



30 ANOS DAS LEIS 8.212/91 E 8.213/91: REFLEXÕES SOBRE O FUTURO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

Antonio Bazilio Floriani Neto¹

Adriana Almeida de Miranda²

Simone Souza Fontes³

1. INTRODUÇÃO

A aposentadoria especial era, até a reforma da Previdência, promovida pela EC 103/2019, uma prestação bastante diferenciada dos demais benefícios no âmbito do RGPS, eis que a sua concessão dependia do cumprimento de dois requisitos, apenas: carência de 180 meses e a comprovação de trabalho em condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos. A previsão encontrava respaldo no texto constitucional, artigo 201, §1º e na lei 8.213/91, artigos 57 e 58. Já a lei 8.212/91, em seu artigo 22, prevê a forma de financiamento.

Inexistia, portanto, idade mínima, tampouco à aposentadoria especial era aplicado o fator previdenciário, fazendo com que o trabalhador se aposentasse com baixa idade e elevada média contributiva.

¹ Doutor em Direito, mestre em direito econômico e especialista em direito previdenciário pela PUCPR. Advogado e professor da graduação da FESPR. Email: antonio@fespr.edu.br

² Advogada, formada pela FIG/UNIMESP, Centro Universitário Metropolitano de São Paulo, Pós Graduada pelo Legale em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho e Previdenciário. Pós-graduanda em direito previdenciário pela PUCPR.

³ Advoga, pela FIG/UNIMESP, Centro Universitário Metropolitano de São Paulo. Pós-graduanda em direito previdenciário pela PUCPR.

O propósito deste benefício era retirar aquele obreiro da área de risco antes de adoecer em virtude dos agentes nocivos presentes no meio ambiente do trabalho. Em outros termos, visando assegurar a saúde do trabalhador, a Previdência criou um benefício para que o segurado antecipasse a sua inativação, ao invés de lhe conceder eventual benefício por incapacidade ou pensão por mortes aos seus dependentes.

Em virtude deste tempo reduzido, especialmente se compararmos com a aposentadoria por tempo de contribuição (que exigia 30 anos das mulheres e 35, dos homens) e para não ofender a precedência da fonte de custeio, pensou o legislador na implementação no financiamento da aposentadoria especial, que se dá pelo adicional do SAT.

Trata-se de alíquotas de 6%, 9% e 12%, incidentes na remuneração do trabalhador exposto a agentes nocivos. Assim, se houver exposição e o EPI não for eficaz, exceto no caso de ruído, o trabalhador teria direito à prestação, caso atingisse o tempo de 15, 20 ou 25 anos.

Caso o segurado não permanecesse em condições especiais, que lhe prejudicassem a saúde ou a integridade física durante todo este tempo, poderia converter o tempo especial em comum. Para os homens, o acréscimo era de 40%. Para as mulheres, de 20%.

Ademais, a Lei nº 8.213/1991, no §8º, do artigo 57, ainda prevê a necessidade de o aposentado da forma especial afastar-se da área de risco, circunstância reconhecida como constitucional pela Suprema Corte ao julgar o tema 709.

Vale dizer, com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tem-se que a Lei 8.213/91 e a jurisprudência pátria impedem o recebimento do benefício e a continuidade do contato do trabalhador com agentes nocivos, pois a prestação possuía o caráter justamente preventivo, de retirá-lo da área de risco, como também se observa no julgado pela Suprema Corte, Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 664.335.

Com a Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019 o benefício ganha novos contornos, ensejando reflexões sobre o julgado pelo Supremo Tribunal Federal no tema 709.



O primeiro ponto a ser ponderado foi a adição do §14 ao artigo 201, que veda “a contagem de tempo de contribuição fictício para efeito de concessão dos benefícios previdenciários e de contagem recíproca”. Este dispositivo acaba com a possibilidade de converter o tempo especial em comum, o que é reforçado pelo artigo 25, §2º da EC nº 103/2019. Assim, caso não atingidos os requisitos para concessão da aposentadoria especial, o trabalhador terá apenas um tempo de contribuição simples.

Mas não é só, foi implementada uma idade mínima para a aposentadoria especial e modificada a sua fórmula de cálculo, que obedece ao artigo 26, da EC nº 103/2019.

