

DIVERGÊNCIAS CONSTITUCIONAIS A RESPEITO DO TEMA 709 – (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 57, §8º DA LEI 8.213/1991 ¹

Ana Carla Rodrigues

Resumo: Este artigo possui como objetivo analisar as decisões a respeito da constitucionalidade do art. 57, §8º da Lei 8.213/1991 proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e pelo Supremo Tribunal Federal - fixado no tema 709, a fim de verificar a aplicabilidade do dispositivo legal, a lógica dos argumentos levantados e a coerência da norma junto aos pilares defendidos pelo Direito Previdenciário e a Seguridade Social. Na elaboração deste artigo, utiliza-se o método indutivo.

Palavras chave: Aposentadoria Especial. Direito Previdenciário. Inconstitucionalidade art. 57, §8º da Lei 8.213/1991. Princípios Constitucionais.

Abstract: This article aims to analyze the decisions regarding the constitutionality of art. 57, §8 of Law 8.213/1991 issued by the Federal Regional Court of the 4ª Region and the Supreme Federal Court - set out in theme 709, in order to verify the applicability of the legal provision, the logic of the arguments raised and the coherence of the rule with the pillars defended by Social Security Law and all Social Security. In the preparation of this article, the inductive method is used.

Keywords: Special Retirement. Social Security Law. Unconstitutionality art. 57, §8 of Law 8.213/1991. Constitutional principles.

Introdução

O artigo tem como objeto a análise das decisões envolvendo a constitucionalidade do artigo 57, §8º da Lei 8.213/1991.

A sua finalidade é verificar se os argumentos levantados nas decisões são coerentes com a realidade do segurado e com os objetivos do benefício de aposentadoria especial e da seguridade social.

Tal problemática surgiu em razão da total divergência entre as decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o Supremo Tribunal Federal no que tange a possibilidade de permanência do segurado em trabalho com exposição a agentes nocivos, após a concessão do benefício de aposentadoria especial.

¹ Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma 2020/1.

Em síntese, enquanto o Tribunal Regional Federal da 4ª Região defendeu a inconstitucionalidade, respaldada, principalmente, na ofensa ao princípio da livre iniciativa, a Corte Suprema, por outro lado, concluiu pela constitucionalidade, argumentando que a norma legal visa proteger a saúde do trabalhador, o qual é presumidamente incapaz para as atividades após determinado período de tempo exposto aos agentes nocivos.

Com isso, o presente artigo, a fim de apresentar-se da maneira mais didática possível, esclarecerá de início os objetivos e fundamentos da Ordem Social e Seguridade Social, adentrando após no funcionamento da aposentadoria especial, exposição das decisões pela constitucionalidade e inconstitucionalidade e, por fim, a análise dos argumentos utilizados pelos tribunais e sua aplicação prática.

O artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a constitucionalidade do artigo 57, §8º da Lei 8.213/1991.

Quanto à Metodologia utilizar-se-á o Método Indutivo com foco na pesquisa bibliográfica e documental.

1 A Seguridade Social e o Direito Previdenciário na defesa do trabalhador

O Direito Previdenciário, como qualquer ramo do Direito, deve ser analisado a luz da Constituição Federal. Tanto é assim que a carta magna reserva todo o capítulo II, do Título VIII a Seguridade Social.

Marina Vasquez Duarte² pontua que a principal finalidade da Seguridade Social é a cobertura dos riscos sociais, o amparo social mantido por receita tributária ou assemelhada originada da percepção de impotência do homem frente aos encargos produzidos pelos riscos sociais.

Na definição constitucional, a Seguridade é o conjunto de políticas públicas governamentais e ações da sociedade civil voltadas para o desenvolvimento de direitos relacionados a saúde, previdência e assistência social.

² DUARTE, Marina Vasques. Direito Previdenciário. 7ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p.25.

Quanto à saúde e a assistência social, pincela-se brevemente que a primeira encontra-se regulamentada pelas leis 8.080/1990 e 8.142/1990, conta com participação descentralizada de órgãos federais, estaduais e municipais e é direito de todos (e dever do Estado), enquanto que a segunda, amparada nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal, busca proteger os hipossuficientes a fim de tornar a sociedade mais justa, igualitária e solidária.

