da NR 06.

de equipamentos de proteção que garantam, pelo menos, a atenuação destes impactos durante o tempo de exposição a eles.

Conforme a norma,

[...] a empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, 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;
- e,
- c) para atender a situações de emergência (BRASIL, 1978).

De modo a garantir a saúde do trabalhador, a Norma Regulamentadora n. 9, em sua cláusula 9.1.1, estabeleceu

[...] a obrigatoriedade da elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), através da antecipação, reconhecimento, avaliação e consequente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais (BRASIL, 1978).

Como explanado por Adriane Bramante de Castro Ladenthin,

[...] todas essas são medidas de proteção à saúde do trabalhador, com foco na prevenção dos riscos e na preservação da salubridade laboral. Constituem um conjunto de normas com escopo de salvaguardar o bem maior do trabalhador: sua saúde (LANDENTHIN, 2016, p. 346).

O uso do EPI, no entanto, apesar de atenuar os riscos à integridade física do trabalhador, não deveria servir de escopo para retirar o direito do trabalhador ao benefício da aposentadoria especial.

Sobre o Ruído, a TNU em sua Súmula 9, já havia concluído que “o uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado.”

O TST, na Súmula n. 289, também se pronunciou sobre o tema, afirmando que

[...] o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

O art. 57 da Lei n. 8.213/1991 descreve 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...” (BRASIL, 1991).

Embora mencionadas normas tenham coibido a descaracterização da aposentadoria especial em razão do uso do EPI; certo é que sempre existiu um forte confronto sobre este tema.

O Conselho de Recursos da Previdência Social, em seu Enunciado 21, que foi editado pela Resolução MPS/CRPS n. 1 das Câmaras do Conselho Pleno das Câmaras Superiores, de 11 de novembro de 1999, se manifestou no sentido de que o simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde. Consideração de todo o ambiente de trabalho (RIBEIRO, 2017, p. 276).

Para a professora Adriane Bramante de Castro Ladenthin:

Não é salutar descaracterizar a exposição do trabalhador aos agentes nocivos pela mera informação da empresa, de forma unilateral, sobre o fornecimento dos EPI's.

É exatamente o oposto! O uso dos equipamentos nos faz concluir que o ambiente de trabalho é nocivo, pois, se assim não fosse, não haveria necessidade de utilizá-los (LANDENTHIN, 2016, p. 349).

Para a também renomada professora Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro

[...] o fato de a empresa fornecer o Equipamento de Proteção Individual (EPI) ao empregado, e ainda que sejam utilizados tais equipamentos, não elide, por si só, o direito ao benefício da aposentadoria, com a contagem de tempo especial, cabendo examinar cada situação em particular (RIBEIRO, 2017, p. 284).

No mesmo sentido, julgou o TRF 3:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. EPI EFICAZ NÃO AFASTA RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. PRECEDENTES DO E. STJ E DESTA C. CORTE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. - Quanto à existência de EPI eficaz, a eventual neutralização do agente agressivo pelo uso de equipamentos de proteção individual não tem o condão de descaracterizar a natureza especial da atividade exercida, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos, não sendo motivo suficiente para afastar o reconhecimento do tempo de serviço em condições especiais pretendida. Precedentes do E. STJ e desta C. Corte. - Os argumentos trazidos pelo Agravante não são capazes de desconstituir a Decisão agravada. - Agravo desprovido. (TRF-3 - AC: 00018485620134036140 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, Data de Julgamento: 09/03/2015, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: 17/03/2015)

Acrescenta Adriane Bramante de Castro Ladenthin, que:

[...] EPI eficaz é uma falácia, sendo devida a aposentadoria especial independentemente de seu fornecimento ou não. A arrecadação da contribuição do adicional do SAT, a nosso ver, é devida sempre que houver a sujeição do trabalhador ao risco, ainda que utilizando os EPI's, pois, apesar de poderem diminuir a ação do agente nocivo, jamais o eliminam totalmente.

Ademais, a legislação previdenciária não descaracteriza a atividade especial pelo fornecimento dos EPI's mas tão somente exige seu uso para a proteção do trabalhador, que estará sujeito ao risco, prejudicial à saúde ou à integridade Física. (LADENTHIN, 2016, p. 354-355)

Embora seja majoritário tal entendimento, existem doutrinadores e tribunais com forma oposta de analisar a questão dos EPI's para concessão ou não do benefício da aposentadoria especial.

Para Sérgio Pinto Martins (2000, p. 366), “se o EPI eliminar ou neutralizar agente nocivo, não fará jus o trabalhador à aposentadoria especial.”

Diante deste confronto o STF reconheceu a repercussão Geral do caso e julgou o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 664.335.

4 O JULGAMENTO DO ARE n. 664.335

No dia 4 de dezembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do ARE 664.335. Com repercussão geral reconhecida, o Tribunal negou provimento ao recurso do INSS, que pretendia se eximir da obrigação de reconhecer o tempo de labor como especial ao segurado com base na arguição de eficácia do EPI em relação a ruídos.

O STF, então, firmou duas teses: a primeira, de que o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial; assentou, ainda, a segunda tese, de 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), de que o EPI é eficaz, ainda assim, não descaracterizará o tempo de serviço especial para aposentadoria.⁴

Para o STF, mesmo que o trabalhador utilize o EPI para atenuar o ruído, isso não é capaz de evitar todos os danos à saúde do segurado, pois os danos vão muito além dos problemas relacionados à função auditiva. No entanto, para as demais hipóteses de exposição a agentes nocivos à saúde do trabalhador, caso se verifique que aqueles equipamentos para proteção individual foram capazes de neutralizar ou diminuir o impacto que causam à integridade do segurado, então, não há de se falar em aposentadoria especial.

Em relação ao ruído a decisão foi uma vitória para o trabalhador, já que se ele realmente trabalhar em ambiente com barulho excessivo e acima do permitido não haverá mais discussão sobre a possibilidade de receber o benefício previdenciário. Lado outro, para

⁴ Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=664335&classe=ARE&origem=AP &recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

quaisquer outros agentes lesivos continuará burocrático a demonstração de seus malefícios para a saúde do operário.

É que, no preenchimento do PPP, o campo relativo ao EPI, na maioria das vezes, consta como eficaz. Porém, na realidade, a informação não condiz com a verdade e, deste modo, poderá o trabalhador ter o requerimento de aposentadoria especial negado. Ou seja, ficará mais fácil negar o benefício e com isso a justiça permanecerá com amontoados de processos relacionados ao tema.

Para Fábio Zambitte Ibrahim (2010. p. 650),

[...] o fornecimento de equipamento de proteção individual ou coletiva, mesmo que previstos em laudo técnico, não têm o condão de afastar a nocividade do trabalho, cabendo, no caso concreto, verificar a permanência da atividade como especial ou não (IBRAHIM, 2010. p. 650).

Do mesmo modo, Gisele Lemos Kravchychyn, diretora de atuação judicial do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), argumenta que “estudos técnicos e pareceres mostram que por mais que o equipamento ajude e amenize a exposição do trabalhador, eles não cessam por completo o contato com o agente nocivo” (PRATES, 2014).

Para o professor Marco Aurélio Serau Júnior, “Em determinadas situações o equipamento só amenizará em parte a situação, além de retirar o direito do trabalhador à aposentadoria especial, mesmo continuando a existir o risco, a adversidade à saúde e, no mínimo, o desconforto de usar EPI” (PRATES, 2014).

Para o Advogado Diego Henrique Schuster:

Ao questionar a eficácia do EPI de forma abstrata – sem a concretude do caso –, com todas as implicações que isso tem, o STF deslocou a discussão para a possibilidade de que a mera informação de que o EPI é eficaz, estampada no perfil profissiográfico previdenciário (PPP), é suficiente para afastar a natureza especial da atividade, razão pela qual prevaleceu no julgado mais a discussão sobre a prova da eficácia do EPI e menos a questão da prevenção (SCHUSTER, 2016, p. 43).

A verdade é que, o STF de forma acertada resolveu um caso concreto que servirá de aparato para os juízes julgarem casos análogos – quando o assunto for exposição do trabalhador a ruído acima do limite permitido, o assunto está resolvido. No entanto, caso quaisquer outros agentes físicos, químicos ou biológicos seja o mérito da questão continuará sendo bastante peculiar e difícil a comprovação.

Vejamos algumas decisões após o julgamento do ARE 664.335:

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A ELETRICIDADE. EPI EFICAZ. APOSENTADORIA NEGADA. I. Remessa oficial e apelação contra sentença que julgou procedente o pedido autoral de concessão de aposentadoria especial. O apelante visa que seja julgada improcedente a ação, porquanto **o autor não teria comprovado a**

habitualidade e exposição permanente ao agente nocivo eletricidade, além de que teria utilizado EPI eficaz para eliminar a insalubridade do contato.

II. O referido benefício tem natureza extraordinária e objetiva compensar o trabalho dos segurados que são expostos a agentes físicos, químicos e biológicos, ou uma combinação destes, acima dos limites de tolerância aceitos, o que se presume produzir perda de integridade física e mental em ritmo acelerado, diminuindo-lhe inclusive, a expectativa de vida útil.

III. No caso em tela, destaque-se que resta comprovado o tempo de serviço prestado em caráter especial no período compreendido entre 02.02.1977 e 20.12.1995, na COELBA, uma vez que, segundo o PPP de id. 4058000.146569, há exposição permanente e habitual ao agente físico eletricidade, em tensões de 250 volts até 13,8 KV, que consta no rol de agentes nocivos do Decreto n. 53.831/64, código 1.1.8. IV. Já em relação aos períodos de 01/08/97 a 02/10/2001, quando o autor trabalhou na Companhia de Energia Elétrica do Estado Tocantins, de 01.12.2005 a 30.11.2006, quando prestou serviço à empresa JLF de Vasconcelos & CIA LTDA., e de 29/10/2008 a 07/10/2013, quando laborou na Companhia Elétrica Alagoas, **tem-se que, não obstante configurada a exposição habitual e permanente à eletricidade, os PPPs (id. 4058000.146569) remontam a utilização eficaz de EPI.** V. Assim, note-se que o STF, no julgamento do ARE 664335-SC, sob o regime do art. 543-B, parágrafo 3º do CPC, sedimentou o entendimento de que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade do agente, não haverá respaldo constitucional à concessão de aposentadoria especial. (PROCESSO: 00080783420124058100, APELREEX/CE, DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 14/07/2015, PUBLICAÇÃO: DJE 30/07/2015 - Página 123). VI. Merece guarida o provimento da apelação, pois nos períodos de 01/08/97 a 02/10/2001, 01.12.2005 a 30.11.2006 e 29/10/2008 a 07/10/2013, **não restou configurada a especialidade do labor em razão da eficácia do EPI, de modo que o tempo mínimo exigido para a concessão da aposentadoria especial não foi contemplado.** VII. Como o demandante é beneficiário da Justiça Gratuita, não há condenação a custas e honorários advocatícios. VIII. Apelação e remessa oficial providas. (TRF-5 - APELREEX: 08020205420134058000 AL, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado), Data de Julgamento: 04/02/2016, 2ª Turma).

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA. RUÍDO. EPI EFICAZ. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. REPERCUSSÃO GERAL. STF RE 664335. AUSÊNCIA DE PRÉVIA FONTE DE CUSTEIO. ELETRICIDADE. EDIÇÃO DO DECRETO 2.172/97. EXCLUSÃO. LISTA DE AGENTES EXEMPLIFICATIVA. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STJ NO RESP 1.306.113/SC SUBMETIDO AO REGIME REPETITIVO. COMPROVAÇÃO DE EFETIVA EXPOSIÇÃO HABITUAL E PERMANENTE À TENSÃO SUPERIOR A 250 VOLTS. CONECTÁRIOS. 1. Consoante jurisprudência pacífica do e. TRF da 1ª Região, os Formulários, os PPP's, os laudos técnicos e demais documentos fornecidos pela empresa têm presunção de veracidade e constituem provas suficientes para comprovar o labor em atividade especial. 2. No que tange ao formulário PPP, anote-se que o campo de referido documento dedicado à enumeração dos agentes agressivos pressupõe, logicamente, a exposição de modo habitual e permanente aos fatores de risco nele indicados. 3. O anexo 15 da Instrução Normativa 45 INSS/PRES, de 06.08.2010, o qual traz o modelo de PPP a ser utilizado, bem como as instruções de seu preenchimento, em nenhum momento exige expressa menção acerca da habitualidade da exposição do agente nocivo. 4. Quanto ao uso de equipamento de proteção individual, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 664335, com repercussão geral reconhecida, assentou a tese de 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. (Cf. ARE 664335, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2014, Repercussão Geral - Mérito, Publicação 12/02/2015.) 5. A exposição ao agente agressivo “ruído” em níveis médios superiores ao mínimo estabelecido em lei permite, sim, a contagem diferenciada do tempo correlato, não obstante os níveis mínimos de ruído a que se expôs o segurado fossem inferiores ao do limite da norma, isto porque a indicação de níveis de ruído médios demonstra ter sido aquele o nível de exposição a que o trabalhador esteve exposto ao longo de sua jornada. 6. Embora a eletricidade tenha sido excluída da lista de agentes nocivos do Decreto n. 2.172 /97, o e. STJ, no julgamento do REsp 1.306.113/SC, processado nos moldes do art. 543-C do CPC, consolidou entendimento no sentido de que as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos são meramente exemplificativas, podendo ser admitida a contagem como tempo especial se comprovada a exposição do trabalhador de forma habitual e permanente ao agente agressivo. 7. A ausência de prévia fonte de custeio não impede o reconhecimento do tempo de serviço especial laborado pelo segurado, nos termos do art. 30, I, c/c art. 43, § 4º, da Lei 8.212/1991 e art. 57, § 6º, da Lei 8.213/1991. Não pode o trabalhador ser penalizado pela falta do recolhimento ou por ele ter sido feito a menor, uma vez que a autarquia previdenciária possui meios próprios para receber seus créditos. Precedentes desta Corte. 8. Em que pese a lei previdenciária prever o cancelamento do benefício de aposentadoria especial ao segurado que retornar voluntariamente ou continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes que caracterizam a nocividade da atividade, tal disposição visa à proteção da integridade física do segurado e tem como premissas a permanência da atividade após voluntariamente dela se afastar, o que não é o caso. Isto porque, apesar da tentativa de se aposentar administrativamente, o INSS indeferiu o pedido, não restando alternativa ao autor senão permanecer sujeitando-se às atividades nocivas. 9. Os critérios de pagamento de juros moratórios e de correção monetária devem observar o Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF n. 134, de 21.12.2010, e alterado pela Resolução/CJF n. 267, de 02.12.2013. 10. Apelação do INSS e remessa necessária parcialmente providas. Apelação do autor desprovida. (TRF-1 - AC: 00310001620114013800 0031000-16.2011.4.01.3800, Relator: JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO, Data de Julgamento: 21/10/2015, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 11/11/2015 e-DJF1, p. 364).

Mesmo tendo o STF definido que “em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário será o reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial”, ainda assim, o trabalhador continuará enfrentando dificuldade para a comprovação do exercício de atividade especial.

Como dizer que um profissional de enfermagem, por exemplo, usando o seu EPI de forma devida – um par de luvas – está completamente protegido do risco de se perfurar com uma agulha contaminada pelo vírus do HIV (agente biológico)?

Em relação ao calor, radiações, eletricidade? Realmente existe EPI eficaz para quem trabalha nestas condições?

São inúmeros exemplos de trabalhadores que, apesar de usarem o devido Equipamento de Proteção Individual, continuarão totalmente expostos ao risco. Por isso, não é razoável que se defina de uma forma geral que diante da comprovação de eficácia do uso do EPI, o trabalhador não fará jus ao benefício da aposentadoria especial.

5 CONCLUSÃO

Não foi por acaso que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 201, § 1º, previu um tratamento diferenciado para as pessoas que trabalham em condições prejudiciais à saúde e à integridade física.

Em observância ao princípio da igualdade e em respeito ao bem-estar social, buscou a Constituição Federal compensar os danos que o trabalhador que labora em atividades insalubres, perigosas ou penosas está exposto. Embora o ideal fosse a prevenção para que de nenhum modo houvesse esse risco, ao menos, o legislador estabeleceu norma compatível com a diferença de cada atividade.

No entanto, no atual momento político e econômico em que o Estado se encontra, pelo menos parece ser essa a justificativa, vê o legislador a necessidade de retirar direitos tão arduamente conquistados pelo povo. Deve realmente haver um controle sobre a projeção financeira e etária da Previdência Social, porém, não é deixando a população doente cada dia mais cedo em razão de trabalhos que possuem ambientes ou atividades degradantes que estará o Estado com o esperado equilíbrio das contas públicas. Mais vale cidadãos com saúde excelente podendo girar a economia através de seu trabalho à cidadãos doentes dependentes de saúde pública ou benefícios previdenciários.

Poderia o STF, no julgamento do ARE n. 664.335, ter aproveitado o momento em que se discutia um dos agentes causadores de danos à saúde do trabalhador, ter, também, sido mais específico para nortear as causas que envolvam outros tipos de degradação da saúde do trabalhador em razão da atividade exercida.

Verdade é, que a decisão do Supremo Tribunal Federal até reduziu as ações que aguardavam julgamento sobre questão do agente ruído. No entanto, surgiram outras milhares de ações para discutir a eficácia do EPI em diversas outras funções exercidas pelos segurados da previdência social que visam a aposentaria especial.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 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**, 25 jul. 1991, p. 14809, Texto Original. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Portaria n. 3.214, de 08 de junho de 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras-NR-do capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do

Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho. **Diário Oficial da União**, 6 jul. 1978. Disponível em: <<http://www.ctpconsultoria.com.br/pdf/Portaria-3214-de-08-06-1978.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PRATES, Caio. Uso de equipamento de proteção individual (EPI) eficaz poderá afastar aposentadoria especial. **Portal Previdência Total**, 05 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.previdenciatotal.com.br/integra.php?noticia=3781>>. Acesso em: 09 set. 2016.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial: Regime Geral da Previdência Social**. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

INCONSTITUCIONALIDADE DO FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO (FAP): ampla defesa e contraditório

Karen Camila Ferreira¹

Resumo: O Fator Acidentário de Prevenção (FAP) foi instituído com a intenção de aumentar ou reduzir a contribuição das empresas referente aos acidentes de trabalho, permitindo uma avaliação e um comparativo entre os riscos pertinentes a cada Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), permitindo uma pesquisa mais minuciosa do meio ambiente de trabalho. O FAP é um multiplicador a ser aplicado sobre as porcentagens do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho (GII-RAT), que correspondem a 1%, 2% ou 3%, dependendo do grau de risco da atividade empresarial. Entretanto essa majoração do GII-RAT fere alguns princípios constitucionais como o do devido processo legal e ampla defesa e contraditório. O presente estudo teve como objetivo pesquisar com bases em decisões judiciais se há entendimento e jurisprudência no sentido da inexistência da ampla defesa e contraditório no que se refere ao FAP. A ampla defesa e o contraditório são garantias dadas pelo art. 5 da Constituição Federal, fundamentais no estado democrático de direito, e por isso há que se rever a metodologia do FAP, pois com os critérios atuais não se garante clareza na justa medida do tributo.