Disso se extrai que a prestação perde as características que a tornavam um benefício diferenciado. Ao incluir idade mínima para obter a aposentadoria especial, exige-se que o trabalhador continue na área de risco, mesmo que já tenha cumprido o tempo limite para exposição. Outrossim, ao impedir a conversão de tempo, o constituinte afasta a razão de ser do adicional do SAT: a aposentadoria especial não é mais um benefício com caráter preventivo, tampouco importará no acréscimo do tempo de contribuição.

Diante deste cenário, questiona-se se a decisão proferida pelo STF no tema 709 e a inovação trazida pela EC 103/2019, acerca da implementação de uma idade mínima, não são contraditórias. A hipótese é levantada pelo fato de que, se o trabalhador tiver que cumprir o requisito etário, mesmo já possuindo o tempo de exposição à agentes nocivos, qual será a finalidade deste benefício? E mais, inexistindo o direito à contagem de tempo diferenciada e a concessão antecipada (eis que o segurado deverá cumprir, também a idade ou o sistema de pontos, pela regra transitória), qual a razão de ser do adicional do SAT?

Feitas estas considerações preliminares, o presente artigo sustenta a ideia de que o benefício em comento foi colocado em xeque, devendo perder a condição de aposentadoria diferenciada e, também, deve o legislador ajustar as previsões contidas na Lei de Custeio, eis que não mais compatíveis com o ordenamento constitucional preconizado pela reforma de 2019.

2. O TRABALHO PREJUDICIAL À SAÚDE OU À INTEGRIDADE FÍSICA: CONCEITO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A aposentadoria especial pode ser visualizada como “uma técnica de proteção específica de previdência Social, com condição de evitar incapacidade do trabalhador pela redução do tempo de contribuição.”⁴

Há quem defenda que o benefício deve ser encarado como “[...] uma indenização social pela exposição de agente nocivos ou possibilidade de prejuízos à saúde ou integridade física do trabalhador”⁵

O ponto em comum de ambos os posicionamentos é o enfoque na saúde e na segurada do trabalhador, razão pela qual a finalidade da aposentadoria especial pode ser encarada como a de proteger o trabalhador, por meio de uma prestação, com vistas privá-lo de eventuais infortúnios⁶

Assim, possível delinear o conceito do benefício: visa amparar a saúde e a segurança do trabalhador, bem como a sua integridade física. Trata-se de um benefício preventivo, cabendo ao ordenamento evitar com que o indivíduo adoça e busque um tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS), cujo acesso é gratuito, universal e descentralizado (conforme previsão do artigo 196, do texto constitucional) ou, então, venha a falecer e seus dependentes passem a receber uma prestação no âmbito do Regime Geral de Proteção Social (RGPS).

O escopo, ao cabo e ao rabo, é promover a vida na sua integralidade e, com o tempo, a legislação previdenciária sofreu alterações.

A primeira legislação que trouxe uma proteção foi a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, que previu para o segurado que contasse com, no mínimo, 50 anos de idade e 15 anos de contribuição e que tivesse trabalhado durante

⁴ SCHUSTER, Diego Henrique. Aposentadoria Especial: entre o princípio da precaução e a proteção social. Curitiba: Juruá, 2016. p.38

⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aposentadoria Especial: 920 perguntas e respostas **São Paulo: LTr, 2007. p.20**

⁶ LADETHIN, Adriane Bramante de Castro. Aposentadoria Especial: Teoria e Prática. Curitiba: Juruá, 2020, p. 38.



15, 20 ou 25 anos, pelo menos, em atividade profissional cujo exercício fosse considerado penoso, insalubre ou perigoso⁷.

Posteriormente, adveio a Lei 5.440-A, de 23 de maio de 1968, que retirou a previsão da idade mínima de 50 anos.

Em 1973, houve a previsão do tempo mínimo de contribuição de 5 anos, além da exposição de 15, 20 ou 25 anos, conforme previsão do artigo 9º da Lei nº 5.890/73.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, em sua redação original, ao dispor sobre a aposentadoria especial, restabeleceu a carência de 180 meses e determinou que o benefício seria concedido conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudique a saúde ou a integridade física.

Com a Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, foi alterado o artigo 57, da Lei nº 8.213, havendo uma significativa mudança nesta forma de análise do tempo especial. O enquadramento por categoria profissional foi abolido⁸ e o benefício passou a ser concedido em função da comprovação do tempo de trabalho em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e da efetiva exposição dos trabalhadores aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde.

A Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, determinou que a relação dos agentes nocivos considerados para fins de aposentadoria especial seria elaborada pelo Poder Executivo e a comprovação da exposição aos agentes nocivos seria feita mediante a apresentação do Perfil Profissiográfico, formulário emitido pela empresa com base em laudo técnico das condições ambientais, expedido pelo médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

⁷ GONÇALVES, Oksadro; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio. Os novos contornos conferidos à aposentadoria especial pelo Supremo Tribunal Federal: o julgamento do ARE n. 664.335 sob a perspectiva da análise econômica do direito. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], [S. l.], v. 16, n. 2, p. 579–600, 2015. DOI: 10.18593/ejll.v16i2.4786. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/4786>.

⁸ Como regra, pois as atividades a que se refere a Lei n. 5.527/68, cujo enquadramento por categoria deve ser feito até 13/10/1996, dia anterior à publicação da Medida Provisória n. 1.523, de 14 de outubro de 1996.

No ano seguinte, a Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, por sua vez, estipulou um custeio específico para a aposentadoria especial, correspondente a 12, 9 ou 6%, incidente sobre a remuneração paga ou creditada pela empresa aos segurados que lhe prestem serviços em atividades que permitam a concessão de aposentadoria especial após 15, 20 ou 25 anos de contribuição, respectivamente. Determinou, ainda, que o laudo técnico das condições do ambiente do trabalho deveria conter informações sobre a utilização de tecnologia de proteção individual (EPI). E, inaugurando a proibição objeto de análise do present estudo, a legislação estabeleceu que o segurado que permanecesse ou retornasse à mesma atividade que deu origem à aposentadoria especial teria o seu benefício cancelado.

A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, conferiu nova redação ao art. 201, § 1º, da Constituição Federal, vedando 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, além das pessoas com deficiência.

O decreto nº 3.048 de 1999 ratificou o direito a conversão do tempo especial em comum, devendo ser aplicada a legislação vigente à época da prestação do serviço, bem como o ato normativo ampliou a lista de agente agressivos.

Em sua redação vigente, a Lei nº 8.213, de 1991, estabelece que a aposentadoria especial dependerá da comprovação pelo segurado, perante o INSS, de: tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física; e exposição aos agentes nocivos químicos, físicos ou biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

A EC 103/2019 trouxe significativas alterações que acarretam importantes mudanças ao trabalhador e sua vida profissiona, dificultando o alcance da aposentadoria, sendo agora exigida idade mínima, além da comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos a saúde.



Tem-se que a alteração constitucional oriunda da emenda acarreta prejuízos aos direitos conquistados no decorrer dos anos pelos trabalhadores que exercem atividades diferenciadas, marcadas pelo desgaste à saúde e à segurança. Por conta disso, é possível questionar a inovação trazida pela EC 103/2019 quando confrontada com o direito à vida e aos direitos sociais.

Isso porque a Constituição o prevê no artigo 7º, no rol de direitos sociais, que são encarados individuais e, assim, consubstanciam cláusula pétreia⁹, conforme artigo 60, §4º, também do texto constitucional.

Os direitos fundamentais, segundo Ávila, cumprem 5 funções¹⁰: a primeira, refere-se à proteção. Os direitos fundamentais, seriam, portanto, um mecanismo de defesa do indivíduo frente ao Estado, tal qual um escudo de aço que “[...] serve de anteparo contra a espada dos detentores do poder”.¹¹