Já a previdência social, pode ser definida como:

(...) um seguro social obrigatório, custeado por recursos públicos e privados de toda a sociedade, de caráter contributivo, que visa propiciar meios dignos de sobrevivência dos cidadãos quando se depararem com situações caracterizadoras de um risco social, previstos no art. 201 da CF/1988.³

Importante destacar que, enquanto a saúde e a assistência social não dependem de contraprestação dos atendidos, a previdência tem caráter obrigatório a todos aqueles que exercem atividade remunerada, exigindo uma contribuição específica para que o segurado faça jus aos benefícios, os quais são gerenciados e concedidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

Retratada a seguridade social, imprescindível apontar que o artigo 193 da Constituição Federal, primeiro dentre os reservados à ordem social, esclarece que a ordem social – que se apresenta como título do capítulo ao qual pertence à seguridade social - tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, o que conduz a interpretação de que toda a estrutura do direito previdenciário visa promover o valor social do trabalho, bem como assegurar a proteção, o bem estar e a justiça dos cidadãos.

1.1 Aposentadoria Especial – aspectos e requisitos

Objetivando a proteção, bem estar e justiça social ao segurados, o legislador criou uma série de benefícios previdenciários, os quais buscam resguarda-los de eventos como doença, incapacidade permanente, idade avançada, prisão, desemprego involuntário, morte ou maternidade.

Nesse ponto,

³ BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. Curso Prático de Direito e Processo Previdenciário. 3ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.7.

A aposentadoria é a prestação por excelência da previdência social, juntamente com a pensão por morte. Ambas substituem, em caráter permanente (ou pelo menos duradouro), os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência ou daqueles que dependiam.

Exatamente por substituir os rendimentos do segurado, o deferimento de aposentadoria é capaz de inverter a relação jurídica deste para com o Estado, deixando ele de ser contribuinte para passar a ser sujeito ativo (credor) de uma relação de benefício previdenciário⁴.

Até a entrada em vigor da Emenda Constitucional 103/2019⁵, era possível se observar quatro espécies de aposentadoria – por invalidez, por idade urbana/híbrida/rural, por tempo de contribuição e especial, atualmente o Regime Geral de Previdência Social conta com aposentadoria voluntária urbana/híbrida/rural, por incapacidade permanente e especial.

A aposentadoria especial, objeto do presente estudo, a partir da vigência da Emenda Constitucional 103/2019 está prevista e regulamentada no artigo 201, §1º, II da Constituição Federal de 1988, artigo 19, §1º, I da Emenda Constitucional 103/2019 (regra geral) e art. 21 da Emenda Constitucional 103/2019 (regra de transição).

Antes da Emenda Constitucional 103/2019, a aposentadoria especial era regulada nos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, nos artigos 64 a 70 do Decreto 3.048/1999 e nos artigos 246 a 295 da IN 77/2015.

Em síntese, os requisitos para a concessão da aposentadoria especial antes da já referida emenda constitucional eram: (a) tempo de trabalho sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física aos 15, 20 ou 25 anos⁶ e (b) a carência de 180 contribuições mensais, sem qualquer exigência quanto à idade mínima.

⁴ DUARTE, Marina Vasques. Direito Previdenciário. p. 213.

⁵ Emenda Constitucional nº 103 de 12 de novembro de 2019 - Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias.

⁶ A natureza dos agentes nocivos que geram a atividade especial pode ser químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais a saúde ou a integridade física, cujo rol está previsto no Anexo IV do Decreto 3.048/1999.

Após 13/11/2019⁷, os requisitos passaram a ser: (a) idade mínima de 55 anos, 58 anos ou 60 anos de idade, a depender do agente insalubre; (b) preenchimento da carência do benefício⁸ e (c) o tempo de efetiva exposição ocorrida de forma habitual e permanente, em condições prejudiciais à saúde ou risco à integridade física, durante o período de 15, 20 ou 25 anos a depender do agente.

Preenchidos os requisitos, a data de início do benefício será fixada nos mesmos moldes previstos no art. 49 da Lei 8.213/1991 para a aposentadoria por idade, ou seja, para o segurado empregado a partir da data do desligamento do emprego, quando requerida nessa data, ou até 90 dias depois desta, ou da data do requerimento administrativo e, para os demais segurados, da data do requerimento administrativo⁹.

