

NOTA TÉCNICA n.08/2024

DIRETORIA CIENTÍFICA

IBDP20  **anos**
Instituto Brasileiro de *Direito Previdenciário*

NOTA TÉCNICA n. 08/2024 - DIRETORIA CIENTÍFICA

Sumário

Sumário	2
Resumo:	2
Contextualização	2
2. Controvérsia suscitada:	10
Ratio decidendi:	12
3. Reflexos do julgado na política de Previdência (ou Assistência) Social	14
4. Considerações finais.....	18
Referências.....	19

Resumo:

Trata-se de análise do julgamento da ADI 6.309/DF, na qual se questiona a constitucionalidade da fixação de idade mínima para aposentadoria dos trabalhadores submetido à atividade especial.

A nota analisa os votos já proferidos na ação, buscando esclarecer e trazer reflexão sobre os principais pontos debatidos à luz das balizas científicas do Direito Previdenciário.

Contextualização

De início, na vigência da Constituição de 1946, a aposentadoria especial não possuía base constitucional expressa. A seguridade social ainda não aparecia com essa nomenclatura no texto constitucional. Havia apenas referência à previdência e à proteção da saúde na definição de competências (art. 5º, XV, “b”) e no art. 157, que tratava de medidas para melhoria da condição dos trabalhadores (caput e inciso XVII). Quanto à insalubridade, a Constituição tratava apenas da proteção dos menores em face do trabalho insalubre.

Coube, portanto, à lei relacionar insalubridade e previdência social. A aposentadoria especial surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o art. 31 da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS):

Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

A discussão sobre a idade mínima para aposentadoria especial existe desde seu início. Coube à Lei n. 5.440-A, de 23 de maio de 1968, eliminar o requisito de idade mínima mediante emenda legislativa de supressão de texto:

Art 1º No artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social) suprima-se a expressão "50 (cinquenta) anos de idade e".

Quanto à extensão das atividades citadas nos Regulamentos de Benefícios da Previdência e respectivos róis de agentes nocivos, a Súmula 198 do Tribunal Federal de Recursos, editada em 1969, admitia que o rol dos agentes para concessão do benefício pudesse ser exemplificativo.

Apesar de antiga, a Súmula 198 ainda é utilizada para reconhecimento de períodos especiais por exposição a agentes que perderam a adequação regulamentar desde 06/03/1997, como formaldeído, eletricidade acima de 250 V, umidade, frio abaixo de 12°C e radiação não ionizante.

Nos Temas Repetitivos 534 do Superior Tribunal de Justiça e 213 da Turma Nacional de Uniformização, admitiu-se a validação da eletricidade acima de 250 V, mesmo sem adequação regulamentar após 06/03/1997.

Quanto à Renda Mensal do Benefício, a LOPS dispunha que a renda da aposentadoria especial equivaleria à renda da aposentadoria por invalidez, que seria de 70% do "salário de benefício", acrescida de 1% para cada grupo de 12 contribuições mensais realizadas pelo segurado, até o máximo de 30%.

Dez anos depois, a Lei n. 5.890, de 1973, trouxe além dos requisitos de tempo mínimo de trabalho especial, o requisito de tempo mínimo de contribuição de 5 anos. O salário de benefício seria 1/36 da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês da entrada do requerimento, até o máximo de 36, apurados em período não superior a 48 meses. Por fim, a renda do benefício não poderia ser inferior a 90% do salário-mínimo mensal de adulto vigente na localidade de trabalho do segurado.

A disposição normativa que previu a conversão do tempo de serviço comum em especial, e vice-versa, sobreveio com a Lei n. 6.887, de 10/12/1980, cujo art. 2º incluiu o § 4º no art. 9º da Lei n. 5.890/1973:

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.

Com a Constituição de 1988, a Previdência Social ganhou significativo espaço. A nova Carta Política deu um capítulo próprio à Seguridade Social, dentro do título da Ordem Social. A Constituição ampliou a proteção social em face da insalubridade, prevendo no art. 7º, XXIII, o adicional de insalubridade, e no art. 202, II, que o trabalho exercido em condições prejudiciais à saúde ou à integridade seja beneficiado por regras diferenciadas de cálculo de aposentadoria.

Entretanto, a regra do inciso II era de eficácia limitada. Surge o questionamento se os direitos de segunda geração ou dimensão, dentre os quais se incluem os previdenciários, seriam cláusulas pétreas.

A discussão se justifica porque o art. 60, § 4º, da Constituição dispõe expressamente apenas sobre os direitos individuais e coletivos. Parte significativa da doutrina, como Ingo Wolfgang Sarlet, em “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, e Rúbia Zanotelli Alvarenga, em “Os Direitos Sociais dos Trabalhadores como Cláusulas Pétreas”, defende que a ausência de referência expressa no texto constitucional não significa que não há limites materiais de proteção aos direitos sociais em face do Poder Constituinte Reformador.

Como destacado pelo ministro Gilmar Mendes na ADPF 33, julgada em 07/12/2005, “o alcance das cláusulas pétreas deve partir do esforço hermenêutico de identificar o conteúdo do direito ou garantia individual protegido da ação do constituinte reformador”. Isso significa que a noção de direito e garantia fundamental não se baseia, exclusivamente, na ordem topográfica dos artigos.