Palavra- chaves: Fator Acidentário de Prevenção. Ampla defesa e contraditório. Cálculo do FAP.

Abstract: The FAP was created with the intention of increasing or reducing the contribution of companies related to work accidents, allowing an evaluation and comparison between the risks pertinent to each National Classification of Economic Activities (CNAE), allowing a more thorough investigation of the environment of work. The FAP is a multiplier to be applied to the percentages of GII-RAT, which correspond to 1%, 2% or 3%, depending on the degree of risk of the business activity. However, this increase in GII-RAT violates certain constitutional principles such as due process and ample defense and contradictory. The present study aimed to investigate based on judicial decisions if there is understanding and jurisprudence in the sense of lack of ample defense and contradictory regarding the FAP. The wide defense and the contradictory are guarantees given by art. 5 of the Federal Constitution, fundamental in

¹ Bacharel em direito pela FEAD, advogada do setor jurídico da Plantão Serviços de Vigilância Ltda. E-mail: karencamilaf@hotmail.com.

Orientadora: Melissa Folmann. Presidente da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/PR. Advogada. Mestre em Direito pela PUC/PR. Professora de Graduação e Pós-Graduação. Diretora científica do IBDP. E-mail: melissa@melissafolmann.com.br.

the democratic state of law, and therefore the FAP methodology must be reviewed, because with the current criteria, the fairness of the tax is not guaranteed.

Keywords: FAP. FAP ample defense and contradictory. FAP calculation.

1 INTRODUÇÃO

Diversos fatos econômicos marcaram a passagem de 2009 e a chegada de 2010. A crise econômica, as medidas de proteção do mercado interno brasileiro, incentivos fiscais para reaquecimento da economia, dentre outras situações, fizeram parte do cotidiano de trabalhadores e empresas. Mais especificamente às empresas, uma das surpresas da passagem do ano de 2009 veio com a divulgação dos índices que compuseram o Fator Acidentário de Prevenção (FAP) (SANTOS JÚNIOR, 2010).

O FAP foi instituído com a intenção de aumentar ou reduzir a contribuição das empresas referente aos acidentes de trabalho, permitindo uma avaliação e um comparativo entre os riscos pertinentes a cada Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), permitindo uma pesquisa mais minuciosa do meio ambiente de trabalho. Sendo assim, permite-se que a Previdência Social e os demais órgãos competentes a esta matéria apliquem meios de prevenção e luta contra a incidência de acidentes do trabalho.

O FAP é um multiplicador a ser aplicado sobre as percentagens do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho (GIL-RAT), que correspondem a 1%, 2% ou 3%, dependendo do grau de risco da atividade empresarial e incide sobre a folha de pagamento das empresas (SANCHES; PEGORETTI JÚNIOR, 2013).

Este índice nasceu com o desígnio de custear as aposentadorias especiais e os benefícios decorrentes de acidente de trabalho, e está previsto no art. 202-A do Decreto nº 3.048/99, *in verbis* (BRASIL, 2015):

Art. 202-A. As alíquotas constantes nos incisos I a III do art. 202 serão reduzidas em até cinquenta por cento ou aumentadas em até cem por cento, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção - FAP.

§ 1º O FAP consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,0000), aplicado com quatro casas decimais, considerado o critério de arredondamento na quarta casa decimal, a ser aplicado à respectiva alíquota.

§ 2º Para fins da redução ou majoração a que se refere o caput, proceder-se-á à discriminação do desempenho da empresa, dentro da respectiva atividade econômica, a partir da criação de um índice composto pelos índices de gravidade, de frequência e de custo que pondera os respectivos percentis com pesos de cinquenta por cento, de trinta cinco por cento e de quinze por cento, respectivamente.

§ 4º Os índices de frequência, gravidade e custo serão calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, levando-se em conta:

I - para o índice de freqüência, os registros de acidentes e doenças do trabalho informados ao INSS por meio de Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT e de benefícios acidentários estabelecidos por nexos técnicos pela perícia médica do INSS, ainda que sem CAT a eles vinculados;

II - para o índice de gravidade, todos os casos de auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, todos de natureza acidentária, aos quais são atribuídos pesos diferentes em razão da gravidade da ocorrência, como segue:

a) pensão por morte: peso de cinquenta por cento;

b) aposentadoria por invalidez: peso de trinta por cento; e

c) auxílio-doença e auxílio-acidente: peso de dez por cento para cada um; e

III - para o índice de custo, os valores dos benefícios de natureza acidentária pagos ou devidos pela Previdência Social, apurados da seguinte forma:

a) nos casos de auxílio-doença, com base no tempo de afastamento do trabalhador, em meses e fração de mês; e

b) nos casos de morte ou de invalidez, parcial ou total, mediante projeção da expectativa de sobrevivência do segurado, na data de início do benefício, a partir da tábua de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

§ 5º O Ministério da Previdência Social publicará anualmente, sempre no mesmo mês, no Diário Oficial da União, os róis dos percentis de freqüência, gravidade e custo por Subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE e divulgará na rede mundial de computadores o FAP de cada empresa, com as respectivas ordens de freqüência, gravidade, custo e demais elementos que possibilitem a esta verificar o respectivo desempenho dentro da sua CNAE-Subclasse.

§ 7º Para o cálculo anual do FAP, serão utilizados os dados de janeiro a dezembro de cada ano, até completar o período de dois anos, a partir do qual os dados do ano inicial serão substituídos pelos novos dados anuais incorporados.

§ 8º Para a empresa constituída após janeiro de 2007, o FAP será calculado a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao que completar dois anos de constituição.

§ 9º Excepcionalmente, no primeiro processamento do FAP serão utilizados os dados de abril de 2007 a dezembro de 2008.

§ 10º A metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social indicará a sistemática de cálculo e a forma de aplicação de índices e critérios acessórios à composição do índice composto do FAP.

A verdadeira intenção ao se instituir o FAP foi para que, com ele, houvesse uma elevada melhoria das condições do ambiente de trabalho e da saúde dos trabalhadores, fazendo com que as empresas se preocupassem de maneira bem peculiar com a saúde e segurança do trabalhador, garantindo sua dignidade em um ambiente de trabalho com menos riscos de acidentes (SANCHES; PEGORETTI JÚNIOR, 2013).

Entretanto essa majoração do GIL-RAT (risco de acidente de trabalho) fere alguns princípios constitucionais como o do devido processo legal e ampla defesa e contraditório.

Com a metodologia ora em vigor, os contribuintes terão a sua alíquota de contribuição ao RAT alterada em função do desempenho dos outros contribuintes dentro de sua subclasse CNAE, o que fatalmente levará a apuração distorcida do tributo.

Dessa forma, a ampla defesa e o contraditório ficam prejudicados uma vez que os cálculos dos percentis de ordem de outras empresas não são disponibilizados para conferência de uma empresa que se sente lesada, por exemplo.

Visto que essa tributação foi pensada com o intuito de reduzir os índices de acidente do trabalho, fato este que ainda não aconteceu, e a crescente demanda judicial acerca do tema, o presente estudo tem como objetivo demonstrar a inexistência do devido processo legal, ampla defesa e contraditório no que se refere ao FAP.

2 METODOLOGIA

Foi utilizada, principalmente, a pesquisa bibliográfica, constituída principalmente pareceres técnicos e jurídicos através de pesquisa documental por meio de documentos como: Decisões jurisprudenciais e documentos oficiais.

Para obtenção de tais documentos foi utilizado a seguinte metodologia:

- Busca simples no banco de dados LexML da seguinte forma: No campo de pesquisa foi digitado o seguinte termo “ampla defesa do FAP”. Após apresentação dos resultados desta pesquisa foram lidas as ementas e incluídos no trabalho as decisões de maior relevância para o tema.
- As decisões no sítio eletrônico Jusbrasil (<https://www.jusbrasil.com.br>) foram encontradas obedecendo a seguinte metodologia: No campo pesquisa foi digitado o seguinte termo “ausência ampla defesa e contraditório do FAP”. Após obtenção dos resultados da pesquisa foram lidas as ementas e incluídas as de maior relevância para o presente estudo.
- As decisões na íntegra foram coletadas nos sítios eletrônicos dos Tribunais Regionais Federais.

Foram incluídos nesse trabalho documentos e artigos publicados nos últimos sete anos, de janeiro de 2010 até junho de 2017.

Após a coleta dos dados foi feita a leitura crítica e interpretativa das fontes, observada a relevância e adequação ao tema do presente trabalho.

Em sequência, foi realizada uma discussão do que foi exposto por cada autor, de forma a relacionar a legislação pesquisada aos autores consultados. Dessa forma, pretende-se desenvolver uma análise fundamentada do assunto estudado.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP)

O Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP) é uma metodologia que consiste em identificar quais doenças e acidentes estão relacionados com a prática de uma determinada atividade profissional. Com o NTEP, quando o trabalhador contrair uma

enfermidade diretamente relacionada à atividade profissional, fica caracterizado o acidente de trabalho. Nos casos em que houver correlação estatística entre a doença ou lesão e o setor de atividade econômica do trabalhador, o Nexo Epidemiológico caracterizará automaticamente que se trata de benefício acidentário e não de benefício previdenciário normal (MORAIS, 2008).

Com a adoção dessa metodologia, a empresa deverá provar que as doenças e os acidentes de trabalho não foram causados pela atividade desenvolvida pelo trabalhador, ou seja, o ônus da prova passa a ser do empregador, e não mais do empregado. Até a entrada em vigor do NTEP, ao sofrer um acidente ou contrair doença, o INSS ou o trabalhador eram os responsáveis por comprovar que os danos haviam sido causados pela atividade então desempenhada (MORAIS, 2008).

Atendendo à sugestão das resoluções Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) n. 1.236/04 e n. 1.269/06, foi publicada em 27 de dezembro de 2006 a Lei n. 11.430, acrescentando à Lei n. 8.213/91 o art. 21-A, com a seguinte redação (VIANNA; FOLMANN, 2012):

Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a atividade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

§ 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexo de que trata o caput deste artigo.

A presunção quanto ao nexo ocupacional é dada quando da realização da Perícia Médica pelo INSS. A empresa pode requerer a não aplicação do NTEP ao caso concreto mediante a demonstração de inexistência de nexo causal entre o trabalho e o agravo (pode ser apresentado no prazo de 15 dias) (MORAIS, 2008). Entretanto ultrapassado este prazo presumem-se como verdadeiros os fatos (VIANNA; FOLMANN, 2012).

Porém, alguns comentários devem ser feitos. O NTEP não leva em consideração a avaliação dos ambientes e das condições de trabalho; fatores biológicos do grupo de trabalhadores (idade, sexo, características raciais, fatores familiares); causalidade múltipla dos adoecimentos, incapacidade e morte; que a “aptidão” para o trabalho não enseja, necessariamente, ausência de patologias, que poderão ser computadas como relacionadas ao CNAE da empresa. Além disso, podem surgir sintomas decorrentes de exposição a riscos ou atividades de trabalho pregressas, que serão computados no CNAE onde o trabalhador exerce suas atividades atualmente, gerando uma base estatística não verdadeira (MORAIS, 2008).

3.2 Ranking na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE)

Para a ponderação do local de uma empresa na fila do CNAE são considerados os supostos acidentes desta em relação ao de outras de mesma atividade econômica (VIANNA; FOLMANN, 2012).

Em sendo assim o empregador será mais ou menos tributado com fundamento não só em dados coletados a partir de si, mas de outras empresas de mesmo CNAE que foram imputados ou não acidentes.

Desta feita é inconteste o interesse de cada empresa em todos os processos administrativos de concessão de benefícios acidentários de todas as outras de mesmo CNAE (VIANNA; FOLMANN, 2012).

Em sendo assim qualquer empresa de mesma atividade econômica tem interesse nos processos concessionários de benefícios acidentários em face de outros, podendo, nos termos da Lei n. 9.784/99, art. 38:

Art. 38. O interessado poderá, na fase introdutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

É dever da autarquia previdenciária intimar todas aquelas que integrem o mesmo CNAE, a fim de respeitar a Constituição Federal, art. 5º, inciso LV, bem como a Lei n. 9.784/99, art. 26 e 28.

Pensar em sentido diverso seria tentar afastar a razoabilidade do ato administrativo tributário, pois não há como saber se o tributo de determinada empresa é justo sem ter acesso aos dados das demais empresas que estão no mesmo CNAE (VIANNA; FOLMANN, 2012).

4 DISCUSSÃO

Após coletados os dados, foram obtidas seis sentenças sendo constituídas da seguinte forma: um agravo de instrumento; quatro Acórdãos; e um mandato de segurança.

Para a 2ª turma do TRF3 decisão proferida em 15 de setembro de 2012 (BRASIL, 2012) diz que

[...] a alegação dos contribuintes, no sentido de que o cálculo do FAP pela Previdência Social partiu de dados incorretos e que viola o contraditório e a ampla defesa não comporta enfrentamento em sede de mandato de segurança. É que a atuação da Administração goza de presunção de legalidade e veracidade, de sorte que caberia à impetrante apresentar prova pré-constituída em sentido contrário, o que não se verificou *in casu*.

Em Acórdão da 3ª turma do TRF2 (04/11/2014), a ampla defesa e o contraditório no que se refere ao FAP

[...] foram respeitados na medida em que a Portaria Interministerial 329/2009, publicada em 11 de dezembro de 2009, conferiu direito de impugnação das alíquotas do FAP aos contribuintes, sobre documentos e cálculos que conduziram à alíquota aplicável (BRASIL, 2014).

Em uma apelação discutida pela 1ª turma do TRF3 (26/01/2016), e em outro acórdão da 1ª turma do TRF3 (11/10/2016), negou-se a inexistência da ampla defesa e do contraditório

[...] pois a nova disposição do art. 202-B do Decreto n. 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto n. 6.957/09, possibilita ao contribuinte inconformado com seu enquadramento insurgir-se através do pertinente recurso administrativo, dotado de efeito suspensivo (BRASIL, 2016b; 2016c).

Também nessas decisões a alegação de não cumprimento do princípio da publicidade para a ampla defesa não foi aceita: “Não há que se falar ainda na necessidade de divulgação dos dados em questão para todas as empresas, uma vez que tal exigência encontra óbice no art. 198 do CTN.” (BRASIL, 2016b; 2016c):

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Porém em um agravo de instrumento concedido pela 10ª Vara de São Paulo em 2013 o Juiz em seu voto diz:

Cinge-se a questão posta à necessidade de realização de prova pericial médica e contábil para o fim de apuração do valor devido pela agravante a título de Fator Acidentário de Prevenção - FAP.

Com efeito, no caso em tela não há que se falar em controvérsia acerca da constitucionalidade ou legalidade da referida exação, mas tão somente dos critérios empregados em sua metodologia de cálculo, o que demanda análise fático-probatória, e, por conseguinte, **a realização de perícia técnica, em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa** (BRASIL, 2013).

Em Mandato de Segurança concedido em 2016 pela 2ª turma do TRF 2 verificou-se também a necessidade de prova pericial pois

Diante das conseqüências gravosas que podem advir à esfera jurídica do empregador, é mister seja dada efetiva ciência ao empregador, a tanto não equivalendo a mera disponibilização de consulta ao sítio eletrônico da autarquia previdenciária, sendo que a exigência de que a empresa acesse o sítio do INSS para ter ciência de decisões administrativas viola os princípios do contraditório e da ampla defesa (BRASIL, 2016a).

Observa-se que a divulgação do FAP para impugnação ainda se encontra incompleta, uma vez que quando se verifica a classificação contida no ranqueamento tais dados não são passíveis de impugnação ante ausência de transparência dos dados de outras empresas, ferindo assim o contraditório e a ampla defesa.

Mesmo o INSS tendo fé pública, o erro humano não pode ser desconsiderado e por tal razão faz-se tão necessária, também, a perícia técnica dos dados para maior justiça no FAP.

5 CONCLUSÃO

A ampla defesa e o contraditório são garantias dadas pelo art. 5 da Constituição Federal, fundamentais no estado democrático de direito, e por isso há que se rever a metodologia do FAP, pois com os critérios atuais não se garante clareza na justa medida do tributo.

Visto que ainda temos decisões contraditórias nos tribunais do Brasil com relação ao FAP, torna-se necessário a discussão mais aprofundada deste assunto em futuros estudos científicos e até mesmo em fóruns e congressos de direito previdenciário.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Justiça Federal 10ª Vara de São Paulo. Agravo de instrumento n. 00146499520114036100 10 Vr SAO PAULO/SP. Relator: Juiz Federal Convocado Hélio Nogueira. São Paulo, 2013.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, 27 out. 1966, p. 12452. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Previdência. **FAP - Fator Acidentário de Prevenção**. Brasília, 01 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/saude-e-seguranca-do-trabalhador/politicas-de-prevencao/fator-acidentario-de-prevencao-fap/>>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação cível n. 201051010018764-RJ. Relator: Desembargador Federal Marcello Ferreira de Souza Granado. Rio de Janeiro, 17 de novembro de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Mandato de segurança n. 0153645-45.2015.4.02.5103- RJ. Relatora: Juíza Federal Titular Karla Nanci Grando. 1ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes/RJ, 27 de janeiro de 2016a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Agravo legal n. 0004491-15.2010.4.03.6100 - SP. Relatora: Desembargadora Federal Cecília Mello. São Paulo, 18 de setembro de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Apelação cível n. 00053304920104036000-MS. Relator: Desembargador Federal Hélio Nogueira. São Paulo, 24 de outubro de 2016b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Processo civil n. 0002152-83.2010.4.03.6100-SP. Relator: Desembargador Federal Hélio Nogueira. São Paulo, 3 de fevereiro de 2016c.