Já no que diz respeito a cessação, além do óbito, a Lei 8.213/1991 traz no artigo 57, §8º, a previsão de cancelamento do benefício caso o segurado aposentado continue no exercício das atividades que acarretaram na concessão da aposentadoria especial¹⁰.

Essa previsão gerou grande discussão e dividiu as opiniões dos juristas quanto à constitucionalidade.

2 O reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 57, §8º da Lei nº 8.213/1991 e seus argumentos

Com efeito, assim dispõe o § 8º do artigo 57 da Lei 8.213/91:

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

⁷ Data da entrada em vigor da Emenda Constitucional 103/2019.

⁸ Antes da vigência da EC 103/2019, nos termos do art. 25, II da Lei 8.213/1991, a carência da aposentadoria especial era de 180 contribuições, que corresponde a 15 anos de tempo de contribuição. Todavia, a partir da vigência da EC 103/2019, a carência passa a depender do agente nocivo ao qual está exposto o segurado.

⁹ Artigo 57, §2º da Lei 8.213/1991 (§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.).

¹⁰ Artigo 57, §8º da Lei 8.213/1991 (§ 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.).

(quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

(...) § 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. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98).

Por sua vez, estatui o art. 46 da Lei 8.213/91: *“Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.”*

Não obstante a inclusão da restrição em 1998, há muito se discutia a constitucionalidade da referida limitação, alegando-se que esta ia de encontro às diretrizes dos fundamentos da república, dos direitos sociais e da ordem econômica, pilares do Direito Previdenciário.

Acerca disso, extrai-se do artigo 6º do texto constitucional que *“são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (...)”*.

Nessa mesma linha estabelece o artigo 170 da Constituição Federal que a *“ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”*, observados, dentre outros, os princípios da *“livre concorrência”* e da *“busca do pleno emprego”*.

Também o artigo 201 da Carta Magna assegura aos trabalhadores a aposentadoria no regime geral de previdência social, observado seu caráter contributivo, estabelecendo em seu § 1º a regra matriz da aposentadoria especial:

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.

(...)

Ainda, estabelece o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo- -se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (...)

Respaldo nisto, em 24/05/2012, a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, pelo Relator O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, na Arguição de Inconstitucionalidade Nº 5001401-77.2012.404.0000/TRF¹¹, firmou entendimento pela inconstitucionalidade do art. 57, §8º da Lei 8.213/1991.

Na visão do julgador, a restrição imposta pelo §8ª cerceia, sem qualquer autorização constitucional, o exercício de atividade profissional e veda o acesso ao benefício pleiteado mesmo diante do preenchimento dos requisitos legais.

Além disso, entendeu-se que a norma não apresenta qualquer caráter protetivo, posto que não veda o trabalho especial em si, mas tão somente a percepção do benefício associado ao exercício de atividade considerada especial.

Também se observou que a Constituição Federal, em seu artigo 7º estabelece ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”. Contudo, não há qualquer vedação quanto ao exercício de trabalho perigoso ou insalubre ao segurado que obteve aposentadoria especial, pois este é um direito inalienável do trabalhador.

Por fim, arrematou-se que a Constituição Federal admite a proibição de trabalho perigoso ou insalubre, nos termos do inciso XXXIII do mesmo artigo 7º, tão somente aos menores de dezoito anos, não havendo, por conseguinte, condições legais para o cumprimento das disposições previstas no art. 57, §8º da Lei 8.213/1991.

¹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade 5001401-77.2012.404.0000/TRF4, Quinta Turma, Rel. p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Vale Pereira, D.E 24.05.2012. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dax_2.-arguicao-de-inconstitucionalidade-no-5001401-77.2012.404.0000trf.pdf>. Acesso em: 21 fev.2021.

Diante dos argumentos expostos e utilizando como fundamento a decisão proferida junto a Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.404.0000/TRF4, magistrados da quarta região passaram a afastar a regra do § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 e autorizar que os segurados aposentados em razão da exposição a agentes insalubres se mantivessem em suas atividades¹².

3 Virada jurisprudencial: A constitucionalidade do § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 – Tema 709 do STF

Ainda por ocasião do julgamento da arguição de inconstitucionalidade¹³, houve quem se manifestasse pela constitucionalidade do afastamento.