Ainda assim, mesmo que se defenda que os direitos sociais e previdenciários seriam cláusulas pétreas, o STF “tem deixado bem claro que os limites materiais ao poder de reforma constitucional não impedem toda e qualquer modificação do texto constitucional, mas apenas aquelas que implicam efetiva violação de seu núcleo essencial” (ADI 2.395).

Avançando, a Lei n. 8.213, de 1991, previu a aposentadoria especial em seus arts. 57 e 58. A redação inicial previa que a aposentadoria especial seria cabível, conforme atividade profissional, aos segurados expostos a agentes agressivos à saúde ou à integridade física.

A RMI passaria a equivaler ao salário de benefício, que segundo a redação inicial do art. 29, seria a média aritmética simples dos maiores 36 salários-de-contribuição, vertidos em 48 meses. A possibilidade de conversão dos períodos especiais para outras espécies de benefício foi mantida no § 3º do art. 57, delegando-se ao regulamento tratar de formas de conversão – e de início o regulamento admitia tanto a conversão de período especial em comum quanto a conversão de período comum em especial – possibilidade suprimida pela Lei n. 9.032, de 1995.

A lei específica que trataria dos agentes nocivos, referida no art. 58 da Lei n. 8.213, de 1991, redação originária, jamais foi promulgada. Assim, os primeiros regulamentos da Lei n. 8.213, de 1991, a fim de evitar vácuo normativo, reprimaram expressamente os efeitos dos Anexos de Decretos já revogados – o quadro anexo ao Decreto n. 53.831, de 1964 (revogado pelo Decreto n. 62.755, de 1968), e os Anexos I e II do Decreto n. 83.080, de 1979 (não revogado expressamente pelo Decreto n. 357, de 1991, mas suscetível de revogação tácita pela inteira regulamentação da matéria pelo novo Decreto. A revogação expressa do Decreto n. 83.080, de 1979, constou apenas no Decreto n. 3.048, de 1999, *verbis*:

Decreto n. 357, de 1991

Art. 295. Para efeito de concessão das aposentadorias especiais serão considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as **atividades prejudiciais à saúde e à integridade física.**

Decreto n. 611, de 1992

Art. 292. Para efeito de concessão das aposentadorias especiais serão considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física.

Em 1995, sobreveio nova alteração legislativa que alterou a Lei n. 8.213, de 1991 – a Lei n. 9.032, publicada em 29/04/1995. O novo diploma alterou a redação do art. 57, caput – a expressão “conforme a atividade profissional” foi suprimida. A exposição permanente, não ocasional, nem intermitente, pelo tempo mínimo de exposição definido em lei, passou a ser positivada no texto (art. 57, § 3º). Por fim, o § 1º modificou o cálculo da RMI originário – que saiu de 85% do salário-de-benefício, mais 1% deste, por grupo de 12 contribuições, não podendo ultrapassar 100% do salário-de-benefício, para 100% do salário de benefício.

Até a Emenda Constitucional n. 103, de 2019, não houve nova alteração de RMI da aposentadoria especial – o que houve, com a superveniência da Lei n. 9.876, de 1999, foi apenas a alteração do multiplicador ou variável salário de benefício. Este último passou da média aritmética simples de todos os salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36, apurados em período não superior a 48 meses, para 80% dos maiores salários-de-contribuição, vertidos dentro do período básico de cálculo, observado o divisor mínimo.

Subsequentemente, a Medida Provisória n. 1.523 foi publicada no Diário Oficial da União em 14/10/1996. Desde então, modificou-se o texto do art. 58 da Lei n. 8.213, de 1991, de modo que a relação dos agentes seria tratada por ato do poder executivo, em exercício de poder regulamentar. Além disso, a lei passou a determinar o meio de prova do período especial – ou pelo menos, o principal meio de prova, se se defender que a prova na aposentadoria especial não é tarifada.

A comprovação da exposição aos agentes nocivos ocorreria por meio de formulário, na forma estabelecida pelo INSS, mas esse formulário deveria ser feito com base em Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho. Após sucessivas reedições ao longo de 30 dias, a Medida Provisória n. 1.523, de 1996, foi finalmente convertida na Lei n. 9.527, de 1997.

Em 1997, sobreveio o novo Regulamento de Benefícios da Previdência Social, Decreto n. 2.172, publicado em 06/03/1997, que trouxe um rol próprio de agentes nocivos que sujeitam o segurado ao reconhecimento do período especial, no Anexo IV.

No ano seguinte, em 02/12/1998, a Medida Provisória n. 1.729, posteriormente convertida na Lei n. 9.732, previu que esse documento, no qual constariam as informações de base do formulário para comprovação dos períodos especiais, seria feito com base na legislação trabalhista. O segundo parágrafo do art. 58 previu que constaria do LTCAT informações sobre o fornecimento de equipamentos de proteção coletiva que reduzissem a intensidade do agente agressivo. É por esse motivo que o INSS exige o preenchimento de campo de EPC eficaz a partir de 14/10/1996 – exceto para o agente nocivo ruído.

No que se refere ao agente nocivo neutralizado, o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento, no Tema 555, no sentido de que se o equipamento de proteção for suficiente para neutralizar o risco decorrente da exposição ou reduzir o agente a patamares toleráveis de exposição, o período de trabalho não poderia ser contado como especial. A exceção posta foi

em relação ao ruído, segundo o qual não havia demonstração de que o protetor auricular fosse suficiente para afastar todos os seus efeitos nocivos.