A segunda função é prestacional, ou seja, os direitos fundamentais servem como um mecanismo que possibilita ao indivíduo exigir do Estado algo para garantia de seus direitos.¹² Trata-se mais do que mera abstenção, é um agir do detentor do poder a fim de consubstanciar mais do que mera pretensão desprovida de força normativa.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. Cadernos da AMATRA IV, v. 10, p. 9-39, 2009. E como se extrai do voto do ministro Luís Roberto Barroso no MS nº 34448: “O art. 60, § 4º, IV, da Constituição proíbe a deliberação de propostas de emenda que tendam a abolir os *direitos individuais*. A despeito do que sua literalidade poderia sugerir, a expressão destacada vem sendo objeto de uma leitura mais generosa pela doutrina, que considera protegidos os *direitos materialmente fundamentais* em geral – aí incluídos não só os tradicionalmente classificados como *individuais* (e.g., liberdade de expressão), mas também os *políticos* (e.g., direito de voto), os *sociais* (e.g., direito à saúde) e os *coletivos* (e.g., direito ao meio ambiente equilibrado). Isso porque, como meios de proteção e promoção da *dignidade da pessoa humana* (CF/1988, art. 1º, III), os direitos materialmente fundamentais definem um patamar mínimo de justiça, cujo esvaziamento privaria a pessoa das condições básicas para o desenvolvimento de sua personalidade. Por extensão, a própria ordem constitucional perderia a sua identidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança – MS nº 34448. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 31 de março de 2017. Lex: jurisprudência do STF, publicada no Processo Eletrônico DJe-069 em 6 abr. 2017).

¹⁰ ÁVILA, Humberto. Constituição, liberdade e interpretação. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 27-29.

¹¹ ÁVILA, Humberto. Constituição, liberdade e interpretação. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 27.

¹² *Ibid.*, p. 28.

Na sequência, os direitos fundamentais estão ligados à participação do indivíduo, devem permitir que o agente contribua “para a própria formação do direito que irá regular sua conduta”.¹³

Como quarta função, devem assegurar garantias institucionais, de modo que o Direito e o aparelho estatal possuam condições para tornar estes direitos minimamente efetivos.¹⁴

Por fim, a quinta função dos direitos fundamentais segue o sentido de “[...] servir como uma ordem objetiva de valores, isto é, como decisões valorativas que devem necessariamente ser levadas em consideração pelo intérprete quando for interpretar as disposições constitucionais e legais”.¹⁵

Com estes conceitos em mente, pode-se argumentar que a emenda constitucional, ao estabelecer novos critérios para a concessão do benefício em comento, compromete a efetividade de um direito social e, também, destoa da ordem objetiva de valores insculpidas no texto de 1988, que possui como órbita o indivíduo.

Interessante observar que tais questionamentos ganham força quando examinado o julgamento do tema 709 pela Suprema Corte Brasileira. Desta feita, o presente trabalho volta-se ao exame do julgado.

3. O JULGAMENTO DO TEMA 709 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A controvérsia objeto do tema 709 voltava-se à decidir se o beneficiário da aposentadoria especial poderia ou não permanecer no exercício da atividade seja ela danosa à saúde.

¹³ *Ibid.*, p. 28.

¹⁴ Como explica Ávila: “Sem que haja instituições como a família, a escola, a propriedade, a herança e a justiça, por exemplo, não terá o indivíduo autonomia e independência para definir um projeto de vida juridicamente orientado e protegido. Quando o direito existe em abstrato mas inexistem condições institucionais para que possa ser garantido em concreto, uma vez mais deixa ele de ser um direito e se converte em mera prestação desprovida de força normativa, como se fosse - para usar uma metáfora semelhante à anterior - uma faca sem fio” (*Ibid.*, p. 28-29).

¹⁵ *Ibid.*, p. 29.



No caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, defendia-se que a proibição à continuidade do desempenho do labor deletério ou a retomada do mesmo pelo segurado em gozo de aposentadoria especial, imposta pela Lei 8.213/91 (art. 57, §8^o¹⁶), seria inconstitucional por ferir, dentre outros ditames, o princípio do livre exercício do trabalho, garantia individual fundamental esculpida no artigo 5º, XIII, da Carta da República.

Interessante notar que no âmbito do Tribunal Regional Federal, até o julgamento pelo STF, vigorava o entendimento acerca da possibilidade de continuar no ofício. E não se tratava uma decisão esparsa, mas proferida pela Corte Especial (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 5001401-77.2012.404.0000, Rel. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 24.05.2012) que decidiu pela inconstitucionalidade do § 8.º do art. 57 da Lei de Benefícios:

- (a) por afronta ao princípio constitucional que garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5.º, XIII, da Constituição Federal de 1988;
- (b) porque a proibição de trabalho perigoso ou insalubre existente no art. 7.º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, só se destina aos menores de dezoito anos, não havendo vedação ao segurado aposentado; e
- (c) porque o art. 201, § 1.º, da Carta Magna de 1988, não estabelece qualquer condição ou restrição ao gozo da aposentadoria especial. 2. Reconhecida a inexistência do débito cobrado pelo INSS em razão da inconstitucionalidade do § 8.º do art. 57 da Lei de Benefícios.