Em seu voto divergente, o Desembargador Rômulo Pizzolatti afirmou que o argumento utilizado para declarar a inconstitucionalidade levava também a entender que o aposentado por invalidez poderia voltar ao exercício de suas atividades, pois assim como no caso da aposentadoria especial, a Constituição também não autorizava nenhuma restrição.

Segundo ele, não era o caso de verificar se a Constituição autorizava a restrição, mas sim se não a vedava.

Consta do voto:

Ora, o legislador infraconstitucional, ao disciplinar a Constituição, está automaticamente estabelecendo restrições. É impossível regulamentar sem restringir. Ao estabelecer, v. g., que, em determinado caso, o segurado tem direito à aposentadoria especial aos 25 anos, o legislador está disciplinando a Constituição – e também, na óptica do segurado, restringindo a Constituição, porque ele desejaria, nesse mesmo caso, aposentar-se com 15 ou até menos anos de serviço.

Ainda:

Estando o dispositivo acoimado de inconstitucional (§ 8º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991), entrelaçado com o art. 46 da mesma lei, o qual estabelece

¹² Decisões nesse sentido (TRF4 AC0011905-04.2015.404.9999, Sexta Turma, Rel. João Batista Pinto Silveira, D.E. 14.04.2016); (TRF4 5006016-43.2014.404.7210, Quinta Turma, Rel. p/ Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, juntado aos autos em 22.03.2016) e (TRF4 5003908-67.2011.404.7009, Quinta Turma, Rel. p/ Acórdão (auxílio Bonat) Taís Schilling Ferraz, juntado aos autos em 21.03.2016).

¹³ ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5001401-77.2012.404.0000/TRF4.

o cancelamento da aposentadoria por invalidez do aposentado que retorna à atividade, será útil examinar, primeiramente, se essa restrição é constitucional, embora tampouco autorizada pela Constituição. A Quinta Turma deste Tribunal, em diversos julgados, entendeu que não; que a restrição é razoável, pelo simples motivo de que, ao retornar à atividade remunerada, o aposentado demonstrou que se reabilitou de fato para o trabalho, ainda que persista a deficiência que justificou o benefício por incapacidade.

(...)

No caso da aposentadoria especial, também os fatos do mundo real, embora diversos, justificam a disciplina normativa que – este ponto deve ser enfatizado – não restringe a concessão em si do benefício, mas quer sim desestimular (proibir não pode) que o trabalhador agraciado com aposentadoria especial continue a submeter-se aos riscos decorrentes do efeito cumulativo de condições ambientais de trabalho nocivas à sua saúde.

Por fim, o voto divergente posicionou-se no sentido de que, diferente do que acontece na aposentadoria por invalidez, em caso de retorno a atividade a aposentadoria especial não seria cancelada, posto que os requisitos – por assim se dizer – estariam preenchidos, mas tão somente suspensa, sendo ao trabalhador, de qualquer modo, ofertadas outras alternativas como o adiamento da aposentadoria especial, o gozo de aposentadoria especial junto ao desempenho de novo ofício em atividade não insalubre ou a opção por aposentadoria por tempo de contribuição.

Passados dois anos, o assunto em debate fora submetido ao Plenário Virtual por meio do Recurso Extraordinário nº 788.092/SC, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal concluiu pela existência da repercussão geral da matéria constitucional versada nos autos, inscrevendo-a ao tema 709 da Gestão por Temas da Repercussão que tratava da “*discussão acerca da possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial independentemente do afastamento do beneficiário das atividades laborais nocivas à saúde*”.

A decisão quanto ao tema citado apresentou-se perante o julgamento do *leading case*, nº 5002182-13.2010.404.7003¹⁴, de origem do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Estado do Paraná (RE 791961/PR – novo paradigma), o

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX 5002182-13.2010.4.04.7003/TRF4, Sexta Turma, Rel. p/ Acórdão Ezio Teixeira, D.E 16.08.2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5950505>. Acesso em: 21 fev.2021.

qual tratava sobre o pedido de aposentadoria especial de Cacilda Dias Theodoro (50 anos de idade), atendente/auxiliar de enfermagem, que buscava judicialmente, além do pedido de aposentadoria, a permissão para manter-se trabalhando no mesmo ofício, o que havia sido deferido segunda instância.

Em julgamento realizado em 08/06/2020, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade do art. 57, §8º da Lei 8.213/1991.