Tem-se, aqui, o primeiro descompasso entre a legislação trabalhista e a previdenciária. Conquanto ambas não sejam idênticas nos critérios de insalubridade para efeito de aposentadoria especial e de incidência do adicional de insalubridade – o formulário resumido para a prova do período especial baseia-se em regras normativas postas por Regulamento, pelo INSS, mas esse formulário não tem existência autônoma. O formulário é dependente de outro documento de onde se extraem as informações que o compõem: o Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho. Este último, de acordo com a lei, deve seguir a Legislação Trabalhista – que é menos específica e rigorosa quanto à identificação de agentes do que a legislação previdenciária (veja-se, por exemplo, a polêmica quanto à falta de especificação correta dos agentes nocivos quando se indica apenas óleos e graxas, o que para a legislação trabalhista, em especial para o anexo XIII da Norma Regulamentar n. 15 do Ministério do Trabalho e Emprego, é suficiente para caracterizar insalubridade).

Paralelamente à instituição de uma prova documental específica, a Medida Provisória n. 1.729, de 1998, convertida na Lei n. 9.732, de 1998, alterou o inciso II do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, para instituir uma fonte de custeio específica para a aposentadoria especial: o adicional de 6%, 9% ou 12% sobre a Contribuição do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa sobre os Riscos Ambientais do Trabalho.

Em 16/12/1998, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 20, surgiu a primeira referência expressa à aposentadoria especial na Constituição, no art. 201, § 1º:

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

Avançando, a Lei n. 8.213, de 1991, previu a aposentadoria especial em seus arts. 57 e 58. A redação inicial previa que a aposentadoria especial seria cabível, conforme atividade profissional, aos segurados expostos a agentes agressivos à saúde ou à integridade física. A RMI passaria a equivaler ao salário de benefício, que segundo a redação inicial do art. 29, seria a média aritmética simples dos maiores 36 salários-de-contribuição, vertidos em 48 meses.

A possibilidade de conversão do período especial em comum foi suprimida pela Medida Provisória n. 1.663-10, publicada em 28/05/1998. O art. 28 da Medida Provisória revogava

expressamente o art. 57, § 5º, da Lei n. 8.213, de 1991, que autorizava a conversão do período especial em comum. Após 5 reedições de texto, o art. 28 – que trazia as normas revogadas expressamente – passou a constar no art. 32 da Medida Provisória n. 1.663-15.

Quando a Medida Provisória n. 1.663-15 foi convertida na Lei n. 9.711, de 21/11/1998, o art. 32 da Medida Provisória foi alterado pelo Poder Legislativo para excluir a parte que revogava expressamente o art. 57, § 5º, da Lei n. 8.213, de 1991. Apesar disso, a redação vigente do art. 27 da Lei n. 9.711, de 1998, era a mesma da Medida Provisória n. 1.663-15, *verbis*:

Art. 28. O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 1991, na redação dada pelas Leis nºs 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997, e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento.

A dúvida jurídica era se a redação do art. 28 significava que o período especial não mais poderia ser convertido em comum, pois o texto limitava os critérios de conversão até 28/05/1998, mas o legislador optou por excluir a revogação do art. 57, § 5º, do art. 32.

O posicionamento inicial do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que não mais seria possível a conversão do período especial em comum após 28/05/1998, isto é, após a publicação da Medida Provisória n. 1.663-10. Entretanto, ao julgar o Tema Repetitivo 422, o STJ adotou a orientação de que, ao suprimir a revogação expressa do art. 57, § 5º, da Lei n. 8.213, de 1991, apenas houve suspensão da eficácia do artigo durante a vigência da medida provisória.

Isso significaria que, com a restauração da eficácia do art. 57, § 5º, seria possível converter o período especial em comum. No Tema 423, decidiu-se que o critério de conversão era matemático-proporcional, independentemente de disposição regulamentar.

Em 16/12/1998, com a Emenda Constitucional n. 20, a aposentadoria especial foi transferida do art. 202, I, para o art. 201, § 1º, e o texto constitucional passou a exigir lei complementar sobre o tema.

Desde então, não houve novas alterações legais sobre a aposentadoria especial, de modo que os arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 1991, foram recepcionados como lei complementar após a EC n. 20, de 1998.

As alterações seguintes sobre aposentadoria especial têm base regulamentar: o conceito de habitualidade e permanência, o caráter qualitativo ou quantitativo da exposição ao agente, o tratamento conferido aos agentes cancerígenos, dentre outros.

Por fim, em 2019, tivemos a última alteração do texto constitucional para tratar de aposentadoria especial – a Emenda Constitucional n. 103, de 2019. O texto tramitava concomitantemente ao Projeto de Lei Complementar n. 245, de 2019. Durante a tramitação bicameral, houve o deferimento do requerimento de audiência pública n. 41, formulado pela deputada Gleisi Hoffmann, do PT-PR, para debater os impactos da Reforma da Previdência nas categorias expostas a agentes nocivos.