(TRF4, AC 5039234-96.2017.4.04.7100, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 13/02/2020)

Contudo, o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal foi outro. De acordo com o entendimento adotado pela corte, a finalidade do instituto da aposentadoria especial seria de resguardar a saúde e o bem-estar

¹⁶ § 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 sujeito aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

do trabalhador que desempenha atividade especial; se o intuito da norma ao possibilitar a aposentadoria antecipada é justamente retirar o trabalhador do ambiente insalubre e prejudicial à sua incolumidade física, a fim de que não tenha sua integridade severa e irremediavelmente afetada, não teria sentido o segurado aposentado continuar a desempenhar atividades nocivas.

Nesta toada, a Suprema Corte asseverou que o § 8.º do art. 57 da Lei de Benefícios não é inconstitucional porque não determina proibição total ao trabalho após a obtenção da aposentadoria especial, pois o aposentado permanece livre para laborar no que desejar, como consta no voto proferido pelo ministro Dias Toffoli, relator do Recurso Extraordinário 791.961:

[...] O dispositivo em tela não introduz proibição total ao trabalho após a obtenção da aposentadoria especial. O aposentado é absolutamente livre para laborar no que desejar, sendo colocados obstáculos apenas no que tange aos serviços tidos como prejudiciais à saúde cujo desempenho justamente ensejou sua aposentação antecipada.

É uma questão de observância da teleologia da norma instituidora, de respeito à finalidade da lei e, sobretudo, de proteção à saúde, à integridade e ao bem-estar do obrador.

Adicionalmente, é de se ter em vista que, mesmo em relação ao labor especial, não há propriamente proibição, mas sim a colocação de uma escolha ao obreiro, o qual, optando por persistir na atividade, terá seu benefício suspenso. Na hipótese, a limitação colocada, a qual não se mostra de modo algum onerosa ou penosa em excesso, uma vez que inexistente interdição total ao trabalho ou colocação de óbice intransponível ao labor, harmoniza-se com o dever e vontade do Poder Público de agir para proteger o trabalhador, o que é albergado e incentivado pelo texto constitucional. Não entendo, portanto, como possa haver inconstitucionalidade por violência ao art. 5º, inciso XIII, da Constituição da República.

A propósito, saliento que não prospera o argumento da Corte a quo de que a regra em comento não possui caráter protetivo, visto não vedar o trabalho especial, mas apenas o pagamento da aposentadoria.

Primeiramente porque, como exaustivamente demonstrado, a disposição do art. 57, § 8º, da CF insere-se perfeitamente no contexto de proteção ao trabalhador que permeia o benefício da aposentadoria especial,



na medida em que, ao condicionar o recebimento da aposentadoria ao afastamento da atividade lesiva, atua como fator de desestímulo ao retorno à atividade ou à continuidade nela; em segundo lugar, porque, ainda que assim o desejasse, não haveria como o legislador estabelecer a vedação absoluta ao trabalho, inclusive o especial, por força do retromencionado art. 5º, inciso XIII, da Lei Fundamental.

Relativamente ao argumento 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, corroboro a bem apresentada ponderação da Procuradoria-Geral da República no sentido de que essa interdição não conduz à conclusão de que, em defesa da saúde do trabalhador, outras restrições a atividades laborais realizadas em contato com agentes nocivos não poderiam ser realizadas¹⁷.

De acordo com o voto do mencionado ministro – que foi acompanhado pela maioria, foram colocados obstáculos apenas no que tange aos serviços considerados prejudiciais à saúde, cujo desempenho justamente ensejou sua aposentação antecipada.

Ocorre que o julgado ainda ganhou novos capítulos. Diz-se isso porque a procuradoria geral da república embargou a decisão requerendo com que a situação pandêmica fosse considerada e, desta forma, fosse aberta uma exceção para que os profissionais da saúde pudessem continuar exercendo seus ofícios, ainda que estivessem em gozo da aposentadoria especial.

O ministro Dias Toffoli assim decidiu:

Cuida-se de embargos de declaração, apresentados pelo Procurador-Geral da República, em face de acórdão do Plenário deste STF, que acolheu, em parte, anteriores recursos de embargos de declaração interpostos nos autos.