Consta da ementa:

O art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91 é constitucional, inexistindo qualquer tipo de conflito entre ele e os arts. 5º, inciso XIII; 7º, inciso XXXIII; e 201, § 1º, da Lei Fundamental. A norma se presta, de forma razoável e proporcional, para homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos à saúde, à vida, ao ambiente de trabalho equilibrado e à redução dos riscos inerentes ao trabalho.¹⁵

Acerca do tema, asseverou a Corte Suprema que a aposentadoria especial ostenta nítido caráter protetivo, visando preservar a saúde, bem-estar e integridade do trabalhador e que em razão disso trabalha-se com uma *“presunção absoluta de incapacidade decorrente do tempo do serviço prestado, e é isso que justifica o tempo reduzido para inativação”¹⁶*, ou seja, sendo a presunção absoluta não haveria sentido em permitir que o segurado se mantivesse trabalhando.

Pontuou-se também que a continuação na atividade violaria o princípio da isonomia gerando um tratamento desigual entre os cidadãos, posto que o segurado receberia benefício em menor tempo, com vantagens como a não aplicação do fator previdenciário e ainda assim poderia se manter trabalhando.

Quanto à discutida inconstitucionalidade, entendeu-se que não há qualquer ofensa ao art. 5º, inciso XIII, da Carta Política, posto que *“não é defesa a restrição motivada, razoável e proporcional que respeite o núcleo do direito fundamental”¹⁷*,

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 791.961/RR. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2020, DJ 19.8.2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4518055&numeroProcesso=791961&classeProcesso=RE&numeroTema=709>>. Acesso em: 21 fev.2021.

¹⁶ RE 791961 / PR, inteiro teor do acórdão, p. 23/24.

¹⁷ RE 791961 / PR, inteiro teor do acórdão, p. 30.

pontuando ainda que não há qualquer impedimento no segurado aposentado especial trabalhar em outras atividades não especiais.

Afastou-se a alegação de que a proibição de trabalho perigoso ou insalubre existente no art. 7º, inciso XXXIII, da Carta Magna só se destina aos menores de dezoito anos, utilizando-se dos argumentos levantados pelo *parquet*, no sentido de que pensar de modo contrário seria limitar o âmbito de atuação do Poder Público em defesa da segurança e da integridade física dos trabalhadores.

Também em seu voto, o relator, Ministro Dias Toffoli, rebateu argumentos da parte autora no que tange a suposta inobservância do art. 201, § 1º, da Constituição da República¹⁸, arrematando que o

(...) dispositivo constitucional em questão não desceu, tampouco pretendeu descer, a minudências relativas à disciplina da aposentadoria especial, limitando-se a fornecer respaldo à eventual concessão de um tratamento diferenciado às duas categorias mencionadas em face das demais espécies de aposentados¹⁹.

Ainda, relacionado ao art. 201, §1º da Constituição Federal, entendeu-se não haver qualquer violência ao princípio da isonomia no que diz respeito a possibilidade dos trabalhadores portadores de deficiência – os quais também contam com critérios diferenciados de aposentação - se manterem na mesma atividade após a concessão do benefício, visto que a redução no tempo de trabalho neste caso não se dá pelas condições de trabalho, mas pela condição da própria pessoa.

Após, tendo afastado todos os argumentos levantados na Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.404.0000/TRF e na defesa de Cacilda

¹⁸ Art. 201. (...) § 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

¹⁹ RE 791961 / PR, inteiro teor do acórdão, p. 32.

Dias Theodoro, ainda coligiu-se que o art. 57, §8º, da Lei de Benefício prestigia pilares como a saúde do trabalhador, o direito a vida, o direito a um meio ambiente de trabalho equilibrado e dignidade da pessoa humana.

Por fim, assentou-se que no caso de concessão do benefício de aposentadoria especial, este deverá ser pago ao segurado a contar da data do requerimento administrativo - e não da data do afastamento da atividade insalubre, conforme pleiteava o INSS, pois, uma vez reconhecido o direito ao benefício, não pode o segurado ser penalizado por uma resistência injustificada da autarquia.

Na oportunidade foram vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Celso de Mello e Rosa Weber, os quais posicionaram-se pela inconstitucionalidade da norma.