Foram sugeridos os seguintes convidados: Maria Aparecida Gurgel (Representante do Ministério Público do Trabalho); Isabel Maior (Representante do Movimento de Pessoas com Deficiência, Mestre em Fisiatria pela UFRJ, especialista em políticas públicas e gestão governamental, representante oficial do governo brasileiro no Comitê Ad Hoc da ONU para a elaboração da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, ex-Secretária Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência); Zuher Habdar (Pós-Graduado em Saúde Pública e Especialista em Medicina do Trabalho, Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Medicina do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professor de Medicina Preventiva e do Trabalho da Faculdade Evangélica do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Ex-Secretário de Saúde e Segurança no Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego do Paraná); Alessandra Camarano (Presidente da ABRAT); Patricia Pelatieri (Pesquisadora do DIEESE).

Entretanto, não há no sítio on-line da Câmara dos Deputados referência a que essa audiência tenha sido realizada ou quanto às conclusões da audiência pública.

O PLP n. 245, de 2019, de autoria do Senador Eduardo Braga, do MDB/AM, não foi aprovado. Hoje, está pensado ao PLP n. 42, de 2023, de autoria da deputada Geovânia de Sá, PSDB-SC.

Com a Emenda Constitucional n. 103, a Constituição trouxe quatro novas regras sobre aposentadoria especial: idade mínima para a regra não transitória (art. 19, I), pontuação mínima para a regra de transição (art. 21), vedação à conversão do período especial em comum após 13/11/2019 (art. 25, § 2º) e unificação de RMI com as demais aposentadorias (art. 26, § 2º).

A regra comum, até que sobrevenha a lei complementar, é a de idade mínima (art. 19, I, da EC n. 103, de 2019). Neste caso, atingida a idade mínima para o homem ou para a mulher e cumprido o tempo mínimo de atividade especial, o segurado poderia aposentar-se.

A regra de transição para os filiados está no art. 21 da Emenda. Para os filiados expostos a agentes nocivos quando da entrada em vigor da norma constitucional reformadora, a regra é a pontuação. Observado o tempo mínimo de trabalho especial, o segurado obtendo a pontuação mínima exigida, obtém a aposentadoria especial. Essa pontuação mínima é obtida pela soma da idade, do tempo de contribuição especial e não especial, sem diferença de tratamento entre homem e mulher. Atingida a pontuação, reconhece-se o direito.

A vedação à conversão de período especial em comum se extrai de interpretação a *contrariu sensu* do art. 25, § 2º. Se a Constituição assegura o direito à conversão do período especial em comum até a data de sua entrada em vigor, isso significaria que, após esse período, não seria possível a conversão. Essa é uma vertente interpretativa, considerando a literalidade do texto e a vedação à contagem de tempo de contribuição fictício.

Outra vertente defende que não pode haver vedação a formas anteriormente admitidas de contagem fictícia de tempo antes da Emenda (ex. licenças de servidores públicos convertidas em tempo dobrado para aposentadoria). Para quem defende esse entendimento, o art. 57, § 5º, mantém-se recepcionado pela EC n. 103.

Por fim, o art. 26, § 3º, unifica as regras de cálculo do benefício, não recepcionando a legislação anterior no cálculo pela regra do art. 29-C da Lei n. 8.213, de 1991.

2. Controvérsia suscitada:

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6309) no Supremo Tribunal Federal (STF) contra dispositivos da Emenda Constitucional 103/2019, que introduziram requisito etário para a concessão da aposentadoria especial a segurados expostos a agentes nocivos à saúde ou à integridade física. A ação foi distribuída ao ministro Luiz Roberto Barroso, com julgamento iniciado em 27/03/2024.

A CNTI argumenta que a finalidade da aposentadoria especial é proteger o trabalhador de prejuízos decorrentes da exposição prolongada a agentes nocivos. A imposição de uma idade

mínima para a concessão do benefício obriga o trabalhador a continuar exposto ao risco, contrariando o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal, que assegura a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Além disso, a exigência viola o princípio da dignidade humana, ao não proporcionar condições justas e adequadas de vida ao segurado e sua família. A confederação sustenta que é dever do Estado evitar que o trabalhador continue prejudicando sua saúde após cumprir o tempo mínimo de contribuição exigido para a aposentadoria especial.

A CNTI solicita a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 19, inciso I; 25, parágrafo 2º; e 26, parágrafo 2º, inciso IV da Emenda Constitucional 103/2019. A entidade também requer a realização de audiência pública para ouvir depoimentos de engenheiros de segurança e médicos do trabalho com experiência em ambientes com agentes nocivos.

Após o voto do ministro Luiz Roberto Barroso (Relator), que julgava improcedentes os pedidos formulados nesta ação direta, declarando a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, e propunha a fixação da seguinte tese de julgamento: "Não ferem cláusula pétrea os dispositivos da Emenda Constitucional 103/2019, relativos ao Regime Geral de Previdência Social, que (i) estabelecem idades mínimas para a aposentadoria especial por insalubridade (art. 19, § 1º, I), (ii) vedam a conversão de tempo especial em comum (art. 25, § 2º) e (iii) modificam a forma de cálculo dos proventos de aposentadoria especial por insalubridade (art. 26, § 4º, IV)", pediu vista dos autos o ministro Ricardo Lewandowski. O ministro Edson Fachin antecipou seu voto divergindo do relator, para julgar procedente a presente ação direta, declarando a inconstitucionalidade do inciso I do art. 19; do § 2º do art. 25; e do inciso IV do § 2º do art. 26, todos da Emenda Constitucional 103.