MORAIS, L. B. O Fator Acidentário Previdenciário (FAP) e o Nexo Técnico Epidemiológico (NTE). **Revista de Previdência Social**, v. 32, n. 328, p. 223-226, mar. 2008.

SANCHES, Sandra Cristina Floriano Pereira de Oliveira; PEGORETTI JÚNIOR, Carlos Roberto. O. A inconstitucionalidade do Fator Acidentário de Prevenção (FAP). **Revista Científica Semana Acadêmica**, v. 32, 10 jul. 2013. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/inconstitucionalidade-do-fator-acidentario-de-prevencao-fap>>. Acesso em: 18 maio 2018.

SANTOS JÚNIOR, I. R. O fator acidentário de prevenção e a extrafiscalidade. **Revista Brasileira de direito Tributário e finanças públicas**, v. 4, n. 19, p. 37-49, mar./abr., 2010.

VIANNA, C. S. V.; FOLMANN, M. **Fator acidentário de prevenção (FAP):** inconstitucionalidades, ilegalidades e irregularidades. Curitiba: Juruá, 2012. 212p.

APOSENTADORIA ESPECIAL DO ELETRICISTA

Lucrecia Teixeira Pinheiro¹

Resumo: O presente artigo visa debater acerca da aposentadoria especial ao longo do tempo bem como sua aplicação prática e os impactos da reforma previdenciária, tal como é pretendida por meio da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 287/2016, especialmente no que concerne ao futuro do benefício de aposentadoria especial.

Palavras-Chaves: Aposentadoria Especial. Eletricista. Retrocesso. EPI, PEC n. 287/2016.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa refletir sobre a aposentadoria especial do eletricista. Para tanto, é necessário fazer um breve apanhado acerca do conceito de aposentadoria especial, suas aplicações e entendimentos jurisprudenciais ao trabalhador exposto ao agente perigoso eletricidade. Pretende-se também esclarecer e demonstrar qual o impacto a proposta de emenda à constituição (PEC n. 287/2016) trará aos trabalhadores que laboram em ambientes insalubres ou perigosos.

2 DA APOSENTADORIA ESPECIAL

A Constituição Federal, em seu art. 201, § 1º determinou que os segurados expostos a agentes agressivos tivessem tratamento diferenciado, não sendo possível considerar igualmente os períodos de atividades especiais com os de atividades comuns, vejamos:

É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, **ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física..., nos termos definidos em lei complementar.** (grifo nosso)²

Além de estar inserida diretamente na Constituição Federal, a legislação previdenciária procurou conferir um tratamento jurídico privilegiado para aquelas pessoas que tenham trabalhado sob condições nocivas a sua saúde, de maneira que viabiliza uma aposentadoria mais precoce e vantajosa do que as demais atividades profissionais conforme se observa no disposto no art. 57 da Lei n. 8.213/91, vejamos:

Art. 57. 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

¹ Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogada. E-mail: lucrecia.adv@gmail.com. Professor orientador: Roberto de Carvalho Santos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0143629860148086>.

² Redação trazida pela Emenda Constitucional n. 20/1998. Atualmente o art. 201, § 1º, da CF foi alterado pela EC 47/05 para incluir tratamento diferenciado também à pessoa com deficiência.

(quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 28.4.95).

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no Art. 33 desta Lei, **consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício** (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 28.4.95).

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no Art. 49.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 28.4.95)

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei n. 9.032, de 28.4.95).

§ 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. (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.032, de 28.4.95).

§ 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do Art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente (Redação dada pela Lei n. 9.732, de 11.12.98).

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.732, de 11.12.98).

§ 8º Aplica-se o disposto no Art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no Art. 58 desta Lei (Parágrafo acrescentado pela Lei n. 9.732, de 11.12.98).

Pela análise do artigo supramencionado observa-se que o direito à aposentadoria especial é devido ao segurado que se encontra exposto a condições especiais que prejudicam sua saúde ou sua integridade física, não sendo necessário que esse agente cause real prejuízo ao trabalhador, haja vista que apenas a sujeição do trabalhador ao agente nocivo é o que determina o direito ao benefício.

No que tange a uma definição acerca da aposentadoria especial, o professor Wladimir Novaes Martinez (2001, p. 21) a define como:

[...] espécie de aposentadoria por tempo de serviço devida a 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 do EPI ou em face de EPC insuficiente, fatos exaustivamente comprovados mediante laudos técnicos periciais emitidos por profissional formalmente habilitado, ou perfil profissiográfico, em consonância com

dados cadastrais fornecidos pelo empregador (DSS 8030 e CTPS) ou outra pessoa autorizada para isso.

Para Diego Henrique Schuster (2016, p. 38), “a aposentadoria especial se apresenta como uma técnica de proteção específica de previdência social, com condição de evitar a efetiva incapacidade do trabalhador pela redução do tempo de contribuição”.

Por sua vez, a professora Adriana Bramante (2016, p. 34), em sua obra sobre a aposentadoria especial, afirma que o conceito-base da aposentadoria especial:

[...] é, portanto, a sujeição do segurado aos agentes nocivos 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 preventiva.

Nesse sentido, conforme já exposto acima, na aposentadoria especial é diferente, ou seja, não é necessário que o trabalhador esteja com sua saúde comprometida para ter direito a se aposentar com tempo inferior ao da aposentadoria convencional, bastando, para tanto, estar exposto ao agente agressivo pelo período mínimo determinado em lei.

3 DO AGENTE PERICULOSO ELETRICIDADE

O agente nocivo eletricidade tem previsão no Decreto n. 53.831/64 conforme código 1.1.8, estando a título exemplificativo descritas as seguintes atividades: “Trabalhos permanentes em instalações ou equipamentos elétricos com riscos de acidente – eletricitas, cabistas, montadores e outros.” A atividade é qualificada como perigosa, exigindo-se, ainda, a exposição a tensão superior a 250 volts.

O Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964, prescreve em seu art. 2º, *verbis*: “Para os efeitos da concessão da Aposentadoria Especial, serão considerados serviços insalubres, perigosos ou penosos, os constantes do Quadro anexo em que se estabelece também a correspondência com os prazos referidos no art. 31 da Lei n. 3.807/60.”

Eis o quadro anexo do referido Decreto:

CÓDIGO	CAMPO DE APLICAÇÃO	SERVIÇOS E ATIVIDADES PROFISSIONAIS	CLASSIFICAÇÃO	TEMPO DE TRABALHO MÍNIMO	OBSERVAÇÕES
1.0.0	AGENTES				
1.1.0	FÍSICOS				
1.1.8	ELETRICIDADE Operações em locais com eletricidade em condições de perigo de vida.	Trabalhos permanentes em instalações ou equipamentos elétricos com riscos de acidentes - Eletricistas, cabistas, montadores e outros.	Perigoso	25 anos	Jornada normal ou especial fixada em lei em serviços expostos a tensão superior a 250 volts. Arts. 187, 195 e 196 da CLT. Portaria Ministerial 34, de 8-4-54.

O Decreto n. 2.172/97 revogou o Decreto n. 53.831/64, entretanto tais alterações legislativas não têm eficácia, tendo em vista que a legislação anterior reconhecia como de natureza especial, e não se pode ferir a garantia constitucionais do Direito Adquirido bem como o princípio da Irretroatividade.

Mesmo se o correto fosse que se considerasse apenas o expresso em legislação vigente, a orientação jurisprudencial, bem como a doutrina, se posicionam no sentido de que a lista das atividades consideradas como perigosas, insalubres ou penosas presentes nos anexos do RBPS, é meramente exemplificativa.

Nesse sentido se posicionou o TRF 1ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL E CONVERSÃO EM COMUM. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE. LEI N. 9.032, DE 28/04/95 E DECRETO N. 53.831/64 - ATIVIDADE DE TORNEIRO ESPECIALIZADO DESENVOLVIDA JUNTO À EMPRESA RHODIA S/A, EM CIRCUNSTÂNCIA HABITUAL E PERMANENTEMENTE PREJUDICIAL À SAÚDE. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA.

1. O tempo de serviço especial é aquele decorrente de serviços prestados sob condições prejudiciais à saúde ou em atividades com riscos superiores aos normais para o segurado e, cumprido os requisitos legais, dá direito à aposentadoria especial. As atividades consideradas prejudiciais à saúde foram definidas pela legislação previdenciária, especificamente, pelos Decretos 53.831/64, 83.080/79 e 2.172/97.

2. Exercendo o segurado uma ou mais atividades sujeitas a condições prejudiciais à saúde sem que tenha complementado o prazo mínimo para aposentadoria especial, é permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria. Precedentes (RESP 411946/RS e AMS 2000.38.00.018667-4/MG).

3. As exigências previstas na Lei n. 9.032/95 não alcançam o período laboral anterior à data de sua publicação, de modo que a comprovação da exposição do autor aos agentes prejudiciais à saúde, até 29.04.95, deve ser aferida de acordo com o enquadramento do ramo de atividade que exercia.

4. A prova documental carreada ao processo comprova que o autor trabalhou na empresa RHODIA S/A, no período de 16 de junho de 1975 até a data em que foi emitido o comprovante de informações sobre atividades com exposição a agentes agressivos, no caso 9 de maio de 1989 e, no decorrer deste tempo, desempenhou atividades de Torneiro Especializado, em local que continha torres de destilação, reatores, bombas, ventiladores, compressores de amônia e de hidrogênio, para que fosse processados produtos como fenol, acetona, bisfenol, cicloexanol, hidroperóxido de cumeno, bicarbonato de amônia e de soda e matérias primas como hidrocarboneto, fenol, cicloexanol, amônia, monóxido de carbono, hidrazinas, etc.

5. Também comprova a atividade prejudicial à saúde a supervisão da qualidade técnica dos trabalhos de manutenção e reparos das células eletrolíticas e montagem de novas células, bem como o adicional de periculosidade concedido ao segurado e constante nas cópias dos contra-cheques juntados aos autos. Precedente (AMS 1997.01.00.007071-9/MG).

6. A correção monetária incidirá sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei n. 6.899/81, conforme enunciados do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

7. Os juros moratórios no percentual de 1% ao mês, a partir da citação, refere-se às prestações a ela anteriores, pois em relação às posteriores, conta-se da data do vencimento.

8. Apelação a que se nega provimento. Remessa oficial provida, em parte. (AC 200433000029770 - AC - APELAÇÃO CIVEL – 200433000029770 – Relatora: JUÍZA FEDERAL MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA - DJ DATA: 30/07/2007 PAGINA: 73)

PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE 13/02/1975 A 03/09/2002 COMO ESPECIAL - AGENTE NOCIVO: ELETRICIDADE - DECRETO N. 53.831/64 - DIREITO ADQUIRIDO À FORMA DE CONTAGEM - CONVERSÃO - SENTENÇA TRABALHISTA QUE RECONHECEU A PERICULOSIDADE DA ATIVIDADE - JUROS DE MORA - CORREÇÃO MONETÁRIA - APELAÇÃO IMPROVIDA E REMESSA OFICIAL PROVIDA EM PARTE.

1. “O segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito por isso à aposentadoria especial, faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida em que se trabalha. Assim, eventual alteração no regime ocorrida posteriormente, mesmo que não mais reconheça aquela atividade como especial, não retira do trabalhador o direito à contagem do tempo de serviço na forma anterior, porque já inserida em seu patrimônio jurídico” (STJ; RESP 425660/SC; DJ 05/08/2002 PG:407; Relator Min. FELIX FISCHER).

2. Inexiste no caso concreto ofensa ao contraditório, sendo certo que “para que os efeitos da sentença da Justiça do Trabalho prevaleçam a fim de verem reconhecidos benefícios previdenciários não é necessário que o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS integre a lide.” (Resp. 710837, DJU de 21.03.05). A decisão proferida em processo trabalhista, plenamente contencioso e que preserva incólume o princípio da ampla defesa e do contraditório, produz efeitos externos, a exemplo daquela que, redimensionando o valor da renda mensal inicial de benefício, quando reconhecida a periculosidade da atividade a ensejar o pagamento do adicional a ela afeto, implica inclusive no recolhimento tributário dos valores devidos, mas recebidos em atraso pelo trabalhador, depois de majorados os salários-de-benefício.

3. Tais efeitos somente não poderiam ser considerados na relação previdenciária, no tocante à caracterização da exposição do trabalhador a risco à sua integridade física, se estivessem em dissonância com os preceitos do Decreto n. 3.048/99, o qual em relação às atividades especiais determina que restem comprovados o seu exercício de forma habitual e permanente, demonstrando-se, ainda, os agentes agressivos aos quais estava sujeito o empregado, buscando, mais a comprovação da exposição ao agente agressivo, do que o enquadramento puro e simples, mediante o exercício desta ou daquela profissão.

4. Tratando-se de período anterior à edição da Lei n. 9.032/95, não há necessidade de comprovação de exposição permanente e efetiva aos agentes nocivos, conforme orientação da Instrução Normativa 84 do INSS, de 22.01.2003 (art. 146).

5. Constatado em laudo pericial elaborado perante a Justiça do Trabalho que as atividades descritas têm enquadramento no Decreto nºs 53.831/64 (item 1.1.8 eletricidade), deve ser reconhecido o período de 13/02/1975 a 03/09/2002 como tempo de serviço especial.

6. Não há óbice ao reconhecimento do período trabalhado sob condições especiais, eis que foi devidamente comprovado pela CTPS, certidão da Justiça do Trabalho e laudo técnico, que o autor laborou nas funções de “auxiliar

técnico de telecomunicações” (de 13/02/1975 a 07/11/1984) e de “técnico em telecomunicações” (de 07/11/1984 a 03/09/2002).

7. Reconhecido o exercício de trabalho em condições ambientais adversas, assiste ao autor o direito à conversão do período laborado para tempo de serviço comum, na forma do art. 57, § 5º, Lei n. 8.213/91. Neste sentido, já decidiu esta Turma, nos autos da Apelação em Mandado de Segurança n. 2001.38.00.007339-6/MG, Rel. Des. Fed. Antônio Sávio de O. Chaves, que “o § 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/91 está em plena vigência, sendo que, atualmente não cabe mais dúvida quanto à possibilidade de conversão de todo tempo trabalhado em condições especiais, para ser somado ao restante do tempo sujeito a contagem comum e, conseqüentemente, fazer *jus* à aposentadoria por tempo de serviço”. Ademais, o § 2º do art. 70 do Decreto n. 3.048/99, na redação dada pelo Decreto n. 4.827/03, prevê que “as regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período”.

8. O tempo de atividade especial reconhecido (13/01/1975 a 03/09/2002), somado ao tempo comum, perfaz um total superior a 35 anos, o que garante ao autor a aposentadoria integral por tempo de serviço como deferida.

9. Afastada a aplicação da Taxa Selic, os juros são devidos à razão de 1% ao mês, a partir da citação, considerada a natureza alimentar da dívida, na linha de orientação do STJ (RESP 314181/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, in DJ de 05/11/2001, pág. 133, unânime; AGRESP 289543/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, in DJ 19/11/2001, pág. 307, unânime).

10. As verbas em atraso devem ser corrigidas monetariamente nos termos da Lei n. 6.899/81, a partir do vencimento de cada parcela, nos termos das Súmulas de nºs 43 e 148 do Eg. STJ, aplicando-se os índices legais de correção.

11. Apelação improvida e Remessa Oficial provida em parte. (AC 200235000145122 - AC - APELAÇÃO CIVEL – 200235000145122 – Relator: LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA - DJ DATA:16/07/2007 PAGINA:18)

Nesse sentido se posicionou o TRF 2ª Região:

PREVIDENCIÁRIO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO.

I - A atividade considerada nociva, a ensejar aposentadoria especial, não precisa estar entre aquelas previstas no regulamento específico da Previdência, uma vez que a lista ali exposta não é taxativa, mas exemplificativa, concluindo-se pelas condições especiais de trabalho através de provas anexadas aos autos.

II - É permitida a conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum, para fins de concessão de aposentadoria.

III - Art. 57 § 3º e 5º da Lei n.º 8.213/91. IV - Improvimento da apelação e remessa necessária (MAS 2000.02.01.037478-0/RJ, Rel. Juíza Tânia Heine, TRF-2ª Reg., 3ª T., um., DJU 29.03.2001).

No que tange a questão da periculosidade, tanto a doutrina como também a jurisprudência, se pacificaram no sentido de que a atividade não precisa estar expressamente prevista em normas específicas, **bastando que a periculosidade seja evidente**. Além disso, a periculosidade não necessita ser de modo permanente durante toda a jornada de trabalho. O permanente nesse caso deve ser interpretado de como se, ao longo do seu período de trabalho o empregado está em contato regularmente ao risco.

Nesse sentido se posicionou a Súmula n. 198, do extinto Tribunal Federal de Recursos:

Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento.

Assim nos ensina brilhantemente Dra. Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro:

E, ainda, que, em se tratando de periculosidade, sua caracterização independe da exposição do segurado durante toda a jornada, como ocorre no caso da insalubridade, na qual ganha importância o tempo em que o organismo se sujeita à presença da nocividade.

A conclusão é no sentido de que a exposição regular do segurado à possibilidade de um evento, de um acidente tipo, que, em ocorrendo, já traz como consequência o infortúnio, é suficiente para configuração como especial do tempo de serviço (RIBEIRO, 2016. p. 297).

Podemos concluir, portanto, que a atividade desenvolvida exposto ao agente perigoso eletricidade, possui caráter especial cujo período deve ser computado para fins de concessão de aposentadoria especial ou mesmo ter este tempo transformado em comum com a aplicação do coeficiente 1,4 (para os homens) ou 1,2 (para as mulheres) para fins de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição integral.

4 DO ENTENDIMENTO ATUAL ACERCA DO AGENTE PERICULOSO ELETRICIDADE

O entendimento majoritário dos tribunais acerca do enquadramento da eletricidade vem sendo favorável nas instâncias superiores, razão pela qual, os juízes de primeiro grau vêm adotando o mesmo posicionamento.