Aduziu, Sua Excelência, que referido acórdão padece de omissão, uma vez, que, “considerada a situação de grave emergência planetária em que nos inserimos hoje, há a necessidade de fazer a distinção e modulação dos efeitos em relação aos profissionais de saúde essenciais ao controle de doenças e à

¹⁷ BRASIL, 2020, p. 16-17.

manutenção da ordem pública, listados no art. 3ºJ da Lei nº 13.979/2020, que estejam trabalhando diretamente no combate à epidemia do novo coronavírus ou colaborando com serviços de atendimento daqueles atingidos por ela em hospitais ou instituições congêneres, públicas ou particulares”.

Acrescentou que, em não ocorrendo essa modulação, podem advir inúmeros pedidos de demissão, em massa, desses profissionais, a acarretar sérios problemas à gestão da saúde pública, que já se encontra extremamente sobrecarregada, nestes tempos de pandemia.

Postulou, assim, liminarmente, nos termos do art. 1.026, § 1º, do CPC, a suspensão dos efeitos do acórdão embargado, até o julgamento do recurso, ou o fim da declaração da situação de emergência, em relação aos profissionais de saúde listados no art. 3º-J, da Lei nº 13.979/2020, que estejam trabalhando diretamente no combate à epidemia do novo coronavírus ou colaborando com serviços de atendimento de pessoas atingidas pela doença em hospitais ou instituições congêneres, públicos ou particulares e, por fim, o acolhimento dos embargos, para modular os efeitos do acórdão recorrido, dessa mesma maneira.

O embargado manifestou sua concordância quanto à modulação de efeitos da decisão, porém exclusivamente em relação aos profissionais de saúde que estão atuando diretamente no combate à epidemia do novo coronavírus ou colaborando com serviços de atendimento de pessoas atingidas pela doença em hospitais ou instituições congêneres, públicas ou particulares, enquanto perdurar no Brasil a situação de emergência de saúde pública ocasionada pela pandemia da COVID-19, ressaltando que tal concordância não importa, em absoluto, a renúncia à tese de repercussão geral fixada nestes autos.

Seguiu-se a oposição de outro recurso de embargos de declaração, bem como manifestação de entidades de classe representantes de profissionais da saúde (e-docs. nºs 305 e 306).

É o relatório.

Decido:

Previamente à análise dos novos embargos de declaração interpostos nos autos, dada a gravidade da situação aqui descrita e, ainda, em vista da expressa concordância do embargado, acolho o pedido apresentado pelo Procurador-Geral da República e, nos termos do art. 1.026, § 1º, do CPC, suspendo, liminarmente, e em relação aos profissionais de saúde constantes



do rol do art. 3º-J, da Lei nº 13.979/2020, e que estejam trabalhando diretamente no combate à epidemia do COVID-19, ou prestando serviços de atendimento a pessoas atingidas pela doença em hospitais ou instituições congêneres, públicos ou privados, os efeitos do acórdão proferido nos autos, que apreciou os anteriores recursos de embargos de declaração aqui opostos. Manifeste-se o embargado sobre o outro recurso de embargos de declaração apresentado (e-doc. nº 305) e, a seguir, abra-se vista à douta PGR, para apresentação de parecer.

Publique-se.

Brasília, 15 de março de 2021¹⁸.

Como se nota, foi aberta a possibilidade para os profissionais que estejam atuando diretamente no combate da pandemia de continuar trabalhando expostos á agentes nocivos, mesmo que percebam a aposentadoria especial.

A decisão não estabeleceu um marco temporal, apenas suspendeu, liminarmente, o julgado para estes trabalhadores, enquanto perdurar a pandemia.

Frente a este cenário, surgem novos questionamentos: por quê apenas os profissionais de saúde? E os motoristas de transporte público, cobradores, que estão em contato direto com a população? E os professores, que exercem seu ofício em salas com dezenas de alunos? E os garis, responsáveis pelo recolhimento do lixo gerado, material este que pode estar infectado pelo vírus? Isso sem mencionar nos trabalhos desenvolvidos em farmácias, laboratórios de análises clínicas e em estabelecimentos com grande circulação de pessoas, tais como shoppings e supermercados.