Em 04/07/2023, o julgamento foi retomado. Em continuidade, após o voto do ministro Gilmar Mendes, acompanhando o voto do relator, para julgar improcedente o pedido, o processo foi destacado pelo ministro Dias Toffoli. A ministra Rosa Weber (Presidente) antecipou seu voto acompanhando o ministro Edson Fachin. O julgamento em plenário ocorreu na Sessão Virtual de 23/06/2023 a 30/06/2023, sendo retomado em 13/05/2024, sendo mais uma vez suspenso após pedido de vista do Min. Alexandre de Moraes.

Ratio decidendi:

O placar de votação atual é dois a dois. O voto do relator, ministro Barroso, pela improcedência da ADI, acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes, e o voto divergente do Ministro Edson Fachin, pela procedência da ADI, acompanhado pela Ministra Rosa Weber. Também há controvérsia sobre se o voto da ministra Rosa Weber, no sentido de acompanhar o ministro Fachin, prevalecerá no julgamento do plenário aberto nesta semana.

Voto do Relator Ministro Luiz Roberto Barroso: Improcedência integral da ADI.

O voto do relator atribui grande peso aos efeitos da decisão quanto aos aspectos não jurídicos – sociais e econômicos, ao apresentar voto pela improcedência da ação. Ele contextualizou os motivos da reforma da previdência, tais como o aumento da expectativa de vida, o suposto déficit, a saída prematura do mercado de trabalho. Ponderou, a observância de garantir-se o equilíbrio atuarial, considerando o aumento da expectativa de vida ao nascer, partindo de dados do IBGE, e o reduzido número de filhos das famílias, muito embora não tenham sido apresentados dados específicos quanto à aposentadoria especial, nem mesmo tenha sido considerado o regime arrecadatório do benefício, nem mesmo os saldos do FAE¹.

Tais questões, contudo, não poderiam ser debatidas de maneira adequada no bojo da ADI pois envolvem amplo contexto de políticas de saúde, de trabalho e cálculos e projeções não disponíveis, naqueles autos, para instrumentalizar uma adequada avaliação da política pública do ponto de vista econômica e social. O ideal era que a análise se restringisse ao possível confronto do texto da EC 103 com as disposições constitucionais.

Contudo, se fosse ser debatido reflexo em políticas financeiras e laborais, esse debate deveria incluir vários outros fatores não enfrentados no voto como: a possível ampliação de riscos sociais com a aplicação da norma de idade mínima, a insuficiência do mercado de trabalho para absorver uma mão de obra com idade avançada em atividades de natureza especial, as implicações à saúde do trabalho possíveis de ser mensuradas com a adoção da medida.

¹ Deve-se destacar que o pagamento de tais benefícios conta com fonte de custeio especial, o chamado Financiamento da Aposentadoria Especial - FAE, que estabelece alíquotas de acordo com a precocidade da aposentadoria (12%, 9% e 6%, para atividades que exigem 15, 20 e 25 anos de exposição, respectivamente). Essas alíquotas incidem sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhador avulso que estejam expostos a fatores de riscos químicos, físicos e biológicos, de modo permanente, a título de acréscimo do seguro acidente do trabalho destinado ao FAE, nos termos do art. 57, § 6º da Lei 8.213/1991.

O relator destaca que a exigência de idade mínima para a aposentadoria especial visa impedir a saída prematura do mercado de trabalho e a sobrecarga do sistema com o pagamento de benefícios por prazos longos. Não apresentando fundamentação para elidir a possível divergência com o posicionamento tomado pelo Supremo no julgamento do Tema 709/STF, no qual se reconhece que a aposentadoria especial se justifica pela presunção de incapacidade absoluta decorrente do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais, conforme o voto do ministro Dias Toffoli, no julgamento do aludido tema, no qual se reconheceu que: "Trabalha-se com uma presunção absoluta de incapacidade decorrente do tempo do serviço prestado, e é isso que justifica o tempo reduzido para a inativação."

O relator também invoca os impactos macroeconômicos positivos observados em outros países, com a desoneração previdenciária; sem citar os dados e experiências internacionais detalhadamente, nem mesmo demonstrar à adequação do sistema estrangeiro à realidade do mercado de trabalho brasileiro.

O relator rechaça a afirmação de que o segurado exposto a agente nocivo paga mais e recebe menos. Contudo, não traz à discussão a contribuição adicional da empresa sobre os salários-de-contribuição como fator relevante para que o benefício de aposentadoria especial tenha regras de cálculo mais benéficas para o segurado. De modo que a análise da questão do equilíbrio financeiro-actuarial é feita de maneira apriorística, sem considerar as especificidades do sistema contributivo aplicável ao benefício.

O relator ainda invoca a possibilidade de o segurado exposto a agentes nocivos continuar em exercício, sem que esse período seja computado de forma diferenciada, pode ser compensado de outras maneiras (ex. com adicional de insalubridade), trazendo uma proposta de política laboral, portanto, distanciada da necessária análise da política previdenciária, que tem por fim maior a proteção aos riscos sociais a que se expõe o trabalhador.