4 Decisões antagônicas pela (in) Constitucionalidade – Aplicabilidade e suas implicações

De início, observa-se que o debate que deu origem ao presente artigo apresenta maior relevância aos pedidos de aposentadoria requeridos até 13/11/2019, quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional 103/2019, uma vez que esta previu idade mínima de 55, 58 ou 60 anos de idade para concessão de aposentadoria especial respectivamente com 15, 20 ou 25 anos de atividade insalubre.

Tal situação se dá porque, em tal idade, é possível que o segurado afaste-se de bom grado de suas atividades, tendo em vista o óbvio desgaste que o labor insalubre traz ao trabalhador. Contudo, tal assertiva, nem de longe pode ser considerada uma verdade absoluta, pois cada vez mais as pessoas têm se mantido profissionalmente ativas por mais tempo.

De todo modo, como bem citado pelo Ministro Edson Fachin em seu voto divergente,

(...) embora o critério essencial para que o trabalhador possa gozar de benefício de aposentadoria em categoria especial seja o efetivo desempenho de atividades laborais em condições que deteriore a sua saúde ou a sua integridade física, entendo que a restrição estabelecida pelo legislador consubstancia vedação desproporcional.

Isto porque, conforme destacado pelo Tribunal de origem, estabelecer aos segurados que gozam de aposentadoria especial restrição similar aos que recebem aposentadoria por invalidez não encontra respaldo legal, considerada a diferença entre as duas modalidades de benefício, além de representar grave ofensa à dignidade humana e ao direito ao trabalho dos segurados²⁰.

Para além da discussão acerca da constitucionalidade, a comparação entre as duas espécies de aposentadoria beira ao desconhecimento dos conceitos do Direito Previdenciário.

Na decisão, entendeu-se que existe uma presunção absoluta de incapacidade do trabalhador que se aposenta em razão do contato com agentes nocivos. Contudo, o risco social da aposentadoria especial não é a incapacidade, mas sim o desgaste do trabalhador.

A redução de tempo de contribuição não visa o afastamento por incapacidade ou a preservação da saúde, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal, mas sim a compensação pelo exercício de atividade em contato com agentes nocivos, tais como frio extremo, calor extremo, ruído, produtos tóxicos e agentes patológicos.

De fato o contato com esses agentes nocivos pode acarretar, em um evento futuro e incerto, problemas de saúde que podem - ou não, desencadear uma incapacidade. Porém, essa eventual incapacidade não é requisito para a concessão da aposentadoria especial.

Pela lógica defendida pelo Supremo Tribunal Federal, reduz-se o tempo de trabalho para retirar o trabalhador da atividade desgastante. Contudo, não se levou em conta que o segurado ingressa no mercado de trabalho com aproximadamente 18 anos de idade, ou seja, 25 anos depois (tempo mais comum dentre aqueles que dão origem a aposentadoria especial), o segurado aos 43 anos de idade, é jovem demais para deixar o trabalho e velho demais para ingressar em um novo ramo.

²⁰ RE 791961 / PR, inteiro teor do acórdão, p. 78.

Utilizemos um exemplo mais explícito. Grande parte dos profissionais de saúde, como é o caso da autora no *leading case*²¹, para além de curso técnico ou universitário passam anos aperfeiçoando-se em residências médicas, especializações, mestrados e afins. Contudo, ao completar 25 anos de atividade com exposição a agentes biológicos (vírus, bactérias, fungos e demais agentes patológicos potencialmente nocivos), precisam optar pela compensação que lhes é devida por lei ou pela carreira conquistada a tanto custo.

Para que não restem teorias defendendo que os segurados com curso superior e especializações são minoria no país e que outra seria a realidade dos trabalhadores sem tal oportunidade, ressalta-se que o cenário se mostra ainda pior à aqueles que desenvolvem atividades como mecânicos, industriários, garis, carpinteiros e quaisquer outros trabalhadores que desempenhem atividade exposta a agentes nocivos, posto que devida a baixa escolaridade, eventual necessidade de buscar novo emprego perto dos 50 anos de idade, estaria fadada ao insucesso.

Observe-se que o legislador trata como escolha o que é um direito do segurado e, com isso, como bem frisou o Ministro Edson Fachin, vem a “*estabelecer grave restrição à dignidade humana e ao direito ao trabalho do segurado que contribuiu por muitos anos e não teria direito a usufruir prestação advinda destas contribuições [...]*”²². Tal ponto de vista, inclusive, já havia sido levantado pelo Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira na decisão pela inconstitucionalidade do dispositivo em comento.