É certo que tais trabalhadores não atuam na linha de frente no combate à pandemia, todavia, de igual forma, estão em contato com um grande número de pessoas, que por sua vez podem estar infectadas. E, como consequência, podem infectar seus amigos, familiares, colegas de profissão.

Desta forma, os exemplos citados têm como propósito demonstrar a dificuldade de mensurar quais as atividades que devem ser excecionadas do que efetivamente comparar um ofício – ou a importância dele, com outro.

¹⁸ BRASIL, 2021, p. 1-2.

Além disso, a decisão abre espaço para outras ponderações, como por exemplo o questionamento daqueles trabalhadores que foram afetados pela reforma da previdência, ou seja, não possuíam direito adquirido à aposentadoria especial e, por conta das novas regras, ainda devem continuar no ofício, de forma a atingir as regras transitórias. Somente pelo fato de não receberem o benefício, devem sujeitar-se às condições nocivas, implementadas pela EC 103/2019?

Ora, mas o escopo da aposentadoria especial, como decidido pelo STF e previsto pelo legislador, não era de proteger a saúde e a segurança do trabalhador? Nesta toada, ao exigir com que aquele que já cumpriu um tempo significativo de exposição (25 anos) tenha que permanecer nesta atividade para atingir a pontuação prevista na regra transitória, é um procedimento adequado, necessário e proporcional? Seguindo esta linha de raciocínio, não é criado um cenário em que simplesmente se ignora a prevenção e dirige as atenções tão somente à inacumulabilidade do benefício com o exercício da atividade nociva?

Para compreender estes questionamentos, as atenções são voltadas à EC 103/2019.

4. EMENDA 103/2019: INCONSTITUCIONALIDADE REFORÇADA PELO JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE NO TEMA 709?

Pode-se afirmar que a aposentadoria especial é um benefício controvertido¹⁹, pois ao passo que busca antecipar a saída do trabalhador da área de risco, legitima a violência que um ambiente de risco causa à saúde do trabalhador. Isso tudo em um ordenamento pautado na dignidade da pessoa humana, como explica Ibrahim.

Com a Emenda Constitucional 103/2019, a aposentadoria especial passa a ser concedida para os novos filiados do RGPS mediante requisitos fixados no artigo 19, os quais conjugam idade e um tempo de exposição à agentes nocivos:

¹⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 603.



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

Para aqueles que já eram filiados, o artigo 21 trouxe um sistema de pontos:

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

- I – 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;
- II – 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e
- III – 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição.

§ 1º A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se refere o caput.

§ 2º O valor da aposentadoria de que trata este artigo será apurado na forma da lei.

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

vidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

Isto significa que com a reforma da Previdência de 2019, o requisito etário passa a ser um dos critérios a serem atingidos pelo pretense beneficiário. E, se a idade deve ser considerada na concessão desta prestação, volta-se ao julgamento do tema 709 pelo STF.

Conforme exposto no item anterior, a Suprema Corte destacou que a concessão desta prestação, ao condicionar o afastamento da atividade lesiva, “atua como fator de desestímulo ao retorno à atividade ou à continuidade nela”, eis que devem ser protegidas à saúde, à integridade e o bem-estar do trabalhador.

Tais argumentos não devem ser rechaçados, pois o benefício em tela possui caráter excepcional: visa a atender segurados que são expostos aos mais variados agentes, acima dos limites de tolerância, presumindo a perda da integridade física e mental em ritmo acelerado²⁰.

Ocorre que a mesma premissa assertiva não pode ser aplicada à inovação trazida pela EC 103/2019. Tal conclusão decorre do fato de que ao implementar uma idade mínima, seja na regra transitória, seja na definitiva, perde-se todo o arcabouço no qual o STF fundou-se para reconhecer a constitucionalidade do §8º, do artigo 57, da Lei 8.213/91.

Com o devido respeito, parecem tais dispositivos fruto de má técnica legislativa, contrária à jurisprudência firmada pelos tribunais superiores. O caso da idade mínima para a aposentadoria especial não foi o único, podendo ser citado, também, o entendimento acerca do menor sob guarda. Esta figura, excepcionada pela EC 103/2019 como dependente, acabou sendo reconhecida como tal recentemente pelo STF na ocasião do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) 4878 e 5083.