Por fim, pondera, a preservação da separação dos poderes, privilegiar a autocontenção quanto à declaração de inconstitucionalidade, evitando declarações de inconstitucionalidade quando houver possibilidade de interpretação constitucional da norma e primando por interpretações que não petrifiquem o direito.

Voto Divergente do Ministro Edson Fachin: Procedência integral da ADI.

O voto do Ministro Edson Fachin, por sua vez, trata o direito à seguridade social como cláusula pétrea, ainda que “mais reduzido o espaço de intervenção do Poder Judiciário quando o próprio parâmetro invocado.

Pondera, o direito à igualdade do ponto de vista material, considerando o maior esforço que certas atividades impõem ao segurado, o que precisaria ser compensado no pagamento da prestação ou nas regras de concessão de benefício.

Destaque a importante citação do Comentário Geral n. 19 (E/C.12/GC/19) e consideração do caráter protetivo da Previdência Social como elemento mitigador do Poder Constituinte Reformador, ponderando que o objetivo de alcance de equilíbrio atuarial não poderia se sobrepor ao ideal de proteção social buscado pelo sistema previdenciário.

Nessa perspectiva, traz a necessidade vinculação da política previdenciárias com os riscos de trabalhos insalubres e empregabilidade das pessoas mais velhas, diante de condições de obter trabalho e renda, sob pena de fomentar a desproteção social.

No tocante ao direito comparada, aponta que o índice de pessoas que recebem benefício em regime especial, no Brasil, é bastante reduzido, ao menos do que se tem em comparação com alguns países (comparação com as estatísticas fornecidas pela Comissão Europeia).

Por fim, sopesa a sobrecarga do trabalhador que teria de busca meios alternativos para conseguirem se manter no mercado de trabalho até atingimento da idade, mesmo diante de um quadro de efeitos cumulativos do período de exercício de atividade especial.

3. Reflexos do julgado na política de Previdência (ou Assistência) Social

A iniciativa legislativa de reduzir o tempo de exposição do trabalhador a atividades nocivas e/ou perigosas, evitando possíveis incapacidades laborativas decorrentes de doenças relacionadas à contínua exposição a agentes nocivos ou em razão de acidentes de trabalho, de fato, como bem destacado nos votos já proferidos, não se restringe à experiência brasileira. Estudos da OIT indicam que a aposentadoria antecipada desses trabalhadores se justifica não apenas pelo impacto na saúde e expectativa de vida, mas também pela dificuldade de executar tais atividades em idades mais avançadas².

O Comitê Econômico e Social Europeu reconhece que trabalhadores submetidos a atividades nocivas ou perigosas por períodos prolongados apresentam menor expectativa de vida e saúde. Isso precisa ser compensado pelo Estado, seja por políticas de aposentadoria

² MONTERO, Pablo Páramo. **Jubilación anticipada por trabajos de naturaleza penosa, tóxica, peligrosa o insalubre: um estudio comparado**. OIT, 2014, p. 4.

antecipada, seja por políticas de prevenção de danos e melhoria dos ambientes laborais, além de políticas de adaptação do trabalhador em idade avançada às limitações decorrentes da idade³.

A aposentadoria especial era a única prestação previdenciária de caráter preventivo no sistema do RGPS, pautada no princípio da precaução. Ela antecipava a saída do mercado de trabalho dos trabalhadores expostos a agentes agressivos, para evitar a deterioração de sua saúde, diminuindo a probabilidade de danos à capacidade laboral, conforme o art. 201 da Constituição Federal, em sua redação original. A pretensão constitucional era proteger a saúde do trabalhador, facultando-lhe a saída antecipada do mercado de trabalho antes que houvesse abalo concreto à sua integridade física. Quando se está diante de riscos previsíveis relacionados à saúde humana, é recomendável uma solução cautelosa para proteger o direito à saúde, que se relaciona com a escolha de uma política previdenciária adequada.

As políticas de seguro social precisam ser formuladas com base em princípios de gestão de risco. Isso não significa proporcionar absoluta segurança social, mas oferecer respostas sustentáveis e capacidade para gerir os riscos sociais inerentes à dinâmica social. O objetivo é a gestão eficaz do risco, não sua eliminação. Conforme Luhmann, a eliminação do risco não é a solução; o gestor deve optar pelas melhores ferramentas de gestão do risco, adotando medidas de saída antecipada do mercado de trabalho, que diminuem a exposição ao risco inevitável de morte, acidente e adoecimento.

A aplicação do princípio da precaução na modalidade de aposentadoria especial, permitindo a saída antecipada do mercado de trabalho, se revelava como um meio eficaz de gerir racionalmente os riscos futuros. O adoecimento do trabalho, a deterioração gradual da força de trabalho e a exposição contínua ao risco representam um risco palpável, que produz implicações para o sistema de saúde, o sistema previdenciário e a gestão empresarial, atingindo o sistema econômico, justificando um regime de aposentadoria diferenciado.