Nos casos em que atuo na primeira instância em Belo Horizonte, temos decisões favoráveis ao reconhecimento do agente perigoso eletricidade como especial de forma a conceder o benefício de Aposentadoria Especial aos trabalhadores expostos e que comprovam a referida exposição através de PPP fornecido pela empresa.

Nesse sentido, nos casos concretos, temos tido bastante êxito com relação ao enquadramento da eletricidade acima de 250 volts. Vale colacionar alguns posicionamentos no que tange a esta matéria, vejamos:

- Hipótese dos autos (tempo especial)

a) Período de 01/10/1991 a 24/09/1992 e 24/09/1992 a 05/03/1997:

A decisão administrativa do INSS às **fls. 62** comprova que os referidos períodos já foram reconhecidos administrativamente como tempo especial para fins previdenciários, sendo, portanto, incontroversos.

b) Períodos de 08/01/1986 a 18/06/1986, 28/01/1987 a 10/04/1987, 12/08/1987 a 03/02/1988, 23/02/1988 a 22/05/1988, 06/06/1988 a 18/04/1989, 18/07/1989 a 25/08/1989, 29/08/1989 a 17/01/1990:

O autor requer o reconhecimento do tempo especial nos referidos períodos pelo enquadramento profissional, com o reconhecimento da exposição ao agente nocivo eletricidade. O Decreto 53.831/64 especifica no item 1.1.8 que

a atividade sujeita à eletricidade somente será caracterizada como especial se a prestação serviço ocorrer com exposição a tensão superior a 250 volts. Compulsando os autos, verifico que o autor juntou apenas as anotações da CTPS relativa aos referidos períodos, não havendo quaisquer laudos ou formulários que informem as condições do trabalho e a exposição à tensão mínima exigida pela legislação então em vigor, razão pela qual não há como enquadrar os referidos períodos como tempo especial para fins previdenciários.

c) Período de 06/03/1997 a 23/04/2013 (tempo especial):

No referido período, o autor trabalhou como eletricista da Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA, exercendo suas atividades com risco de exposição à **tensão superior a 250 volts**, conforme formulário PPP de **fls. 143/145**.

Tendo em vista a recente mudança de orientação do STJ, por razões de segurança jurídica e, em prol da duração razoável do processo, ressalvo meu entendimento já exposto em outros julgados, para admitir o enquadramento do tempo especial, em se tratando de exposição à eletricidade de tensão superior a 250 volts, **mesmo que ausente tal previsão no Decreto n. 2.172/1997**. (precedentes atuais de ambas as Turmas da 3ª Seção do STJ: AgRg no REsp 1089418/RS, Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 27.02.2012; AgRg no REsp 1277986/AL, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJ de 09.11.2011; EDcl no AgRg no REsp n. 1.119.586/RS, Relator Ministro Og Fernandes, DJ de 21.11.2011; AgRg no REsp n. 1.099.293/RS, Relator Ministra Laurita Vaz, DJ de 9/3/2011; AgRg no REsp n. 1.240.450/PR, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu, DJ de 4/8/2011).

No caso, a atividade exercida com risco de exposição à tensão superior a 250 volts foi devidamente comprovada por meio de formulário PPP. O uso de EPI não afasta a condição especial da atividade, conforme fundamentação em tópico específico desta sentença.

É cediço que o formulário do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP somente será emitido pela empresa com base em laudo técnico de condições ambientais de trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança, conforme o Anexo XV da Instrução Normativa do INSS, e como o documento faz expressa referência ao engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, é possível a sua utilização em juízo para comprovação da atividade especial.

Atribuo credibilidade à referida prova, pois, ao emitir os referidos formulários e laudo técnico, os profissionais responsáveis ficam sujeitos às penalidades legais previstas, inclusive sanções penais e administrativas, se as declarações não corresponderem à realidade.

O período em questão deve, portanto, ser reconhecido como de atividade **especial** (Processo n. 0059241-29.2013.4.01.3800).

Como se pode observar na sentença acima, logo na primeira instância o trabalhador tem seu direito reconhecido quando labora exposto ao agente nocivo eletricidade.

5 DO USO DO EPI

A partir da Lei n. 9.732, de 11/12/1998, o INSS passou a perquirir acerca do uso de equipamentos de proteção individual, até mesmo como medida de segurança de trabalho, embora seja incontestável que tais instrumentos não sejam aptos a eliminar a nocividade das atividades consideradas insalubres de acordo com a legislação em vigor.

Não há que se presumir, pela sua simples utilização do EPI, que foram os agentes nocivos completamente neutralizados, descaracterizando, por sua vez, a atividade especial do segurado.

Os instrumentos de proteção ao trabalhador visam a reduzir os danos causados ao empregado diante do serviço especial prestado, não eliminando, contudo, por completo o risco inerente a estas atividades e não descaracterizando, por consequência, a condição de insalubridade do ponto de vista previdenciário.

Não se pode confundir aposentadoria por invalidez com aposentadoria especial. Neste caso, o mero fato de um trabalhador exercer suas atividades em um ambiente de trabalho insalubre já é suficiente para caracterizar o direito à aposentadoria especial, não havendo necessidade de comprovar o efetivo dano à saúde do trabalhador.

A potencialidade do dano já basta para conferir direito à aposentadoria especial.

Mesmo que, por exemplo, um médico trabalhe com todos os equipamentos de proteção individual ainda sim pode haver algum acidente que lhe cause uma infecção. O equipamento de proteção individual, por si só, não protege absolutamente o trabalhador, daí porque existe a aposentadoria especial.

A informação constante do PPP no sentido de que o EPI é eficaz não pode elidir o direito à aposentadoria especial.

Ora, como um empregador afirmará que o equipamento de proteção individual é ineficaz? Se não for eficaz de ponto de vista abstrato ele poderá ser responsabilizado civilmente por eventual dano causado ao trabalhador. Outra situação é afirmar que o EPI jamais inibe que o trabalhador desenvolva algum problema de saúde em razão do fato de trabalhar em ambiente nocivo, podendo o indivíduo ter uma suscetibilidade maior, o equipamento não ser utilizado durante toda a jornada ou mesmo tal equipamento apresentar algum defeito.

Os ensinamentos doutrinários abaixo transcritos também merecem destaque:

[...] a simples utilização de equipamento não assegura proteção e sim a utilização adequada de um EPI que foi bem escolhido para o tipo e intensidade do ruído, que considerou a compatibilidade com outros EPIs e, agora sim, o conforto. [...] confiar nas instruções ou no experimento do fabricante para estimar a atenuação do EPI pode ser de pouco valor para avaliar a proteção que um trabalhador obtém sob circunstâncias normais de uso (“o mundo real”). A razão mais óbvia para a pobre atenuação observada no mundo real é de que EPIs (especialmente plugs) não são adequadamente escolhidos e utilizados (KWITKO, Airton. **Escolha e determinação do tempo de vida útil de EPIs auditivos**: práticas no mundo real).

A conclusão coerente com a correta interpretação dos textos legais, é que o fato de a empresa fornecer o EPI - Equipamento de Proteção Individual, ao empregado, e ainda que sejam utilizados tais equipamentos, não elide, por si só, o direito ao benefício da aposentadoria, com a contagem de tempo especial, cabendo examinar cada situação em particular (RIBEIRO, Maria

Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial**: Regime Geral da Previdência Social. Curitiba: Juruá, 2004).

A simples menção da utilização de EPI, na forma da Lei nº 9.732/98, também, não tem o poder de desnaturar a atividade nociva à saúde humana (WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos; BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Manual de Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quartir Latin, 2005, p. 172).

Sobre a questão foi decidida pelo STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 664335, no qual foi reconhecida a repercussão, assentou a tese segundo a qual:

[...] 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” e de 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), da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria”: “O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso extraordinário. Reajustou o voto o Ministro Luiz Fux (Relator). O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, que só votou quanto ao desprovimento do recurso, assentou a tese segundo a qual 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. O Tribunal, também por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki, assentou ainda a tese de 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), da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 04.12.2014. (ARE 664335 RG / SC, Relator Min. Luiz Fux, na sessão do plenário de 4.12.2014)

Transcrevo, ainda, para elucidar, fragmentos do voto do ilustre Ministro Luiz Fux, relator do ARE 664335/SC:

Ab initio, podemos deduzir, como questão de lógico-jurídica, que o simples fornecimento do EPI pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde. A propósito, em sentido análogo, mas referente ao adicional de insalubridade, foi editada a Súmula n. 289 do TST, *verbis*: “O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado.

No caso do agente agressivo eletricidade, a mera declaração no PPP de utilização do EPI é insuficiente para afastar o tempo de serviço especial. Outrossim, não há se falar nas normas que previram a adoção pelas empresas dos equipamentos de proteção individual e coletivo como fatores de neutralização dos agentes nocivos.

Cabe ainda mencionar a extinta Súmula n. 9, do Tribunal Nacional de Uniformização do Juizado Especial Federal, que foi abarcada e decidida pelo STF no Recurso Extraordinário n. 664335:

SÚMULA n. 09. O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, NÃO DESCARACTERIZA O TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL PRESTADO.

Da mesma forma já se manifestaram os Tribunais de todo o país, conforme se vê as jurisprudências abaixo colacionadas:

PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. EXERCÍCIO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE FORMULÁRIO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE ATÉ O DECRETO 2.172/97 - RUÍDOS ACIMA DE 80 DECIBÉIS CONSIDERADOS ATÉ A VIGÊNCIA DO REFERIDO DECRETO. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. SIMPLES FORNECIMENTO. MANUTENÇÃO DA INSALUBRIDADE. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR N. 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte entende que não só o período de exposição permanente a ruído acima de 90 dB deve ser considerado como insalubre, mas também o acima de 80 dB, conforme previsto no Anexo do Decreto 53.831/64, que, juntamente com o Decreto 83.080/79, foram validados pelos arts. 295 do Decreto 357/91 e 292 do Decreto 611/92.

2. Dentro desse raciocínio, o ruído abaixo de 90 dB deve ser considerado como agente agressivo até a data de entrada em vigor do Decreto 2.172, de 5/3/97, que revogou expressamente o Decreto 611/92 e passou a exigir limite acima de 90 dB para configurar o agente agressivo.

3. O fato de a empresa fornecer ao empregado o Equipamento de Proteção Individual – EPI, ainda que tal equipamento seja devidamente utilizado, não afasta, de *per se*, o direito ao benefício da aposentadoria com a contagem de tempo especial, devendo cada caso ser apreciado em suas particularidades.

4. Incabível, pela via do recurso especial, o exame acerca da eficácia do EPI para fins de eliminação ou neutralização da insalubridade, ante o óbice do enunciado sumular n. 7/STJ.

5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ. REsp 720082 / MG DJ 10.04.2006 Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. PROVA. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. MECÂNICO. PROVA. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. CARÊNCIA. QUALIDADE DE SEGURADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

[...]

2.-Embora a atividade de mecânico não se encontre indicada como profissão ou ocupação especial, desde que adequadamente se comprove a efetiva sujeição do segurado a ação de agentes nocivos, deve ser assim considerado o tempo de serviço correspondente.

3.-A utilização de equipamento de proteção individual (EPI) não elide a insalubridade da atividade laborativa assim considerada pela legislação previdenciária, a qual não exige que o segurado venha sofrer danos à sua saúde, como efeito dos agentes nocivos nela indicados. A atividade especial não é aquela que provoca determinado resultado, mas sim aquela que sujeita o segurado a trabalho assim estabelecido normativamente (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. AP CIVEL 597010. 19.08.02. Relator Juiz André Nekatschalow).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - PRELIMINAR DE COISA JULGADA REJEITADA - RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL – EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES - CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM - LEIS 3087/60 E 8213/91 - DECRETOS 53.831/64, 83.080/79 E 2.172/97 - POSSIBILIDADE.

[...]

Como documentos hábeis à comprovação do tempo de serviço sob condições insalubre são admitidos os formulários DSS 8030 e laudo técnico, devendo ser ressaltado, conforme jurisprudência da Corte, que a exigência de laudo pericial somente pode se dar a partir de 10.12.97, data da publicação da Lei n. 9.528/97. No que diz respeito à utilização de equipamento de proteção individual (EPI), ele tem a finalidade de resguardar a saúde do trabalhador, para que não sofra lesões, não podendo descaracterizar a situação de insalubridade. (AMS 2001.38.00.017669-3/MG, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, SEGUNDA TURMA, DJ 24/10/2002) (TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 38000158342 Processo: 200038000158342).

Portanto, não há que se falar em neutralização ou descaracterização da nocividade ou insalubridade pelo simples fato de se usar o EPI, sendo manifestamente cabível o reconhecimento dos períodos laborados sob condições especiais.

6 EVENTUAIS MUDANÇAS NA APOSENTADORIA ESPECIAL TRAZIDAS PELA PEC n. 287/2016

Os operadores do direito, principalmente os que militam na seara previdenciária estão um pouco receosos pelo que está por vir caso a PEC n. 287/2016 seja votada nos termos propostos.

Infelizmente, pelos rumores, nosso direito previdenciário estará fadado ao descumprimento total da Constituição Federal e seus princípios basilares, principalmente no que tange ao benefício de aposentadoria especial, concebida como uma estratégia de proteção dos trabalhadores.

É necessário contextualizar o que pretende o governo brasileiro com a Proposta de Emenda Constitucional n. 287/2016, que na parte da aposentadoria especial prevê a seguinte redação:

Art. 201.

[...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que se trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em lei complementar, os casos de segurados:

I - com deficiência; e

II - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

§ 1º - A. Para os segurados de tratam os incisos I e II, do § 1º, a redução para fins de aposentadoria, em relação ao disposto no § 7º, será de, no máximo,

dez anos no requisito de idade e de, no máximo, cinco anos para o tempo de contribuição.

[...]

Com a nova redação, a legislação passa a exigir, para efeitos de concessão de aposentadoria especial, o efetivo prejuízo/dano à saúde, não podendo a redução do tempo de contribuição ser inferior a 20 anos nem a idade do segurado ser inferior a 55 anos, além de retirar a expressão integridade física como é o caso do agente perigoso, ou seja, o electricista exposto a energia acima de 250 volts não será contemplado com a aposentadoria especial.

Ora, a exigência de efetivo dano à saúde contraria a lógica do benefício, inclusive por não proteger os trabalhadores contra doenças com longos períodos expostos aos agentes nocivos que tem como causa exatamente a exposição ao agente que, por um descuido, pode ocasionar a morte do trabalhador.

Voltando um pouco a história do direito previdenciário, podemos citar o artigo do advogado Diego Henrique Schuster (2017, p. 11) que ao discorrer acerca da PEC n. 287/2016, faz a seguinte reflexão:

As primeiras seguranças sociais bismarckianas dos anos 1881-1883 antecipam o princípio de uma segurança generalizada e obrigatória, contra o conjunto de riscos sociais ligados a uma perda dos rendimentos profissionais e cofinanciada pelo Estado, pelo empregador e pelo trabalhador, o que rapidamente se impôs nos anos pós-guerra.

De lá pra cá, passamos do modelo de estado Liberal para Estado Social e deste para o Estado Democrático de Direito, ou seja, partindo de um momento não interventivo para um momento interventivo do estado até chegar a “um ponto de ruptura” representado pelo Estado Democrático de Direito, que tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação ao *status quo*. Fica fácil, portanto, perceber que a história depõe contra a PEC 287/2016, pois, se em pleno Estado liberal, o Estado chamou para si a responsabilidade de proteger os trabalhadores, não se pode admitir que hoje, no interior de um estado democrático de Direito, se atente contra direitos fundamentais-sociais conquistado a duras penas... direitos comprometidos com as promessas da modernidade, tais como igualdade e justiça social.

Como bem destaca o Dr. Diego no texto acima, a aprovação da PEC n. 287/2016 vem trazer aos trabalhadores grandes prejuízos e retrocessos no que tange ao direito dos trabalhadores expostos aos mais diversos agentes nocivos, principalmente no caso dos electricistas, haja vista ser impossível a comprovação de real prejuízo à sua saúde, uma vez que ao ter contato com o agente perigoso, na maioria dos casos, o trabalhador vai a óbito.

Portanto, caso a referida alteração da Constituição Federal seja aprovada e sancionada pelo executivo nos moldes propostos, a aposentadoria especial perde sua função que é a de evitar a efetiva incapacidade do trabalhador para adquirir um valor em si mesmo

como compensação do desgaste e nada mais, ou seja, a ideia de risco fica então aceitável uma vez mais, o que é um absurdo se admitir!!!

7 CONCLUSÃO

No decorrer deste artigo, podemos esclarecer alguns pontos acerca da aposentadoria especial, principalmente no que concerne aos trabalhadores expostos ao agente perigoso eletricidade.

Foi possível visualizar as aplicações e entendimentos jurisprudenciais acerca da matéria bem como ter a clareza de que os trabalhadores expostos a este risco têm sido reconhecidos pelos operadores do direito fazendo valer os princípios constitucionais em detrimento de regras impostas pelo INSS que são totalmente contrárias à legislação.

Infelizmente, estamos passando por uma fase cujas perspectivas futuras não são animadoras, ao contrário, ultrapassam e matam os direitos dos trabalhadores conseguidos ao longo de décadas de estudos e dedicação dos operadores do direito.

Ora, não há um pacto social possível a autorizar a reforma da previdência nos termos da PEC n. 287/2016, e, mesmo se houvesse, estaria eivado de vício insanável, já que fundamentada na mentira do déficit, sem falar na ausência de uma verdadeira igualdade em sua celebração, entre aposentados, segurados e futuras gerações.

Ajustes nas leis, melhorias na gestão, transparência das informações é o esperado de uma boa e íntegra administração pública. No entanto, retroceder na proteção dos direitos do trabalhador, principalmente nos que estão expostos a agentes que prejudicam sua saúde e integridade física, é um passo perverso e inadmissível.

8 REFERÊNCIAS

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial**: Teoria e Prática. 3. ed. Curitiba: Juruá, 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. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

SCHUSTER, Diego Henrique. A PEC 287/2016 e o fim da aposentadoria especial? A relação da Previdência Social com a baixa efetividade do direito a um ambiente de trabalho equilibrado e saudável. **Juris Plenum Previdenciária**, v. 17, p. 9-24, fev./abr. 2017.

SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria Especial**. Entre o princípio da precaução e a proteção social. Curitiba. Juruá, 2016.

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE COMO PRESSUPOSTO DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

Rodrigo Cascardo Silva

Resumo: Com o passar do tempo, as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal de 88, vem sendo suprimidas por parte de servidores do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), fazendo com que o sentimento de desrespeito e descaso se aumente a cada dia mais, estes problemas são frutos de diversos aspectos provocados em grande parte, pela falta de qualificação de servidores e um sistema inadequado a garantir o mínimo de respeito ao cidadão, no presente artigo, abordaremos o ponto de vista técnico jurídico de uma das arestas desses problemas, as inúmeras decisões equivocadas, a falta de fundamentação dessas decisões por parte dos servidores e as orientações e memorandos internos que não são divulgados amplamente como dever legal imposto pela nossa Carta Magna, que prejudicam de forma negativa a democratização do processo, lançando um ar de descaso quanto ao segurado que, de toda sorte, se vê em um cenário do qual não a uma direção que possa seguir a fim de que seu problema seja resolvido de forma eficaz e democrática. A supressão dos princípios Constitucionais se tornou uma situação corriqueira nas agências da Previdência, o que torna um fardo ao segurado saber o real motivo do indeferimento de seu benefício.

Palavras-Chaves: Direito Previdenciário. Princípio da Publicidade. Direitos Constitucionais. Previdência Social.

1 INTRODUÇÃO

A Previdência Social constitui seguro, formado por um programa de pagamentos prestados aos indivíduos e seus dependentes, ao primeiro se denomina segurado, em forma de uma série de benefícios que são adquiridos ao longo do tempo, ou em situações de imprevisibilidade ao qual todos estamos sujeitos, porém, tais serviços não veem sendo prestados de maneira eficaz, a falta de capacitação ou informação por parte dos servidores públicos afeta de maneira negativa a imagem já maculada da Previdência, a falta de transparência em seus atos prejudicam os segurados na obtenção de seus direitos.

Especificadamente aqui, será abordado um desses fatores prejudiciais, não raramente ouvimos falar em instruções normativas, memorando circulares internos etc., no que tange aos memorandos internos, estes não são divulgados de forma abrangente como

deveriam, servem de fundamento para que o agente público indefira ou defira um benefício requisitado por parte do segurado, nesse diapasão, a previdência incorre em erro, ferindo princípios constitucionais, como princípio da publicidade dentre outros dele derivados, prejudicando o devido processo legal, em total desrespeito ao Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, surge à necessidade de uma ampla reforma quanto à divulgação desses memorandos de forma eficaz, que não deveriam ser internos, se servem de embasamento para indeferimento de benefícios, a sua publicidade é totalmente necessária, haja vista o interesse coletivo envolvido nessa esfera.

O poder que se emana do povo, em um sistema representativo, não pode o próprio povo que elegeu seu representante legal, ser privado de conhecer seus próprios atos, que em tese, deveriam ser em prol da sociedade. Assim o poder é público quando a ele, é, de fato em conformidade com a lei, e, em local adequado onde possa ser visto, dando-se a publicidade devida, para que, seja debatido, revogado, ou ratificado, em ato posterior e, por vias adequadas. A democracia, como tal, deve então, se realizar-se em sua totalidade através da claridade de seus atos, da publicidade.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PREVIDÊNCIA SOCIAL

O estado democrático de direito, aqui como caracterizador do Estado Constitucional, esclarece que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, de tal forma obedecendo às autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado, por exemplo, no caput do art.1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao liberalmente afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos desta Constituição”, assim proclamou adiante em seu art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular (MORAIS, 2009).

De tal maneira, em suma, tem-se que o estado democrático, para que se realize, exige a integralidade do povo, para que por meio de representatividade, exerça suas vontades como bem maior.

Daí surge à necessidade de divisão de poderes, como se sabe, estes distribuídos em três, com funções definidas em seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário, tal divisão não reflete uma verdade, ou algo inexorável, sendo puramente uma construção política que recebeu consagração jurídica, preservando assim a liberdade dos homens e impedindo a tirania por parte governamental (BANDEIRA DE MELO, 2011).

A Constituição de 88 instituiu uma gama dos chamados direitos fundamentais, os quais José Afonso conceitua como:

[...] se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevivi; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (SILVA, 2012, p. 178).

Nesse viés, em uma fase evolutiva, surge o direito social, juntamente com direito econômico, mas aqui nos restringiremos apenas aos direitos sociais. Na visão de Silva (2012), os direitos sociais são uma extensão dos direitos fundamentais do homem, a qual o Estado proporciona de forma direta ou indireta, ambos os modos elucidados na Constituição, possibilitando uma melhoria na vida dos mais fracos. Estes direitos sociais visam garantir que a igualdade de valores seja resguardada. *Verbis*:

Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade (SILVA, 2012, p. 287).

Assim um verdadeiro sistema de seguridade foi criado, integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e juntamente com a sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, os quais foram aos poucos sendo regulamentados por legislações posteriores.

Nem sempre houve tal preocupação com a proteção dos indivíduos quanto aos casos infortuitos que a vida lhe traz ao longo dos anos, tal preocupação surge em meados do século XIX, com o passar dos anos, a sociedade começou a ter noção que não bastava garantir os direitos de cada um, sempre um tinha mais poderio em relação ao seu próximo, assim começa o surgimento básico que alguns indivíduos necessitavam de mais proteção para que se igualasse a outros, assim, a ideia de desigualdade social, há tempos já era fomentada entre nós, nascendo os primeiros conceitos de básicos de garantias sociais (CASTRO; LAZZARI, 2012).

Não há como compreender a previdência atual, sem se passar por sua fase história evolutiva, foram no passado que se fizeram a base estrutural da previdência que se tem hoje, cada dia evoluindo abrangendo seu conceito como demonstra:

Numa nova concepção de risco social, como propomos, a nação fundamental será a de que o perigo que ameaça o indivíduo se transfere para a sociedade, ou por outra, se ameaça uma das partes do todo, fatalmente ameaçará a própria coletividade, o que faz com que as necessidades daí surgidas, além e acima de serem apenas do indivíduo, se tornem igualmente necessidades da sociedade (VIANNA, 2010, p. 5).

Neste viés, deve ser seguido o norte da previdência social, tendo sempre como diretriz o interesse público, e como base os princípios constitucionais. Assim Celso Barroso Leite o caracteriza como:

[...] proteção social, portanto, é o conjunto de medidas de caráter social destinadas a atender certas necessidades individuais; mais especificamente, às necessidades individuais que, não atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade (LEITE, 1978, p. 16).

Atualmente, o conceito de Seguridade inserido em nosso sistema pátrio, o que só aconteceu com a promulgação da Constituição Federal nos arts. 194 a 204, veja o art. 194 *in verbis*:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (BRASIL, 2015, p. 55).

Sempre que por parte do servidor a uma supressão de direito, ou dever do agente seja o ato por ação ou omissão, este penaliza o Estado democrático de Direito, de forma a desencadear uma série de problemas que em algumas vezes irreparáveis, um evento danoso em que o segurado necessite de uma assistência rápida, ou pelo menos uma resposta digna que não é dada em momento certo, pode acarretar um problema que em curto prazo se resolveria em um evento total e permanente, assim, a má gestão de seus agentes acarreta em dano não só ao segurado, individualizado, torna-se algo público. Um segurado que se atendido de modo correto e em tempo hábil, talvez com um breve afastamento se resolveria sua enfermidade, mas que, devido a um péssimo atendimento, o dano se tornou irreparável, levando logo, a uma aposentadoria por invalidez.

Este foi apenas um exemplo mínimo, levando em consideração a dimensão da autarquia, sem dúvida uma das mais requisitadas pela população brasileira, que vive sob o abismo da desigualdade somando-se a todo cenário descalabro que se passa, o problema se torna social, de ordem econômica, interferindo na vida da sociedade como todo.

3 RELAÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRADOS NO CENÁRIO PREVIDENCIÁRIO

O direito Administrativo, como ramo autônomo, nasceu no fim do século XVIII e início do século XIX, nas palavras de Di Pietro (2009), o que não se pode presumir que não existira anteriormente normas administrativas, pois, sendo para existência do Estado, a necessidade de órgãos encarregados do exercício de funções administrativas, porém, estas antes inseridas no *JUS CIVILE*, sendo normas esparsas, não se tinha no ramo do direito uma elaboração baseada em princípios que lhe dessem autonomia como se é

hoje na administração pública direta e indireta. Nesse contexto a administração a publica ainda conforme Di Pietro se compõe em sentido subjetivo, todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas, inclusas como Municípios Estados, União e Distrito Federal, aos quais a lei lhe confere o exercício das funções administrativas, chamados de órgãos da Administração Direta.

Contundo, às vezes a lei opta pela execução indireta, alvo que nos interessa nesse presente artigo, podendo definir como conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais lhe foram atribuídas o exercício da função administrativa Estatal. E é nesse contexto que surge o Instituto de Seguridade Social, sendo uma modalidade de autarquia federal, porém, de tal maneira, submetida aos princípios legais da administração pública.

A expressão administração indireta está inserida em diversos artigos da Constituição Federal de 88, sendo composta por fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas, consórcios públicos e autarquia, a qual nesta última está inserida a previdência social. Conceitua-se autarquia como:

A autarquia é pessoa jurídica de direito público, o que significa ter praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração Direta; o seu regime jurídico pouco defere do estabelecido para esta, aparecendo, perante terceiros, como a própria Administração Pública; difere da União, Estados e Municípios – pessoas públicas políticas por não ter capacidade política, ou seja, o poder de criar o próprios direito; é pessoa pública administrativa, porque tem apenas o poder de autoadministração, nos limites estabelecidos em lei (DI PIETRO, 2009, p. 425).

Conforme Xavier, Victor Hugo (2010), a necessidade de um direito mínimo de justiça social, de bem-estar social iniciou como conceito de caridade, transformou-se em solidariedade, e criou-se então um assistencialismo ante o desamparo social decorrente dos problemas que todos os cidadãos estão sujeitos, tais como velhice; desemprego e doença, que, com a promulgação da constituição da República em 1988, inseriu-se um novo modelo, chamado Previdência Social no país como conhecido hoje. Assim, a previdência compõe uma verdadeira evolução histórica em nosso país, a fim de prover o segurado, em seu momento que mais se encontra vulnerável.

Restou claro o papel das autarquias, estas submetidas aos ditames da administração pública direta, não diferente, e uma de maior interesse social, insere-se a Previdência Social, com relevante papel perante a sociedade Brasileira.

Acontece que, corriqueiramente a Previdência é alvo de escândalos, usa-se a Previdência como resposta ao mau uso do dinheiro público, da mesma forma que usurpam

direitos dos segurados para suprir rombos na economia vindo de diferentes causas, dentre elas a que mais assola o país, a corrupção. Juntamente a falsa disseminação da ideia de uma previdência deficitária por parte do governo. Corroborada de uma falsa ideologia, conjuntamente a estas questões, o atendimento precário e ineficaz dos

servidores faz com que a população se indigne cada vez mais. Não se pode ter, a previdência como o porto seguro de uma má administração, de onde se tira recursos para tampar outros, daí a falsa ideia de déficit na previdência.

4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Contudo, essa evolução histórica, nos dias atuais, demanda uma grande infraestrutura da qual ainda não estamos preparados, o que indubitavelmente, não pode fazer com que o segurado pague o ônus por esse ápice de problemas de variadas espécies, nem tão pouco, a própria autarquia federal, se esquive, de no mínimo, respeitar os princípios aos quais lhe foram impostos.

Assim sendo uma Autarquia Federal, fruto de uma administração indireta, se submete a todos os princípios constitucionais e administrativos, e sua inobservância, gera consequentemente um ato nulo e/ou arbitrário por parte dos servidores.

Especificamente, devido a grandes negativas de benefícios, estas em sua maioria, mal fundamentadas em apenas duas linhas genéricas, não expõem de forma exata e concreta os reais motivos para o indeferimento do benefício para que seja consagrado o princípio do contraditório, da ampla defesa, dentre outros que regem o devido processo legal. São fruto de memorandos e circulares internos, não divulgados, mas que são de interesse público, deixando o segurado ainda mais perplexo com tais decisões, e, sem amparo que daí, interponha recursos administrativos adequadamente fundamentados, ou procurem a via judicial.

O princípio da publicidade, inserido na Constituição em seu art. 37, exige de forma clara a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, seja ela direta ou indireta.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

Nesse sentido, sabias são as palavras de Alexandre de Moraes:

A publicidade se faz pela inserção do ato no *Diário Oficial*, ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, pra conhecimento do público em geral e, consequentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias. (MORAIS, 2012, p. 345).

Assim, torna-se claro que a regra constitucional é a clareza dos atos da administração pública, seja esta direta ou indireta, sendo sua exceção, a não publicidade, assim quando

o caso exigir. De fato, a publicidade pode ser interna, dirigida somente aos integrantes do órgão administrativo, assim a publicidade é um ato formal, sob pena de nulidade. Por isso a Lei n. 8.112/90 estipula, entre os deveres dos servidores públicos, o de manter sigilo sobre assuntos da repartição, uma vez que o servidor não tem atribuição para divulgar os atos administrativos. Quando esse direito/dever é constricto, existem formas de reverter tal ilegalidade como por exemplo, direito de petição aos Poderes Públicos contra ilegalidade ou abuso de poder por parte dos servidores, judicialmente a transparência administrativa pode ser pleiteada por meio de duas ações previstas constitucionalmente, quais sejam:

- a) O mandando de segurança, para obtenção de informações de interesse coletivo; e
- b) o habeas data, para ter o acesso e/ou retificação de informações pessoais constantes em banco de dados, cuja o interesse seja coletivo ou de caráter público.

Mesmo que ainda seja licito em algumas situações o sigilo quando divulgadas certas informações estas podem acarretar lesão a outro ou até mesmo a coletividade, a Constituição enumera algumas situações de sigilo:

- a) imprescindibilidade para segurança da sociedade e do Estado;
- b) defesa da intimidade;

Assim, nesse sentido dispõe o código de ética do servidor público Federal:

“Salvo os casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior do Estado e da Administração Pública, a serem preservados em processo previamente declarado sigiloso, nos termos da lei, a publicidade de qualquer ato administrativo constitui requisito de eficácia e moralidade, ensejando sua omissão comprometimento ético contra o bem comum, imputável a quem negar.” (BRASIL, 2015. p.3).

A lei bem como a Constituição são bem cristalinas quanto à restrição de informações por parte dos servidores públicos, sendo este fruto de reivindicações sociais, passando por grandes revoluções até finalmente, ser inserido na Constituição Federal de 88, Bobbio aduz que o governo é do poder público sendo este público, afirmando ser como elemento básico do poder, sua publicidade, dando vida assim, ao Estado Democrático de Direito, do contrário, não se torna eficaz a democracia (MEDAUAR, 2007).

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma “não pode haver um Estado Democrático de Direto, no qual o poder reside no povo, ocultamento aos atos administrativos dos assuntos que a todos interessam...” (MELLO, 2006, p. 110), assim, a publicidade da transparência ao governo, o que permite o controle destes, pois, não adianta o poder ser emanado do povo, se destes são escondidos, sigilosos, haveria então uma grande incoerência, o Estado sendo representativo, se deve ao cidadão eleitor, transparência de seus próprios atos, ali, dando representatividade e moralidade a suas decisões.

Ficou evidente, que, quando um agente do INSS, se nega a fornecer um documento, seja um memorando, uma circular, este vai contra todos os preceitos acima citados, incorre em erro caracterizando abuso de poder, ilegalidade, ato nulo, contrariam a constituição e o interesse coletivo.

5 FALTA DE PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO CENÁRIO PREVIDENCIÁRIO E SUA INFLUÊNCIA NEGATIVA NA CONSECUÇÃO DOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS DA PREVIDENCIA SOCIAL

O Atual cenário brasileiro serve de alerta para uma visão futura da previdência, a atual calamidade e incerteza jurídica que se vive hoje no país, reforça ainda mais, a transparência dos atos da administração pública, com a crescente população cada vez mais carente do Sistema de Seguridade Social, as agências da Previdência Social, andam cada vez mais superlotadas, e, conseqüentemente a falta de servidores qualificados geram indignações públicas, devido ao atendimento precário e ineficaz por parte dos servidores públicos, cada vez mais distantes dos basilares que regem a administração pública.

A falta de publicidade dos atos administrativos em âmbito da Previdência Social gera tal insegurança, na persecução de um serviço de qualidade, esta seguiu como um norte cada vez mais distante de ser alcançado, a repercussão negativa, não só advém de um sistema que claramente necessita de melhorias, mas, também, pelo distanciamento entre a instituição e sua intrínseca ligação com os princípios estatuídos em nossa Constituição Brasileira. Os atos administrativos referem-se a “todo ato praticado no exercício da função administrativa...” (DI PIETRO, 2009, p. 190).

Assim, por mais autoritários que pareçam ser os servidores públicos, envolvidos por sua mesa e ares de supremacia, sentados em suas bancadas nas agências, estes a todo o momento, estão executando um ato administrativo, seja este ato vinculado ou discricionário, a título de exemplo: uma pessoa que atingiu todos os requisitos para deferimento de sua aposentadoria, seja ela em qual modalidade for, o servidor, em ato vinculado, ou seja, está obrigado a deferir tal benefício não ficando a seu critério se deferi ou não.

A contrário modo, caso essa seja indeferida, daí a necessidade de que se fundamente de forma clara o porquê da negativa. Acontece que, em sua grande maioria, os servidores são instruídos a seguirem portarias, memorandos internos e circulares para condução de seus serviços, e, com base nesses memorandos indeferem benefícios, porém, quando tais memorandos são solicitados nas agências, estes são ditos como internos, que não podem ser entregues ao público.

Estes memorandos são verdadeiros guias internos, servindo de base para orientar o servidor da consecução de seus serviços, tenha-se em mente, uma espécie de normal penal em branco, que necessite uma lei para regulamentá-la, acontece que, a própria lei, decretos e instruções normativas não necessitam de outras normas para que se regulem, ainda mais, quando desses memorandos não há audiências públicas para que os estabeleçam.