Além disso, apesar do discurso de proteção a saúde, não há como acreditar que a decisão não fora idealizada com foco na redução dos gastos do Estado com a seguridade social, conforme posicionado na Arguição de Inconstitucionalidade, visto que o próprio voto do Ministro Dias Toffoli afirma categoricamente que aposentadoria especial não é complemento de renda, e que o aposentado que permanece trabalhando ocupa uma vaga que poderia ser destinada a trabalhadores jovens – novos contribuintes do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

²¹ 5002182-13.2010.404.7003/PR

²² RE 791961 / PR, inteiro teor do acórdão, p. 79

Outra situação que desacredita a bandeira de proteção à saúde é o fato de que, se o segurado trabalhar durante 25, 20 ou 15 anos em atividade especial e pedir a conversão desse período em tempo comum para fins de aposentadoria por tempo de contribuição²³, não há qualquer óbice em se manter na atividade prejudicial. Contudo, haverá aplicação do fator previdenciário²⁴, o qual será bastante negativo - tendo em vista a idade do autor – e, por consequência, resultará em um benefício de valor inferior, ou seja, numa redução de gastos.

Com isso, entende-se que os argumentos levantados no voto do Ministro Dias Toffoli, no sentido de que “*não há ofensa ao art. 5º, inciso XIII*”, da Constituição Federal, o qual apregoa ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, porque “*não é defesa a restrição motivada, razoável e proporcional que respeite o núcleo do direito fundamental*”²⁵, não se sustentam, seja pela restrição – que não pode ser vista como opção, seja pela saúde do trabalhador - que conforme demonstrado, encontra-se distante do primeiro plano.

No mais, uma vez que a decisão entendeu que a continuidade do trabalhador no exercício de sua atividade após o recebimento de aposentadoria especial vai de encontro ao primado da isonomia por dar “privilegio odioso” ao aposentado especial que alcança o direito ao benefício em menos tempo e não tem aplicação de fator previdenciário, entende-se que, pelo contrário, o aposentado especial é que sofre discriminação com a aplicação do art. 57, §8º da Constituição Federal, visto que as demais modalidades de aposentadoria, salvo a aposentadoria

²³ Com a entrada em vigor da EC 103/2019 deixou de existir aposentadoria por tempo de contribuição, a qual foi sucedida pela aposentadoria voluntária.

²⁴ Fator previdenciário é uma fórmula matemática utilizada para definir o valor das aposentadorias do INSS. O cálculo leva em conta alíquota de contribuição no valor fixo de 0,31, idade do trabalhador, tempo de contribuição para a Previdência Social e expectativa de vida do segurado na data da aposentadoria conforme tabela do IBGE. O objetivo é incentivar o contribuinte a trabalhar por mais tempo, reduzindo o benefício de quem se aposenta antes dos 60 anos de idade e 30 anos de contribuição, no caso das mulheres, e 65 anos de idade e 35 anos de contribuição, no caso dos homens. Quanto menor a idade no momento da aposentadoria, maior é o redutor do benefício. Por exemplo, se um trabalhador de 60 anos, cinco a menos que a idade mínima, e 35 anos de contribuição resolve se aposentar, o fator previdenciário referente a ele, feito o cálculo, será de 0,85. Tendo por base que o salário de benefício desse segurado junto à Previdência é de R\$ 1 mil, o valor da aposentadoria será de R\$ 850,00 (R\$ 1 mil × 0,85). Fonte: Agência Senado

²⁵ RE 791961 / PR, inteiro teor do acórdão, p. 30

por invalidez²⁶- por razões óbvias -, não apresentam qualquer impedimento à manutenção do segurado em sua atividade, sendo os citados benefícios tão somente a compensação pelo trabalho em condições nocivas.

Entende-se assim, que embora alguns argumentos defendendo a inconstitucionalidade tenham sido juridicamente afastados, na prática, persiste a incongruência entre o texto do artigo e os fundamentos constitucionais, pois as principais teses utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para legitimar a constitucionalidade – quais sejam, a presunção de incapacidade absoluta e defesa da saúde do trabalhador, não se sustentam fora do papel.