Esta inter-relação entre os sistemas não pode ser ignorada. Precisa ser um dos pilares na construção de uma política pública previdenciária, especialmente quando o que está em jogo é a saúde, a vida ou a dignidade do indivíduo, temas com proteção constitucional elevada. O princípio da precaução aponta para uma medida antecipatória das consequências negativas que a continuidade da exposição ao risco e ao ambiente nocivo poderia acarretar, amenizando os

³ MONTERO, Pablo Páramo. **Jubilación anticipada por trabajos de naturaleza penosa, tóxica, peligrosa o insalubre: un estudio comparado**. OIT, 2014, p. 25.

impactos nos outros subsistemas envolvidos, inclusive o de Seguridade Social, que seria atingido pela demanda nos serviços de saúde e pelo pagamento de benefícios por incapacidade.

Uma pesquisa conduzida na Espanha, em 2009, pelo Instituto Nacional de Segurança e Higiene no Trabalho, analisou o impacto da idade do trabalhador como fator de risco adicional nos casos de acidente de trabalho. Foram analisados 3.526.911 acidentes de trabalho, resultando em duas conclusões: há maior incidência de acidentes de trabalho em atividades insalubres ou perigosas, e a probabilidade de acidentes graves ou fatais é maior no grupo de trabalhadores acima de 55 anos de idade.

No Brasil, dados do Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho de 2018 mostram 623,8 mil notificações de acidentes de trabalho, com 2 mil óbitos. O setor com mais notificações é o de atendimento hospitalar (11%), onde predominam atividades nocivas devido à exposição a agentes químicos e biológicos. Agentes químicos (14%) e biológicos (12%) são os causadores mais frequentes de acidentes de trabalho, somando 26% dos acidentes registrados.

Estes dados confirmam a relação entre acidentes de trabalho e idade, especialmente em atividades nocivas ou perigosas. A vedação de saída antecipada de trabalhadores nessas atividades aumentará os índices de adoecimento e incapacidade, sobrecarregando os sistemas previdenciário, empresarial e de saúde, ao aumentar exponencialmente os riscos sociais.

A regra previdenciária atual, desconsiderando essa relação e a eficácia do princípio da precaução, estabelece uma idade mínima para a aposentadoria especial (art. 19, § 1º da EC 103/2019). Assim, a concessão do benefício exige não apenas o tempo de exposição ao agente nocivo, mas também o implemento etário mínimo, aumentando a exposição do trabalhador aos riscos de adoecimento, incapacidade e desemprego.

Por exemplo, um mineiro que inicie sua atividade aos 20 anos, ao implementar 35 anos de idade, estará no limite da sujeição danosa aos agentes químicos e biológicos das minas subterrâneas. O trabalhador terá que continuar na atividade, assumindo os riscos ou buscar nova atividade no mercado de trabalho, já com a saúde comprometida pela exposição às minas. A nova política contraria a lógica preventiva do benefício, expondo o trabalhador a um longo período de exposição, desconsiderando o tempo seguro apontado pela ciência médica e estatísticas laborais.

Além disso, o novo texto constitucional retirou a proteção previdenciária de trabalhadores em atividades perigosas, como eletricidade, extinção de fogo e vigilância,

impondo a eles o requisito etário de 65 anos para homens e 62 anos para mulheres. Esses trabalhadores terão que permanecer nessas atividades até a idade avançada ou mudar de carreira quando a saúde não mais suportar o trabalho ou quando o mercado de trabalho não permitir mais o exercício dessas atividades por trabalhadores idosos.

A nova política previdenciária não só desconsidera a precaução à saúde do trabalhador, mas contraria a lógica de uma política pública protetiva, aumentando o risco de danos à saúde do indivíduo. Políticas que restringem a aposentadoria antecipada para esses trabalhadores podem prever alto risco de doenças crônicas e aumentar os custos dos sistemas de seguridade. Estabelecer um requisito rígido de idade mínima desconsidera o valor das vidas salvas e dos danos evitados com a saída antecipada do mercado de trabalho, expondo o trabalhador a riscos agravados pela política previdenciária.

Ilustrando essa realidade, uma pesquisa conduzida na Espanha, em 2009, pelo Instituto Nacional de Segurança e Higiene no Trabalho, analisou o impacto da idade do trabalhador, como fator de risco adicional, nos casos de acidente de trabalho. Ao todo foram analisados 3.526.911 acidentes de trabalho, resultando em duas conclusões: (a) há maior incidência de acidente de trabalho em atividade insalubres ou perigosas; (b) a probabilidade de acidentes graves ou fatais é maior no grupo de trabalhadores acima de 55 anos de idade, afirmando ser a idade um fator determinante no aumento de acidentes de trabalho no exercício de atividades nocivas ou perigosas⁴.

Analisando os números no Brasil, divulgados pelo Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho, verifica-se que em 2018 o país registrou 623,8 mil notificações de acidente de trabalho, sendo 2,0 mil deles com óbito do trabalhador. Os dados dão conta que o setor econômico com mais notificações é o de atendimento hospitalar (11%), exatamente o setor econômico onde predomina o exercício de atividades nocivas em razão da exposição dos trabalhadores a agentes químicos e biológicos que comprometem a sua saúde⁵.

O mesmo estudo, confirmando a potencialidade dos acidentes de trabalho em razão de exercício de atividades nocivas, aponta os agentes químicos (14%) e agentes biológicos (12%),

⁴ MONTERO, Pablo Páramo. **Jubilación anticipada por trabajos de naturaleza penosa, tóxica, peligrosa o insalubre: un estudio comparado.** OIT, 2014, p. 9.