Constituem verdadeiras “leis” internas que não são publicadas, tornando-se uma verdadeira fraude em face do segurado, que quando recebem sua carta de indeferimento, as fundamentações veem em duas linhas, e não citam tais memorandos, o que torna a decisão indeferitória ilegal, pois, como se recorre a uma decisão embasada em uma lei que não é publicada? E ainda, quando requisitada ao servidor, o mesmo se nega a entregar, no argumento falho de que é memorando interno, não tendo direito à população de acesso.

Tal ato é revertido de nulidade, não se enquadra em um ato discricionário, nem sequer o agente na maioria das vezes tem tal prerrogativa, o mais aterrorizante, que na maioria dos casos, a negativa de entrega desses memorandos é confirmada pelo próprio gerente da agência, tornando-se ainda mais difícil a comunicação entre segurado e a previdência.

Assim, Di Pietro (2009) nos adverte de forma clara, ainda que o ato seja discricionário, este se limita na lei, caso a administração ultrapasse tais limites, implica em decisão arbitrária, ou seja, contrária à lei.

Quando o funcionário público se nega a entregar cópia de um memorando, do qual ele se baseou para indeferir o benefício, constitui claro atentado ao princípio da publicidade, da qual se decorre uma cadeia de inconstitucionalidade, sendo o segurado altamente prejudicado para que recorra aos meios legais na tentativa de reverter tal situação.

Certo é que, nem todo sujeito é dotado de prerrogativas para praticar atos administrativos, entretanto, os servidores atendentes nas agências da previdências sociais, fazem o processo para que o mesmo seja analisado, posteriormente deferido ou indeferido, mas na realidade o que se vê, é bem diferente, por vezes próprios gerentes negam benefícios sem qualquer formalizaram, ou quando formalizam, negam sem fundamentos claros e concretos.

A falta de clareza leva a incerteza e a indignação, no mundo jurídico, emana diversas nulidades, uma decisão mal fundamentada é passível de recursos, o que abarrotava ainda mais as agências e torna uma verdadeira labuta o seu trâmite.

Muito embora, o Estado se caracteriza como uma instituição pública, assim extensivamente as autarquias, nesse artigo especificamente a Previdência Social, sendo esta submetida a suas leis e princípios, ao mesmo modo que este confere poderes a tais

agentes, o ordenamento jurídico impõe, de outro lado deveres específicos para aqueles que, atuam em nome do Estado. (CARVALHO FILHO 2014).

Assim, o poder pode ser conceituado:

O poder administrativo representa uma prerrogativa especial de direito público outorgada aos agentes do Estado, Cada um desses terá a seu cargo a execução de certas funções. Ora, se tais funções foram por lei cometidas aos agentes, devem eles exercê-las, pois que seu exercício é voltado para beneficiar a coletividade. Ao fazê-lo, dentro dos limites que a lei traçou, pode dizer-se que usaram normalmente os seus poderes (CARVALHO FILHO, 2015, p. 46).

6 CONCLUSÃO

Como vimos, a seguridade social constitui um dos principais instrumentos de que se vale o Estado para construção de uma sociedade livre, mais igualitária, aproximando seres esquecidos nos abismos do desemprego social, certamente, estes, não vão a uma agência da previdência por bel prazer, são diversas as razões que o levam ali, e, em sua grande maioria, são frutos do descaso do Poder Público, vítimas da corrupção que aflora em nosso país como se fosse um ato normal, portanto, o que se preza nesse artigo, é demonstrar como a publicidade dos atos da administração pública poderiam ajudar o cidadão no alcance de seus interesses perante a previdência, não servindo apenas para os agentes como verdadeiros guias de como indeferir um benefício, mas, sim, como orientação a população de como alcançá-lo. Diante desse quadro catastrófico em que vivemos um pouco de transparência, e um respeito maior ao cidadão, ao seu processo administrativo, seria a maneira mais eficaz de encontrarmos juntos uma solução para cada problema inerente à vida cotidiana. O princípio da publicidade aqui elencado, serve como propulsor nessa busca pela democratização, do contrário, não se pode lutar quando não se vê o porquê da injustiça, ferindo o sentimento alheio de justiça e tudo que nela se engloba. A publicidade dos atos da administração pública, garantiria um processo mais justo tanto na esfera administrativa quanto judicial. Ao negar um memorando circular o agente nega o direito de um ser humano de se saber o motivo pelo qual teve seu benefício negado, tira-lhe ali, o poder de exercer a democracia, suga-lhe, suas razões pelas quais deveria recorrer, e ao final, será mais um que volta pra casa sem respostas, no mínimo, indignado com a Previdência Social. Do ponto de vista nosso, o que envergonha, que são pessoas dotadas de cargo público, conhecedoras de seus direitos e deveres, porém, trabalham de forma errônea, prejudicando um país inteiro, pondo fim, a um direito que sofreu mutações históricas para algum que algum dia, na luta diária, continua seja Alcan lado. Não se pode abaixar a cabeça diante do abuso de autoridade, morrer essa evolução histórica diante de um agente público mal qualificado, deve-se exercer seu mister como cidadão e buscar sempre por melhorias, seja pelo sistema judiciário ou pelas ouvidorias.

7 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 191-A, 5 out. 1988, p. 1.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 14. ed. Florianópolis: 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- LEITE, Celso Barroso. **A proteção social no Brasil**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.
- MEDUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SANCHEZ, Adilson; XAVIER, Victor Hugo. **Advocacia Previdenciária**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Francisco Ferreira dos Santos¹

Resumo: O presente trabalho pretende apresentar os pressupostos exigidos para a aposentadoria do trabalhador deficiente no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), será abordada a legislação previdenciária especialmente a Lei Complementar n. 142/2013 que foi criada justamente para regulamentar o § 1, do art. 201 da Constituição Federal de 1988, permitindo que os segurados portadores de deficiência possam se aposentar mais cedo, dependendo do grau de deficiência, que foi dividido em; leve, moderado e grave. É certo que a legislação, vem gradativamente garantido direitos e benefícios aos deficientes, a aposentadoria da pessoa com deficiência é mais uma lei que possibilita dignidade na hora em que o trabalhador deficiente for se aposentar, por meio de redução de faixa etária, bem como redução do período contributivo.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Lei Complementar n. 142. Aposentadoria.

Abstract: The present paper intends to present the assumptions required for the retirement of the handicapped worker under the General Social Security Regime - RGPS, will be approached to the social security legislation especially the Supplementary Law n. 142/2013 that was created precisely to regulate § 1, of art. 201 of the 1988 Federal Constitution, which allow disabled persons to be able to retire early, depending on the degree of disability, which has been divided into mild, moderate and severe disabilities. It is true that the legislation is gradually guaranteed rights and benefits to the disabled, the retirement of the disabled person is another law that allows dignity at the time the disabled worker retires, through reduction of age, as well as reduction of Contribution period.

Keywords: Person with disabilities. Supplementary Law n. 142. Retirement.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história as pessoas com alguma espécie de deficiência foram relegadas à margem da sociedade, na Roma antiga uma das civilizações mais avançadas da época os nobres e plebeus eram autorizados a sacrificarem seus filhos que apresentavam qualquer deficiência, os únicos destinos das crianças com deficiência eram a execução sumaria, ou eram deixadas às margens do Rio Tibre.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Camilo Castelo Branco, inscrito na OAB/SP sob o n. 268.187.
E-mail: francisco@baraoeferreira.adv.br.
Professor orientador João Marcelino Soares.

Hoje é difícil de acreditar, mas grandes pensadores como Platão, Cícero Aristóteles entre outros marginalizavam os deficientes, alegavam que deveriam ser abandonados, ou que deveriam morrer de fome. Os deficientes ainda na Idade Média foram ligados a eventos religiosos, uma vez que, uma criança com má deformação estaria relacionada com a ira dos deuses sobre aquela família, ou ainda, seria coisa de bruxaria como ocorreu no período da Santa Inquisição.

Os deficientes ao longo dos séculos foram gradativamente ganhando direitos e espaço na sociedade, passando pela Idade Moderna, Revolução Industrial, na declaração de direitos em 1948, com a convenção de Convenção de Nova York, e especialmente falando-se de Brasil a Constituição Federal de 1934 que foi a primeira que trouxe a proteção da pessoa com deficiência. A Constituição de 1946 trouxe a garantia previdenciária, a Constituição de 1967 trouxe, de maneira expressa, a normatização de lei para regular a educação de pessoas com deficiência (art. 175 § 4º), já a Constituição Federal de 1988, art. 201, § 1º que sofreu alteração com A Emenda Constitucional n. 47, de 2005, trouxe de forma expressa a possibilidade do deficiente se aposentar de forma diferenciada, mas a regulamentação só ocorreu com edição da Lei Complementar n. 142/2013, que definiu os critérios da aposentadoria especial dos portadores de deficiência filiados ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Assim, as regras de aposentadoria devem ser as mesmas para todos os beneficiários do regime geral da previdência, mas com duas exceções: nos casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos na Lei Complementar n. 142/2013.

Com a adição da Lei Complementar n. 142/2013, surgem ainda alguns questionamentos como, por exemplo, a constituição Federal em seu art. 201, § 7º, inciso II, prevê uma redução no requisito etário aos trabalhadores rurais ao requerer aposentadoria por idade, mas com a edição da Lei Complementar resta saber se nas aposentadorias rurais existirá a dupla redução. Redução pelo trabalho exercido no meio campesino e redução pela condição de pessoa com deficiência, certamente, muitos casos serão objetos de ações judiciais que poderão chegar ao Supremo Tribunal Federal.

2 DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA

Uma parcela considerada da sociedade define a pessoa com deficiência como ‘pessoa portadora de deficiência’ ou ainda ‘portadoras de necessidades especiais’, sendo que pela inocência, podem ainda que indiretamente reforçar certa exclusão da pessoa com deficiência do meio social.

O termo ‘portadores’ pode-se entender como algo que se pode a qualquer momento de desvencilhar, como se a pessoa portasse um livro que vai entregar na biblioteca, a deficiência é na grande maioria das vezes algo permanente, não cabendo o termo

“portadores”, assim, quando se intitula uma pessoa como “portadora de deficiência” essa se torna sua marca principal, por conta de sua condição humana, desta forma, deve-se evitar a pronuncia “portadores”.

O Ilustre professor Wladimir Novaes Martinez traz o conceito doutrinário de deficiência “a pessoa que, em caráter permanente, apresenta perdas ou reduções da capacidade anatômica, fisiológica ou psicológica para a existência pessoal, familiar, laboral e social, quando comparadas com as do ser humano eficiente” (MARTINEZ, 2015, p. 28).

É certo que as pessoas com deficiência conquistaram importante ferramenta jurídica no âmbito das Nações Unidas. Com o objetivo de tornar efetivos os direitos das pessoas com deficiência, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi elaborada em 30 de março de 2007, e contou com centenas de representantes da sociedade civil de todo o mundo e a participação de 192 países membros da ONU.

A Convenção de Nova York é o primeiro e único Diploma internacional aprovado pelo Congresso Nacional com força de Emenda à Constituição Federal, conforme § 3º, do art. 5º, da própria Carta Constitucional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe novo conceito de pessoas com deficiência, nos seguintes termos:

Art. 1º da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Dispõe a Convenção de Nova York o propósito de promover, proteger, assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos, liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, respeito pela sua dignidade inerente, promovendo autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, independência das pessoas, além da não-discriminação, participação e inclusão do deficiente na sociedade, garantindo acessibilidade e respeito pelo seu desenvolvimento, preservando assim sua identidade.

Apresenta modelo social para o deficiente como parte da diversidade humana, que em si não limita a funcionalidade da pessoa, possibilitando forma independente de participação plena em todos os aspectos da vida, sendo certo que o que de fato descapacita o deficiente é o meio em que o indivíduo está inserido.

Aplica-se aos Países para que tomem medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, oportunidades com as demais pessoas, ao transporte, ao meio físico, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona rural como na urbana. Essas medidas deverão incluir a identificação, eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade.

A Convenção é um documento histórico tanto pela visibilidade que oportuniza ao seguimento das pessoas com deficiência, quanto pela mobilização para que fosse possível alcançá-la. Trata sobre direitos específicos, como o reconhecimento da capacidade legal de todas as pessoas com deficiência, direito à acessibilidade e a dupla vulnerabilidade de crianças e mulheres com deficiência.

Faz expressa menção à tutela das mulheres e crianças portadoras de deficiência, no qual estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação, devendo os Países tomar medidas para assegurar o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Abrange línguas faladas, de sinais e outras formas de comunicação não-falada, como o Braille, Libras, adaptações de textos, etc. Dispõe que a educação deve dirigir-se de modo indistinto a pessoas com deficiência, ou não, e que para às pessoas com deficiência, a igualdade de oportunidades só pode ser exercida com ajudas técnicas.

Contudo, objetiva conscientizar a sociedade sobre os direitos das pessoas com deficiências – mulheres, homens e crianças, estabelecendo como instrumento educacional e de conscientização as campanhas públicas nos mais diferentes meios de comunicação.

2.1 Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)

Elaborada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) com a finalidade de registrar e organizar uma ampla gama de informações relacionadas a diferentes estados de saúde, a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) foi fonte material da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, e teve por objetivo dar uma uniformização à linguagem internacional no âmbito de diferentes aspectos referentes à funcionalidade, incapacidade e saúde.

Com a nova classificação substituem-se termos usados no passado como incapacidade, deficiência, invalidez e desvantagem para o termo funcionalidade, e amplia seu significado para incluir experiências positivas registrando a potencialidade da pessoa com deficiência. A nova classificação mede a capacidade do deficiente em superar diferentes níveis de dificuldades relacionadas às tarefas do cotidiano.

A Classificação Internacional de Doenças e de Problemas Relacionados à Saúde (CID) é o sistema internacional que classifica os estados de saúde e fornece uma estrutura de base etiológica para a classificação de saúde, em contra partida a CIF classifica a funcionalidade e a incapacidade associadas a condições de saúde, em especial o perfil da funcionalidade sobre a capacidade de interação com si próprio, com o trabalho, com a família e com a vida social comunitária, portando, os dois sistemas são complementares.

É certo que a CIF foi desenvolvida para registrar funcionalidade, não exclusivamente relacionada à incapacidade física ou sensorial, mas tem como finalidade de ser mais ampla, registrando boa parte das limitações relacionadas, como, por exemplo, aquelas de caráter emocional e social, descrevendo o impacto transitório ou definitivo decorrente das enfermidades.

Neste sentido a característica mais importante da CIF é a identificação de uma pessoa com deficiência, mensurando o impacto da doença sobre o indivíduo e sobre o meio ambiente em sua qualidade de vida, sendo um instrumento que mede a qualidade de vida pela funcionalidade e pela condição sociocultural em que o indivíduo está inserido.

Sendo o instrumento mais moderno para uma adequada classificação do grau de incapacidade do indivíduo, utilizando-se da área médica e da área social, sendo da área médica uma verificação de possíveis impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, e da área social uma verificação de impedimentos de caráter pessoal e as dificuldades pertinentes ao ambiente em que vive deficiente.

2.2 Da avaliação biopsicossocial

A Lei Complementar n. 142/2013 incorporou conceitos da CIF aplicando avaliação multidisciplinar médica e funcional, como já ocorre no benefício assistencial ao portador de deficiência após a nova redação do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742/93, dada pela Lei n. 12.435/11. Mormente para os beneficiários que tenham alguma incapacidade física, mental ou uma incapacidade de longa duração, uma vez que, no caso dos idosos somente se submeterão a perícia social. A avaliação Biopsicossocial revela-se uma perícia complexa que envolve duas áreas técnicas, sendo uma na área médica que investigará problemas do corpo e mente do segurado/trabalhador, e outra na área social que analisará os aspectos psicológicos e sociais do indivíduo, sendo que ambas irão considerar a incapacidade apresentada pelo periciando nas suas atividades diárias.

A avaliação Biopsicossocial não é uma tarefa fácil sendo ela administrativa ou judicial, para o professor Wladimir Nonaes Martinez “as avaliações dos segurados para os fins da LPD são a categoria mais onerosa dos exames médicos da previdência social, pela própria natureza e por envolver um conhecimento de fatos relativos a um longo período da vida do periciado (MARTINEZ, 2015, p. 130).

Como ponto de partida a Constituição Federal de 1988, no art. 201, § 1º com redação dada pela emenda 47, previu a aposentadoria dos deficientes.

Sobreveio a Lei Complementar n. 142/2013, que foi regulamentada pelo Decreto n. 8.145/13, que por sua vez determinou-se que ficaria a cargo da perícia do INSS a avaliação do segurado, devendo-se fixar a data do início da deficiência e também o grau, como isso em 27 de janeiro de 2014 houve a edição da Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1, com os formulários a serem adotados nas perícias pelos quais atestarão a existência de deficiência e avaliarão seus aspectos.

Esta avaliação do INSS tem como base a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), mediante a aplicação do Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria (IFBrA), conforme o instrumento anexo à Portaria Interministerial, que foi instituído unicamente para os fins da Lei Complementar.

Os médicos peritos vão avaliar a incapacidade que poderá ser de cinco tipos, auditivo, intelectual/cognitivo, físico/motor, sensorial/visual e mental, assim, o formulário será preenchido pelo médico e o assistente social, sendo que as pontuações serão de 25, 50, 75 ou 100 pontos, o fator determinante na pontuação será o grau de dependência de terceiros, se maior a dependência de terceiros menor será a pontuação por consequência o grau de deficiência será maior, e quanto à dependência de terceiros for menor a pontuação será maior do segurado e por consequência menor será seu grau de deficiência, abaixo a tabela de pontuação.

3 ESCALA DE PONTUAÇÃO

Logo após a consolidação dos pontos, os mesmos serão distribuídos para 41 atividades predefinidas em sete domínios, sendo que cada domínio tem um número variável de atividades, demonstradas a seguir:

25: Não realiza a atividade ou é totalmente dependente de terceiros para realizá-la. Não participa de nenhuma etapa da atividade. Se é necessário o auxílio de duas ou mais pessoas o escore deve ser 25: totalmente dependente.