4.1 Outros reflexos da constitucionalidade do art. 57, §8º da Lei 8.213/1991

Não bastasse o impedimento ao exercício da atividade habitual do segurado que o força a postergar um benefício para o qual já preenchia os requisitos ou requerê-lo e buscar nova atividade laborativa, ainda há outro revés.

Deferido o benefício de aposentadoria especial, o segurado possivelmente postulará junto ao seu empregador uma possível transferência para um setor onde não haja a exposição a agentes nocivos – tendo em vista as restrições impostas. Contudo, o empregador não é obrigado a realocá-lo.

Assim, se o pedido do segurado – ora empregado, não for atendido, e este optar por receber a aposentadoria especial, o contrato de trabalho será extinto por motivo de aposentadoria e o empregado não fará jus a multa de 40% sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, uma vez que não é caso de dispensa imotivada.

Os demais direitos trabalhistas como férias vencidas, férias proporcionais, ambas com acréscimo de um terço, 13º salário proporcional, assim como o saque integral do FGTS, não sofrem interferência.

Outra situação observada é que, caso o segurado exerça atividade com exposição a agentes nocivos quando em gozo de aposentaria especial, terá a

²⁶ Após a entrada em vigor das alterações trazidas pela Emenda Constitucional 103/2019 a aposentadoria por invalidez passou a ser chamada de aposentadoria por incapacidade permanente.

aposentadoria cessada²⁷ e, por conseguinte, ante a anulação do ato administrativo de concessão do benefício em virtude de vício superveniente, caso deseje buscar novamente seu direito a aposentadoria, não será possível uma conversão, ficando este sujeito às regras previstas na Emenda Constitucional 103/2019, bastante prejudiciais ao segurado se comparadas às normas anteriores.

Por fim, importante ressaltar que fora decidido em sede de embargos de declaração, a necessidade de aplicação de modulação de efeitos da decisão de cessação do benefício de aposentadoria especial - no caso de manutenção da atividade sob exposição à agentes nocivos -, de forma a se preservarem os direitos dos segurados cujo reconhecimento judicial tenha se dado por decisão transitada em julgado até o reconhecimento da constitucionalidade do art. 57, §8º da Lei 8.213/1991. Na oportunidade, ainda, decidiu-se também pela irrepetibilidade dos valores de natureza alimentar recebidos de boa-fé por força de decisão judicial ou administrativa até a proclamação do julgamento.

5 Considerações Finais

De todo o apresentado, conclui-se que após a decisão fixada no Tema 709 o benefício de aposentadoria especial acabou por perder seu propósito, que é compensar o tempo de exposição a agentes nocivos, e tornou-se uma enigmática espécie de aposentadoria por invalidez de incapacidade presumida, que cairá em desuso ante as custosas renúncias impostas ao segurado.

O Superior Tribunal de Justiça mirou no afastamento prematuro, visando suposta proteção à saúde e à dignidade do segurado, e acertou na forçosa manutenção da atividade para além do tempo previsto na aposentadoria especial a fim de inativar-se por outra espécie, bem como na desvalorização do profissional que se vê obrigado a escolher entre seu direito e o exercício de seu ofício.

Com todo o respeito que se tem pela Corte Superior, entende-se que a decisão em análise, supostamente pautada em fundamentos como direito a saúde e dignidade do trabalhador, estranhamente, não trouxe qualquer benefício efetivo ao

²⁷ Consta dos Embargos de Declaração publicados em 12/03/2021 que o vocábulo adequado ao caso é cessação e não suspensão.

segurado, indo, em verdade, de encontro aos objetivos da Ordem Social e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. **Curso Prático de Direito e Processo Previdenciário**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2020

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.2013**, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 fev. 2021

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade 5001401-77.2012.404.0000/TRF4, Quinta Turma, Rel. p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Vale Pereira, D.E 24.05.2012. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dax_2.-arguicao-de-inconstitucionalidade-no-5001401-77.2012.404.0000trf.pdf>. Acesso em: 21 fev.2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX 5002182-13.2010.4.04.7003/TRF4, Sexta Turma, Rel. p/ Acórdão Ezio Teixeira, D.E 16.08.2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5950505>. Acesso em: 21 fev.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 791.961/RR. Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2020, DJ 19.8.2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4518055&numeroProcesso=791961&classeProcesso=RE&numeroTema=709>>. Acesso em: 12 mar.2021.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. 7ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012