⁵ Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho. Disponível em: <https://smartlabbr.org/sst/localidade/0?dimensao=perfilCasosAcidentes>

no rol de agentes causadores mais frequentes de acidentes de trabalho, dando causa à 26% dos acidentes registrados.

A fixação etária desconsidera a natureza do benefício e prejudica todo o sistema de Seguridade Social, aumentando a demanda nos serviços de saúde, concessões de benefícios por incapacidade, processos de reabilitação profissional e pagamento de seguro-desemprego. A política ignora que a prevenção de danos à saúde do trabalhador é um compromisso constitucional, custeado pelo orçamento da Seguridade Social. A proteção à saúde também é custeada pelo mesmo orçamento, de tal forma que o dano à saúde do trabalhador será coberto pelo mesmo orçamento que se busca poupar.

A melhor solução seria a adoção de uma política mista, que envolvesse técnicas de proteção social reforçada, calcada na precaução, facilitando a aposentadoria antecipada desses trabalhadores, minimizando o impacto negativo em sua saúde e expectativa de vida, aliada a rígidas políticas de prevenção de riscos ocupacionais e melhoria das condições de trabalho e saúde ocupacional, com o objetivo de mitigar os riscos a que estão expostos esses trabalhadores.

Para além disso, os apontamentos trazidos na ADI 6309/DF podem impactar a discussão sobre:

(i) o PLP 42, de 2023, ainda em tramitação na câmara dos deputados, no sentido de apontar orientações que, de acordo com o STF, são incompatíveis com a Constituição;

(ii) a nova reforma da Previdência Social no Governo Lula sobre como trazer novas regras reformadoras sem esbarrar em inconstitucionalidades.

4. Considerações finais

A validação da nova política previdenciária não só desconsidera o conceito básico de precaução à saúde do trabalhador que amparava a prestação, como contraria a lógica de uma política pública protetiva, aumentando o risco de danos à saúde do indivíduo, desconsiderando que a precocidade na concessão da prestação graduava e predizia a probabilidade de consumação do risco de dano à saúde do trabalhador.

A menos que haja modulação dos efeitos, o resultado do julgamento da ADI 6309/DF gerará efeito nacional no que concerne aos processos judiciais e administrativos que tratam das seguintes matérias:

(i) requerimentos de aposentadoria especial (B-46) com direito adquirido após 13.11.2019,

(ii) requerimentos de aposentadoria por tempo de contribuição (B-42), com períodos especiais não convertidos após 13.11.2019, em razão da vedação do art. 25, § 2º,

(iii) cálculo de RMI de benefícios previdenciários que desprezaram o período especial em comum na apuração do tempo-de-contribuição para cálculo do benefício, após 13.11.2019;

(iv) cálculo de RMI de qualquer aposentadoria especial concedida sem observar direito adquirido pré-EC 103, de 2019.

(v) possibilidade de propositura de ação rescisória em face sentenças transitadas em julgado antes da divulgação do resultado do julgamento, aplicando o regramento da emenda constitucional 103, de 2019, caso venha a ser declarado inconstitucional.

Referências

ALVARENGA, Rúbia. 1. Os Direitos Sociais dos Trabalhadores Como Cláusulas Pétreas **Revista de Direito do Trabalho – 04/2021**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1-os-direitos-sociais-dos-trabalhadores-como-clausulas-petreas-doutrina-nacional-revista-de-direito-do-trabalho-04-2021/1188256866>> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei Complementar nº 42, de 2023**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2350914&fichaAmigavel=nao>> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. **Decreto nº 357, de 7 de dezembro de 1991**. Diário Oficial da União. 1991. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1991/decreto-357-7-dezembro-1991-449482-norma-pe.html>> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. **Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992**. Diário Oficial da União. 1992. Disponível em:

<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-611-21-julho-1992-449055-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Congresso Nacional: Diário Oficial da União. 1991. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998.** Brasília, DF. Disponível em:
<https://planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L9711.htm> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei Complementar nº 245, de 2019. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139697>> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 2395,** Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09-05-2007, DJe-092 DIVULG 21-05-2008 PUBLIC 23-05-2008 EMENT VOL-02320-01 PP-00122 RTJ VOL-00205-02 PP-00618.

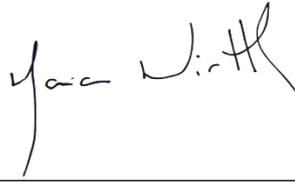
BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 6309,** Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO, Julgamento Virtual: ADI. Incluído na Lista 178-2023.LRB-Agendado para: 03/05/2024 a 10/05/2024. Disponível em:
<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5848987>> Acesso em: 03 de junho de 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF 33,** Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07-12-2005, DJ 27-10-2006 PP-00031 EMENT VOL-02253-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-03 PP-00873.

MONTERO, Pablo Páramo. **Jubilación anticipada por trabajos de naturaleza penosa, tóxica, peligrosa o insalubre: un estudio comparado.** OIT, 2014, p. 9.

Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho. Disponível em:
<https://smartlabbr.org/sst/localidade/0?dimensao=perfilCasosAcidentes>

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11ª edição. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado editora, 2012.



Maria Fernanda Wirth

Diretora Científica



IBDP20  *anos*
Instituto Brasileiro de *Direito Previdenciário*