Cabe registrar que o STJ já havia, em sede de recurso repetitivo, chegado a tal posicionamento, quando determinou a prevalência do artigo 33, do ECA sobre a legislação previdenciária.

²⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 605.



E, não bastassem os argumentos acima colocados, há de se ponderar, finalmente, a permissão conferida pela Suprema Corte, após pedido da procuradoria geral da república, para que os profissionais da saúde, que estejam na linha de frente ao combate do COVID19, possam permanecer no ofício ainda que estejam aposentados da forma especial.

Logo, o ponto que fica de reflexão, iniciado neste trabalho, é a suposta inconstitucionalidade dos artigos 21 e 23, ambos da EC 103/2019, ao estabelecerem o requisito etário como um dos necessários para concessão da aposentadoria especial, considerando a necessidade de proteção do bem-estar, da saúde e da dignidade do trabalhador, argumentos estes ponderados pela Suprema Corte ao julgar o tema 709.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O argumento da proteção à saúde do trabalhador, trazido pelo STF ao vedar que o beneficiário de uma aposentadoria especial continue trabalhando num ambiente nocivo, é difícil de ser rechaçado.

De fato, conforme visto neste artigo, a aposentadoria especial é um benefício com caráter excepcional, concedido em condições bastante criteriosas. Contudo, ao se estabelecer a idade mínima para este benefício (caso dos novos filiados) ou, então, trabalhar com o sistema de pontos (no qual mescla-se o tempo de trabalho e a idade, caso da regra transitória), revela-se incoerente não só com o ordenamento pátrio, mas também com os fundamentos da decisão do Pretório Excelso no tema 709.

Neste contexto, é possível concluir, a partir do histórico legislativo, bem como do entendimento jurisprudencial do STF, de que a EC 103/2019 foi fruto de má técnica legislativa, condição esta visualizada pelo que se expôs na aposentadoria especial e também no caso do menor sob guarda.

Nesta esteira, parece estar aberto o caminho para sustentar a inconstitucionalidade em exigir idade mínima para a concessão da aposentadoria especial. Isso porque a proibição do recebimento do benefício com o exer-

cício da atividade nociva parece ser insustentável com a implementação de um sistema de pontos ou, ainda, com o previsto no artigo 19, da EC 103/2019.

Em outros termos, se devem ser protegidos a saúde, o bem-estar e a dignidade do trabalhador, como admitir que aquele obreiro que já tenha cumprido os 15, 20 ou 25 anos de trabalho em condições que lhe colocaram em contato com agentes nocivos, acima dos limites toleráveis, tenha que cumprir, ainda, o requisito etário ou, então o sistema de pontos, ambos preconizados pela reforma de 2019?

Ao se admitir tal condição, abrir-se-á espaço para sustentar que a tese firmada pelo STF no Tema 709 não se voltou à proteção à saúde do trabalhador, mas possuiu nítido caráter financeiro, de forma a reduzir os gastos da autarquia com a concessão desta prestação, servindo como desestímulo a sua concessão, eis que o segurado não pode receber o benefício e continuar exposto à agentes nocivos.

É, aqui, os argumentos levantados para sustentar a inconstitucionalidade do §8º, do artigo 57, da Lei 8.213/91 voltam à tona: a liberdade de ofício e profissão (art. 5º, inciso III) prevista na Constituição de 1988.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança – MS nº 34448. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Julgado em 31 de março de 2017. Lex: jurisprudência do STF, publicada no Processo Eletrônico DJe-069 em 6 abr. 2017

GONÇALVES, Oksadro; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio. Os novos contornos conferidos à aposentadoria especial pelo Supremo Tribunal Federal: o julgamento do ARE n. 664.335 sob a perspectiva da análise econômica do direito. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], [S. l.], v. 16, n. 2,



p. 579–600, 2015. DOI: 10.18593/ejil.v16i2.4786. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/4786>.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2020

LADETHIN, Adriane Bramante de Castro. Aposentadoria Especial: Teoria e Prática. Curitiba: Juruá, 2020

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aposentadoria Especial: 920 perguntas e respostas São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. Cadernos da AMATRA IV, v. 10, p. 9-39, 2009.

SCHUSTER, Diego Henrique. Aposentadoria Especial: entre o princípio da precaução e a proteção social. Curitiba: Juruá, 2016.