50: Realiza a atividade com o auxílio de terceiros. O indivíduo participa de alguma etapa da atividade. Inclui preparo e supervisão. Nesta pontuação sempre há necessidade do auxílio de outra pessoa para a atividade ser realizada: quando alguém participa em alguma etapa da atividade, ou realiza algum preparo necessário para a realização da atividade ou supervisiona a atividade. Nessa pontuação o indivíduo que está sendo avaliado deve participar de alguma etapa da atividade. Supervisão: quando há necessidade da presença de terceiros sem a necessidade de um contato físico. Por exemplo: a pessoa necessita de incentivo, de pistas para completar uma atividade, ou a presença de outra pessoa é necessária como medida de segurança. Preparo: quando há necessidade de um preparo prévio para a atividade ser realizada. Por exemplo, a colocação de uma adaptação para alimentação, colocar pasta na escova de dente.

75: Realiza a atividade de forma adaptada, sendo necessário algum tipo de modificação ou realiza a atividade de forma diferente da habitual ou mais lentamente. Para realizar a atividade necessita de algum tipo de modificação do ambiente ou do mobiliário ou da forma de execução como, por exemplo, passar a fazer uma atividade sentado que antes realizava de pé; ou de alguma adaptação que permita a execução da atividade por exemplo uma lupa para leitura ou um aparelho auditivo. Com as adaptações e modificações não depende de terceiros para realizar a atividade: tem uma independência modificada. Nessa pontuação o indivíduo deve ser independente para colocar a adaptação necessária para a atividade, não dependendo de terceiros para tal.

100: Realiza a atividade de forma independente, sem nenhum tipo de adaptação ou modificação, na velocidade habitual e em segurança. Não tem nenhuma restrição ou limitação para realizar a atividade da maneira considerada normal para uma pessoa da mesma idade, cultura e educação. Realiza a atividade sem nenhuma modificação, realizando-a da forma e velocidade habitual.

4 DOMÍNIO NÚMERO DE ATIVIDADES

1. Sensorial	2
2. Comunicação	5
3. Mobilidade	8
4. Cuidados Pessoais	8
5. Vida Doméstica	5
6. Educação, Trabalho e Vida Econômica	5
7. Socialização e Vida Comunitária	8

A partir da soma das 41 atividades a tarefa ainda não está acabada, a somatória ainda recebe influência de duas variáveis que são a identificação de Barreiras Externas e a aplicação do método Linguístico Fuzzy.

As Barreiras Externas são divididas em cinco classes produtos e tecnologia; ambiente; apoio e relacionamentos; atitudes e serviços sistemas e políticas. É certo que estes fatores influenciam diretamente na funcionalidade do sujeito (SOARES, 2015, p. 150), de modo que um segurado pode sair de uma condição de incapacidade e torna-se mais capaz/funcional, com a remoção de barreiras ou fornecimento de facilidades.

O perito deve obrigatoriamente apontar quais barreiras dificultam ou ajudam o segurado nas atividades avaliadas, se o perito informar a pontuação máxima de 25 pontos deve ainda informar quais barreiras impedem a realização da tarefa, a falta desta informação impede a conclusão do laudo (MAUSS, 2015, p. 133).

O método Linguístico Fuzzy diferentemente da Lógica Booleana que admite somente valores booleanos, ou seja, verdadeiro ou falso, a lógica difusa ou Fuzzy, trata de valores que variam entre 0 e 1. Assim, uma pertinência de 0.5 pode representar meio verdade, logo 0.9 e 0.1, representam quase verdade e quase falso. No caso da análise do grau de deficiência do segurado o professor João Marcelino Soares assegura que:

O uso do método Linguístico Fuzzy, por sua vez, serve para controlar e uniformizar a pontuação de atividades nas situações de maior risco funcional para cada tipo de deficiência. Trata-se de um fator qualitativo trazido para análise, evitando-se distorções no resultado puramente quantitativo que ocorreria com a simples soma das pontuações (SOARES, 2015, p 150)

O cálculo final será constituído das pontuações de cada domínio médico e social, e o resultado será calculado pelo sistema do INSS, com a aplicação do modelo Fuzzy sendo que para delimitar os graus de deficiência previstos na Lei Complementar n. 142/2013 a pontuação deve ser da seguinte forma:

- Deficiência Grave quando a pontuação for menor ou igual a 5.739.
- Deficiência Moderada quando a pontuação total for maior ou igual a 5.740 e menor ou igual a 6.354.
- Deficiência Leve quando a pontuação total for maior ou igual a 6.355 e menor ou igual a 7.584.

Caso o segurado obtenha pontuação maior ou igual a 7.585 pontos não terá o direito a aposentadoria prevista na LC 2013.

5 LEI COMPLEMENTAR n. 142/2003

Em que pese já ser previsto na Constituição Federal um tratamento diferenciado para os segurados que exerciam atividades sob condições especiais que prejudique a saúde, bem como um tratamento especial para os segurados portadores de constitucional 47/2005, seria necessário, porém a regulamentação por meio de Lei Complementar:

Art. 201 § 1º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (grifo nosso)

Após anos inércia, o poder legislativo finalmente criou o diploma legal que regulamenta a aposentadoria da pessoa com deficiência segurado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), a Lei Complementar n. 142, de 8 de maio de 2013, que finalmente Regulamenta o § 1º, do art. 201 da Constituição Federal, no tocante aos deficientes, sendo certo que quanto as atividades exercidas em condições especiais até o momento não foi criada lei que discipline a matéria.

Correlacionada com a Lei Complementar n. 142/13, foi editado o Decreto n. 8.145, de 3 de dezembro de 2013, publicado no Diário Oficial da União no dia 4 de dezembro de 2013, regulamentando a Lei Complementar n. 142, sancionada em 8 de maio de 2013.

Com isso, foi incluída uma subseção específica ao Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, que regulamenta a Lei de Benefícios da Previdência Social n. 8.213/1991, tratando exclusivamente “Das Aposentadorias por Tempo de Contribuição e por Idade do Segurado com Deficiência”.

Como a adição do Decreto n. 8.145/13, determinou-se que ficaria a cargo da perícia do INSS a avaliação do segurado, devendo-se fixar a data do início da deficiência e também o grau, como isso em 27 de janeiro de 2014 houve a edição da Portaria Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1, com os formulários a serem adotados nas perícias pelos quais atestarão a existência de deficiência e avaliarão seus aspectos.

A referida portaria interministerial instituiu o instrumento destinado à avaliação do segurado da previdência social e à identificação dos graus de deficiência, bem como definiu impedimento de longo prazo como sendo aquele que produza efeitos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, pelo prazo mínimo de dois anos, contados de forma ininterrupta.

Esta avaliação deve ser realizada pelo INSS com base no conceito de funcionalidade disposto na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), da Organização Mundial de Saúde, e mediante a aplicação do Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria (IFBrA), conforme o instrumento anexo à citada Portaria, que foi instituído unicamente para os fins da Lei Complementar.

Algumas considerações sobre a lei complementar, o caput do art. 6º da Lei Complementar n. 142/2013 define que a comprovação da condição de segurado deficiente será da seguinte forma: “A contagem de tempo de contribuição na condição de segurado com deficiência será objeto de comprovação, **exclusivamente**, na forma desta lei complementar.”

Seria muita pretensão da norma limitar-se unicamente ao método de avaliação IFBrA, notadamente quando o segurado discordar da avaliação feita pelo INSS e se socorrer da Justiça para ver reconhecido seu direito. No judiciário rege o livre convencimento motivado do juiz, que pode inclusive ir contra o laudo pericial do perito de sua confiança, a respeito do assunto José Antonio Savaris argumenta que:

O perito não é o senhor absoluto erigido acima de todos os postulados processos-constitucionais. Não pode ser tido tampouco como um ser mítico que acessa o impenetrável e revela a verdade oculta e que somente por ele pode ser obtida (SAVARIS, 2014, p. 32).

É certo que a perícia judicial deverá ser médica e funcional nos termos do art. 4º da Lei n. 142/2013, sendo recomendado método IFBrA (MARCELINO, 2015, p. 223) que está baseada na CIF, que afastou a avaliação meramente física, para uma avaliação biopsicossocial, não se trata de método absoluto na esfera judicial, mas o que mais se aproxima da verdade real do segurado deficiente.

Já o art. 6º trata da comprovação da deficiência que, de acordo com o § 2º do mesmo dispositivo, não será admitida prova exclusivamente testemunhal, a mesma proibição é usada em reconhecimento de período rural, que também não se admitem provas exclusivamente testemunhais.

Neste contexto, podem existir situações em que um segurado tenha sofrido um acidente na infância e não ter qualquer documento que comprove o fato ocorrido, somente prova testemunhal, muitos são os casos em que o segurado tem direito ao benefício pretendido, mas não consegue fazer a prova necessária na quantidade e qualidade exigida pelo INSS ou até mesmo pela justiça.

A lei não delimitou quais documentos seriam permitidos ou não, assim, um decreto, uma instrução normativa, ordem de serviço que criar algum tipo lista de provas aceitas e não-aceitas, que estaria em tese afrontando o princípio da legalidade, pois seria uma inovação no mundo jurídico, com restrições não previstas em lei, extrapolando seus objetivos meramente regulamentares.

A lei previu no art. 7º um ajuste proporcional dos parâmetros de aposentadoria mencionados no art. 3º para as hipóteses de o segurado adquirir a condição de deficiente após a filiação ao RGPS ou mesmo ter seu grau de deficiência alterado.

Desta forma, após a filiação ao RGPS, o segurado tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau de deficiência modificado, os parâmetros serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que o segurado exerceu atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente, o Decreto n. 3.048/1999, art. 70-E traz tabelas de conversão individualizadas para homens e mulheres.

O Decreto ainda dispõe, que constarão no CINS as informações relacionadas aos períodos de deficiência leve, moderada ou grave art. 19, § 8º, do Decreto n. 3.048/1999, fixados em decorrência de avaliação biopsicossocial.

6 APOSENTADORIA POR IDADE DA LEI COMPLEMENTAR n. 142/2013

A Lei Complementar n. 142/2013 necessitou de regulamentação em vários artigos, mas com relação ao benefício da Aposentadoria por Idade a lei foi bem clara, pois a redação do inciso IV do art. 3º afirma que a redução da idade mínima é “independente do grau de deficiência”, desde que a deficiência exista há pelo menos 15 anos:

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.

Quanto à carência, cumpre apontar que inobstante a Lei Complementar n. 142/13 não faça qualquer restrição, o Decreto n. 8.145/13 inclui no art. 182 do Decreto n. 3.048/99 o parágrafo único, que exclui a possibilidade de aplicação da tabela de transição que dispõe sobre a majoração progressiva art. 142 da Lei n. 8.213/91, que eleva a carência do benefício de 60 para 180 contribuições.

Para o Professor João Marcelino Soares não existe fundamento para se afastar a regra de transição da carência do art. 142 da Lei n. 8.213/91, uma vez que, o art. 9º, inciso IV, da Lei Complementar n. 142/2013 determina a aplicação das normas relativas aos demais benefícios do RGPS, o que torna ilegal o art. 182, parágrafo único do Decreto n 3.048/99 (SOARES, 2015, p. 160-162).

Outro ponto de destaque é que, para a aposentadoria por idade os 15 anos de deficiência não precisariam necessariamente ser simultâneos com os recolhimentos das contribuições. Entretanto, o Decreto n. 8.145/13 estabeleceu uma dúvida no parágrafo primeiro do art. 70-c, pois praticamente repetiu o art. 3º, inciso IV, da Lei Complementar n. 142/2013.

§ 1º Para efeitos de concessão da aposentadoria de que trata o caput, o segurado deve contar com no mínimo quinze anos de tempo de contribuição, cumpridos na condição de pessoa com deficiência, independentemente do grau, observado o disposto no art. 70-D.

O legislador exigiu ainda o tempo de contribuição de 15 anos, quando deveria mencionar a carência mínima de 180 meses, o que são períodos diferentes, extrai-se da lei é no sentido de que os 180 meses deverão estar contidos dentro do período mínimo de 15 anos de deficiência em qualquer grau. É necessário ainda que, o segurado comprove a condição de deficiente no momento em que atingir a faixa etária, ou no requerimento do benefício ou quando cumprir a carência mínima.

Em relação aos segurados especiais (trabalhadores rurais em regime de economia familiar, entre outros), a idade continua igual, 60 para homens e 55 para mulheres, ou seja, não existe nenhuma vantagem para o campesino na Lei Complementar n. 142/2013, não houve uma dupla redução etária, o que certamente seria mais justo.

A Lei parte do princípio de que a pessoa com deficiência merece aposentar-se mais cedo por conta de seu trabalho penoso no meio rural, imaginemos a seguinte situação um trabalhador rural que já tem um trabalho penoso e ainda se encontra na condição de deficiente é duplamente penalizado pela sua condição de vida.

Merecia desta forma, o trabalhador rural que também esteja na condição de deficiente físico ser agraciado com a dupla redução etária, a Constituição Federal prevê a redução de cinco anos para os trabalhadores rurais sobre a regra geral, assim, uma melhor interpretação pode ser dada no sentido de que o art. 3º, da Lei Complementar n. 142/2013 também cria uma regra de redução de cinco anos para o deficiente físico como regra geral, desta forma, a exceção na Constituição Federal art. 201, § 7º, inciso II, se replica pelo art. 48, § 1º, da lei geral de benefícios, podendo-se concluir que o § 2º, do art. 70-C do Decreto n. 3.048 é inconstitucional (MAUSS, 2015, p. 59).

O professor João Marcelino Soares compactua da mesma tese de dupla redução etária nos casos de trabalhadores rurais.

A meu ver, o legislador poderia também ter estabelecido idades diferenciadas para os graus de deficiência nas aposentadorias por Idade do deficiente urbana e rural, como fez na aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência, pois num sentido constitucional a lei é para igualar os desiguais na medida que se desigualam, uma vez que, no caso de deficiência temos os níveis de leve, modera ou grave ao nivelar a aposentadoria por idade do deficiente em qualquer grau de deficiência, já se estaria criando uma desigualdade.

Com relação à aposentadoria híbrida em que são somados os períodos de carência urbano e rural para concessão de Aposentadoria por Idade aos 65 anos para homens e 60 para mulheres no caso das pessoas com deficiência haverá redução para 60 anos para homens e 55 para mulheres.

A renda mensal inicial (RMI) da aposentadoria do segurado com deficiência será calculada aplicando-se sobre o salário de benefício, apurado em conformidade com o disposto no art. 29 da Lei n. 8.213/1991, os seguintes percentuais:

100% (cem por cento), no caso da aposentadoria por tempo de contribuição; ou 70% (setenta por cento) mais 1% (um por cento) do salário de benefício por grupo de 12 (doze) contribuições mensais até o máximo de 30% (trinta por cento), no caso de aposentadoria por idade.

7 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR n. 142/2013

Em princípio é importante ressaltar que até o momento não existe idade mínima para aposentadoria por tempo de contribuição, bastando o segurado completar 35 anos de contribuição se homem e 30 se mulher, devendo o segurado atingir 180 meses de carência.

A Lei Complementar, no seu art. 3º, estabelece os tempos de contribuições necessários de acordo com o grau da deficiência do segurado.

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

- 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;
- 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;
- 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; [...]

Somente é possível ao segurado se aproveitar da redução da contribuição de forma plena, se efetivamente comprovar sua deficiência leve, moderada ou grave durante o tempo de contribuição exigido no art. 3º da Lei Complementar.

Prevendo que o segurado, possivelmente durante sua vida contributiva, possa ter momentos com deficiência e sem deficiência, bem como momentos com níveis diferentes de deficiência, como descreve o art. 7º da Lei Complementar n. 142 os requisitos para aposentadoria aos deficientes serão “proporcionalmente ajustados”, desta forma, foi incluído o art. 70-E, no Decreto n. 3.048/99:

Art. 70-E. Para o segurado que, após a filiação ao RGPS, tornar-se pessoa com deficiência, ou tiver seu grau alterado, os parâmetros mencionados nos incisos I, II e III do **caput** do art. 70-B serão proporcionalmente ajustados e os respectivos períodos serão somados após conversão, conforme as tabelas abaixo, **considerando o grau de deficiência preponderante**, observado o disposto no art. 70-A (grifo nosso).

Tabela 1. Índices a serem utilizados a fim de converter os períodos trabalhados com determinado grau de deficiência

HOMEM				
TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES			
	Para 25	Para 29	Para 33	Para 35
De 25 anos	1,00	1,16	1,32	1,4
De 29 anos	0,86	1,00	1,14	1,21
De 33 anos	0,76	0,88	1,00	1,06
De 35 anos	0,71	0,83	0,94	1,00

Tabela 2. Índices a serem utilizados a fim de converter os períodos trabalhados com determinado grau de deficiência

HOMEM				
TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES			
	Para 20	Para 24	Para 28	Para 30
De 20 anos	1,00	1,2	1,4	1,5
De 24 anos	0,83	1,00	1,17	1,25
De 28 anos	0,71	0,86	1,00	1,07
De 30 anos	0,67	0,8	0,93	1,00

O art. 70-E do Decreto menciona “grau de deficiência preponderante”, explicado pelo parágrafo único como sendo aquele em que houve a maior parte das contribuições.

§ 1º - O grau de deficiência preponderante será aquele em que o segurado cumpriu maior tempo de contribuição, antes da conversão, e servirá como parâmetro para definir o tempo mínimo necessário para a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência e para a conversão.

Para exemplificar, o segurado que ingressou no RGPS com um grau de deficiência leve por 10 anos (sendo que este nível de deficiência requer 33 anos de contribuição), por qualquer motivo teve seu quadro de deficiência agravado para moderada (que exige 29 anos na condição de deficiência moderada) para se aposentar por tempo de contribuição, precisará contribuir por mais 20,2 anos.

É possível chegar a esta conclusão da seguinte forma, o segurado permaneceu 10 anos contribuídos na categoria de 33 anos grau leve, multiplica-se pelo índice 0,88 (indicado na tabela), chega-se em 8.80 anos. Como para deficiência moderada exigem-se 29 anos, então faltam 20.2 anos de contribuição para chegar-se a aposentadoria.

Para os segurados que eventualmente ingressaram no RGPS sem qualquer deficiência, entretanto, no decorrer de suas vidas tiveram problemas que levaram a uma deficiência leve, moderada ou grave, terão o respectivo período convertido para fins de aposentadoria do deficiente, não importando se permaneceram mais tempo na condição de segurado sem deficiência. Se na DER o segurado for deficiente determina-se a conversão, art. 70-E § , 1º, do Decreto n. 3.048/99.

A norma previu expressamente no art. 10, da Lei Complementar n. 142/2013, que a redução do tempo das pessoas com deficiência não poderá ser acumulada com a redução decorrente do trabalho em condições insalubres, perigosas ou penosas, mas isso apenas para o mesmo período de contribuição, assim asseverando:

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

Nota-se que a vedação da acumulação das reduções se dá somente se o período for concomitante, mas em se tratando de períodos diferentes não existe proibição da conversão. No caso de períodos simultâneos como segurado deficiente e sujeito a agentes nocivos, cabe ao segurado a escolha pelo mais vantajoso (KRAVCHYCHYN, 2015, p. 320). A propósito, ainda do art. 10, da Lei Complementar n. 142/2013, mesmo sendo vedada a acumulação das reduções, seria razoável que o legislador tivesse prestigiado o segurado deficiente que ainda se sujeita a trabalhar em condições insalubres ou perigosas. Da forma como foi redigida a Lei observa-se ainda uma desigualdade.

Por exemplo, um segurado que tenha uma deficiência grave aposenta-se com 25 anos de contribuição, e se o mesmo segurado ainda trabalhasse em ambiente insalubre com fator de 1.4, se aposentaria com os mesmos 25 anos, a meu ver, mesmo sendo injusta, a vedação da cumulação não fere a Constituição Federal art. 201, § 1ª que determinou que a regulamentação ficasse a cargo da Lei Complementar, desta forma, se existir períodos trabalhados sob condições insalubres ou perigosas, deverá ser utilizado o § 1º do art. 70-F adicionado ao Decreto n. 3.048/99 pelo Decreto n. 8.145/13 que garante as conversões dos tempos especiais (sujeitos a agentes nocivos ou perigosos) **para os períodos qualificados** (período com deficiência), terminologia sugerida por (SOARES, 2015, p. 172).

Tabelas que indicam as conversões do 1º do art. 70-F adicionado ao Decreto n.3048/99.

MULHER					
TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES				
	Para 15	Para 20	Para 24	Para 25	Para 28
De 15 anos	1	1,33	1,6	1,67	1,87
De 20 anos	0,75	1	1,2	1,25	1,4
De 24 anos	0,63	0,83	1	1,04	1,17
De 25 anos	0,6	0,8	0,96	1	1,12
De 28 anos	0,54	0,71	0,86	0,89	1
HOMEM					
TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES				
	Para 15	Para 20	Para 25	Para 29	Para 33
De 15 anos	1,00	1,33	1,67	1,93	2,2
De 20 anos	0,75	1,00	1,25	1,45	1,65
De 25 anos	0,6	0,8	1,00	1,16	1,32
De 29 anos	0,52	0,69	0,86	1,00	1,14
De 33 anos	0,45	0,61	0,76	0,88	1,00

Para exemplificar, um segurado (homem) que trabalhou por 15 anos em sob condição insalubre leve (1.4), trabalhou logo depois por mais cinco anos em trabalho normal, logo depois sofreu um acidente ficando com uma deficiência leve, os 15 anos após a conversão de acordo com a tabela para a deficiência leve resultaria em 19.8 anos, os 05 anos em trabalho normal resultaria em 4,7 anos, desta forma, o segurado que agora tem uma deficiência leve terá ainda que contribuir por 8,5 anos.

Cogita-se ainda a possibilidade de no momento do Requerimento Administrativo (DER) o segurado não ser mais deficiente, mas ao longo de seus períodos contributivos esteve com algum grau de deficiência, neste caso é possível a conversão do tempo qualificado (com deficiência) em comum para uma base tempo de contribuição mulher 30 e homem 35 (SOARES, 2015, p 184).

A Lei Complementar n. 142/2013 silenciou-se em relação à aposentadoria dos professores que de cinco anos em razão da penosidade da profissão, fazendo-se um comparativo em relação à aposentadoria da pessoa com deficiência só haveria vantagem para o professor/segurado se a deficiência fosse moderada ou grave, que resultaria em redução etária e não aplicação do fator, desde que, a deficiência e a docência sejam simultâneas.

A questão polêmica em relação à aposentadoria do professor/deficiente é se aplicaria simultaneamente a redução etária em razão da docência, e em razão da deficiência. Exemplo um professor com deficiência moderada poderá se aposentar com 24 anos. Para Adriano Mauss (2015, p. 90) e para o professor Martinez (2015, p. 56) não é possível a respectiva cumulação, uma vez que, a regra contida no art. 10 da Lei Complementar n. 142/2013 aplica-se aos professores.

Mas existem posicionamentos contrários, para o professor João Marcelino Soares (SOARES, 2015, p. 187-188) e para Jeferson Luis Kravchychyn (2015, p. 320-321) entendem que as reduções podem ser cumuláveis, uma vez que, a Lei Complementar n. 142/2013 não vetou expressamente a referida cumulação, como fez na vedação a cumulação com períodos especiais, ou seja, “onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir” (STJ, Resp 1.082.631/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Dje 26.03.2013). Entretanto, para o professor João Marcelino a redução deveria ser simétrica, aplicaria a mesma porcentagem de redução da aposentadoria comum em relação aos deficientes na aposentadoria dos professores.

A renda mensal inicial do segurado deficiente que se aposente por idade ou tempo de contribuição, não será afetada pelo Fator Previdenciário para reduzir a aposentadoria, mas serão beneficiados pelo fator se a renda resultar em valor mais elevado art. 9º da Lei Complementar n. 142/2013. O salário de benefício será calculado de acordo com o art. 29 da Lei n. 8.213/1991, apurados os 80% maiores salários desde 07/1994 com observância do mínimo divisor para segurados filiados antes da Lei n. 9.876/99.

8 CONCLUSÃO

Ser uma pessoa com deficiência não foi, não é e nunca será tarefa fácil, muitas são as barreiras externas que dificultam o acesso ao lazer, à saúde, à cultura e ao trabalho, sendo certo que não são raras as vezes que as pessoas com deficiência ainda sofrem discriminação por sua condição de vida.

A legislação muitas vezes não acompanha a velocidade com que a sociedade se transforma, com isso podemos citar o objeto deste estudo que é a aposentadoria da pessoa com deficiência que apesar de já estar prevista na Constituição Federal de 1988 art. 201, § 1º, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 47/2005, só regulamentada com a edição da Lei Complementar n. 142/2013, que definiu os critérios da aposentadoria especial dos portadores de deficiência filiados ao INSS.

De acordo com o último Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) quase 24% da população brasileira é composta por pessoas que possuem algum tipo de deficiência. O Brasil possui 45 milhões de pessoas com alguma espécie de deficiência (PCD), mas, apesar da grande quantidade de deficientes são poucos os que conseguirão a aposentadoria do deficiente, uma vez que não será tarefa fácil provar todos os requisitos para a jubilação nesta modalidade. Em primeiro lugar por que foi excluída a possibilidade de se provar o início da incapacidade apenas com prova testemunhal, e também não existe regra clara sobre quais documentos podem subsidiar a data provável. Em segundo lugar, o instrumento utilizado pelo INSS para avaliar o grau de deficiência e as diversas barreiras (perícia médica e social) que associados dimensionam o grau de deficiência, se mostram muitas vezes rigorosas ao extremo, colidindo com o objetivo protetivo das normas que garantem os direitos sociais.

Certamente o judiciário terá papel importante nos anos que se seguem, para uma melhor interpretação do Decreto n. 8.145/13 e a Portaria Interministerial n. 01/2014, a nosso ver a Lei Complementar n. 142/2013 é boa, mas o seu Decreto regulamentador e a Portaria acabam por afunilar por demais os segurados que conseguem a aposentadoria do deficiente em sede administrativa, levando vários outros segurados a buscarem a justiça por conta dos constantes indeferimentos.

O cenário atual é desolador o poder executivo após a Constituição de 1988, vem de forma gradativa restringindo e retirando direitos sociais, atualmente temos a famigerada PEC n. 287/2016, que está eivada de inconstitucionalidades que afrontam os direitos e garantias constitucionais, é certo que ainda não foi aprovada, mas sempre existe dúvidas quanto à continuidade dos benefícios já conseguidos pelos segurados.

A Lei Complementar n. 142/2013 não é perfeita, sobretudo quando se trata dos mecanismos de avaliação da incapacidade do segurado, notadamente o Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria (IFBrA), esperamos que o referido mecanismo de avaliação esteja em constante aperfeiçoamento, bem como os

profissionais que trabalham no INSS recebam treinamento adequado para melhor avaliar os segurados que buscarem a aposentadoria da pessoa com deficiência.

9 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. Livro de Direito Previdenciário. In: AGUIAR, Leonardo. **Direito Previdenciário**: curso completo. 2017. Disponível em:

<https://livrodireitoprevidenciario.com/aposentadoria_deficiente/>. Acesso em: 16 maio 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Trabalho e previdência**: Reforma da Previdência impacta aposentadorias por invalidez e por deficiência. Brasília, 24 fev. 2017.

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/523647-REFORMA-DA-PREVIDENCIA-IMPACTA-APOSENTADORIAS-POR-INVALIDEZ-E-POR-DEFICIENCIA.html>>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 191-A, 5 out. 1988, p. 1.

BRASIL. Decreto n. 8.145 de 3 de dezembro de 2013. Altera o Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, para dispor sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência. **Diário Oficial da União**, 03 dez. 2013, p. 1. Edição Extra. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8145.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência**. Brasília: 2 nov. 2017. Disponível em:

<<https://www.inss.gov.br/beneficios/aposentadoria-por-tempo-de-contribuicao-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Lei Complementar n. 142, de 8 de maio de 2013. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. **Diário Oficial da União**, 09 maio 2013, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp142.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis n. 8.212 e n. 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 29 nov. 1999, p. 1, Edição Extra. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

CHAMON, Omar. **Direito previdenciário**: teoria e mais de 250 questões de concursos comentadas. Niterói: Impetus, 2012.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial**: teoria e prática. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

LAZZARI, João Batista. **Prática processual previdenciária**: administrativa e judicial. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Benefícios previdenciários das pessoas com deficiência**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MAUSS, Adriano; COSTA, José Ricardo Caetano. **Aposentadoria especial dos deficientes**: aspectos legais, processuais e administrativos. São Paulo: LTr, 2015.

SAVARIS, José Antonio. **Curso de perícia judicial previdenciária**. 2. ed. Curitiba: Alteridade, 2014.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 6. ed. ver. atual. ampl. Curitiba: Alteridade, 2016.

SOARES, João Marcelino. **Aposentadoria da pessoa com deficiência**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

AS VANTAGENS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA CONSECUÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

Marina Morais Silva¹

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 Jurisprudencial.

1 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 Previdenciário como

¹ Especialista pela Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Previdenciário.

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.

2 APOSENTADORIA ESPECIAL

2.1 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 art. 201 da CR, no art. 22, inciso II, da Lei n. 8.212/1991 e nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991, que dispõem sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro (2012, p. 25-26) 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 n. 8.213/91 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.

Wladimir Novaes Martinez (2000) 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, 2000).

Destarte, Aposentadoria Especial se trata 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.

2.2 Evolução histórica

Segundo a Lei n. 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, 15, 20 ou 25 anos, com a respectiva, e óbvia, contribuição.

Inste-se que em 1960 o Decreto n. 48.959-A, criou o Quadro de Atividades Profissionais consideradas insalubres, perigosas e penosas. Já em 1964, o Decreto n. 53.831 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 n. 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.

Mais tarde, em maio de 1968, a Lei n° 5.440-A, suprimiu da legislação a exigência da idade mínima (50 anos de idade) e posteriormente a Lei n. 5.890, de 1973, trouxe alterações quanto à carência, cambiando-a de 180 para 60 contribuições. Destaca-se ainda que a Lei n. 6.210, de 1975, revogou a Lei n. 5.890/73 quanto à suspensão da aposentadoria por motivo de retorno à atividade.

Em 1979, a Lei n. 6.643 possibilitou o cômputo do tempo de exercício de administração ou representação sindical para fins de aposentadoria especial. Neste mesmo ano o Decreto n. 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, por meio da Lei n. 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 nº. 9.032, de 1995, que modificou as Leis n. 8.212 e n. 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 n. 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 n. 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 n. 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 n. 3.048, de 1999, que apresentou a Classificação dos Agentes Nocivos, no Anexo IV, e o Decreto n. 4.827, de 2003, que manteve o direito à conversão de tempo especial em comum.

Por fim, destaca-se ainda que a Lei n. 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.

3 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, 20 ou 15 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 n. 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 de abril de 1995, data da Lei n. 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 de abril de 1995, a exibição da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) 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 5 de março de 1997.

Ressalta-se que os formulários SB-40, DISES-BE 5235, DSS- 8030 e DIRBEN 8030 são aceitos para períodos trabalhados até 31 de dezembro de 2003 desde que emitidos até esta data. A partir de 1º de janeiro de 2004, o legislador passou a exigir o formulário denominado Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), documento regulamentado pela Instrução Normativa n. 99/2003, que deverá ser desenvolvido com base nas informações constantes 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 Laudo Técnico de Condições Ambientais (LTCA) passou a ser exigido a partir de 13 de outubro de 1996, data da Medida Provisória n. 1.523, que posteriormente foi transformada na Lei n. 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 n. 9.528/1997.

4 PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO E SUAS VANTAGENS

4.1 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 (2015, p. 530), 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.

Já o litígio inicia-se quando a decisão administrativa se apresenta 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, p. 531).

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 dias para interposição de recursos à Junta de e/ou posteriormente às Câmaras de Julgamento que juntas compõem 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 irrisignação 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, 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 54 n. 8/2011 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.

4.2 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 pôr 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 Conselho de Recursos do Seguro Social (CRSS). 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 Instrução Normativa n. 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 Justificação Administrativa (JA), 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 Conselho de Recursos do Seguro Social (CRSS), 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.

Advirta-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 a 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.

5 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 jurisprudencial²⁵.

5.1 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 4 de março de 1997 eram consideradas nocivas quando a exposição a ruído fosse superior a 80 decibéis. De 5 de março de 1997 a 17 de novembro de 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 de novembro de 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 n. 53.831/74, no código 1.1.6, Decreto n. 83.080/1979, no Anexo I, código 1.1.5 e o atual Decreto n. 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. (grifos acrescidos)

5.2 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

² Importante destacar que a os acórdãos selecionados abaixo foram extraídos das aulas ministradas pela Professora Ana Paula Fernandes no Curso de Processo Administrativo Previdenciário (IEPREV).

exercício do seu labor houve exposição a agentes nocivos. Este documento foi introduzido no art. 58, § 4º, da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela Lei n. 9.528/97.

Ressalta-se que a partir de 1º de janeiro de 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 n. 44232.099272/2014-12:

PPP É PROVA PLENA A PARTIR DE JANEIRO DE 2004 – VOTO DIVERGENTE.
PROCESSO: 4423 2.099272/2014-12

Excerto de voto – [...] para períodos laborados a partir de 1º de janeiro de 2004 o único documento exigível para comprovação da atividade especial é o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, inclusive para o agente nocivo ruído, conforme dispõe o art. 256, IV da IN INSS/PRES 45/2010. Isso se deve pelo motivo de que o PPP deve, necessariamente, ser emitido com base nas demonstrações ambientais (IN INSS/PRES 45/2010, art. 272, § 8º). Na mesma esteira, também o § 9º do mesmo artigo 272 prevê que “a exigência do PPP referida no caput, em relação aos agentes químicos e ao agente físico ruído, fica condicionada ao alcance dos níveis de ação de que trata o subitem 9.3.6, da NR-09, do MTE, e aos demais agentes, à simples presença no ambiente de trabalho”. (grifos acrescentados)

5.3 Posição do CRSS - Exposição à eletricidade acima de 250 volts

Cumpra asseverar que até 5 de março de 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 6 de março de 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 acrescentados)

5.4 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 n. 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. BENEFICIO 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.

6 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.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 191-A, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 07 maio 1999, p. 50. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964. Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960. **Diário Oficial da União**, 30 mar. 1964, Seção 002932, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D53831.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 8.123, de 16 de outubro de 2013. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, no que se refere à aposentadoria especial. **Diário Oficial da União**, 17 out. 2013, p. 4, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8123.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. **Diário Oficial da União**, 29 jan. 1979 (Suplemento). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83080.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa n. 1, de 20 de dezembro de 1995. Avaliação das concentrações de benzeno em ambientes de trabalho. Ministério do Trabalho e Emprego. **Diário Oficial da União**, 04 jan. 1996, n. 3, Seção I, p. 127). Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/ff8080812bd96d6a012bda74dd71230f/in_19951220_01.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa n. 2, de 20 de dezembro de 1995. Vigilância da saúde dos trabalhadores na prevenção da exposição ocupacional ao benzeno. Ministério do Trabalho e Emprego. **Diário Oficial da União**, 04 jan. 1996, n. 3, p. 130. Disponível em: <<http://www.inteligenciaambiental.com.br/sila/pdf/finssst2-95.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

BRASIL. Instrução Normativa 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. **Diário Oficial da União**, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 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 da União**, 09 maio 2003, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.666.htm>. Acesso em: 13 mai. 2017.

BRASIL. Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. **Diário Oficial da União**, 05 set. 1960. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 11 jun. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5890.htm>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Lei n. 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**, 25 jul. 1991, p. 14.801, texto original. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 18. mai. 2017.

BRASIL. Lei n. 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**, 25 jul. 1991, p. 14.809, texto original. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 18 mai. 2017.

BRASIL. 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. **Diário Oficial da União**, 11 dez. 1997, p. 29426. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9528.htm>. Acesso em: 13 mai. 2017.

BRASIL. NR-15 - Atividades e operações insalubres. In: Segurança e Medicina do Trabalho. Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977, normas regulamentadoras (NR) aprovadas pela Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978. 68. ed. São Paulo: Atlas, 2011 (Manuais de legislação Atlas).

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

KERTZMAN, Ivan. **Direito Previdenciário**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

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

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aspectos Básicos da Aposentadoria Especial. **Previdência em Revista**, n. 01, out./2000.

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

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

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