COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

Daniel Lusa Marcon
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 A atividade especial e a legislação; 1.1 Reconhecimento da atividade especial: origem e finalidade; 1.2 Decretos regulamentadores e categorias profissionais; 1.3 Lei nº 9.032/95 e alterações posteriores; 1.4 Direito intertemporal e Direito adquirido; 2 Os meios de comprovação da atividade especial; 2.1 Formulário e laudo técnico; 2.2 Perfil Profissiográfico Previdenciário-PPP; 2.3 Justificação administrativa e audiência judicial; 2.4 Perícia judicial e perícia por similaridade; 3 Esferas administrativa e judicial; 3.1 Especificidades do Processo Previdenciário; 3.2 Controvérsias de entendimentos; 3.2.1 Necessidade de permanência na exposição ao agente nocivo; 3.2.2 Exigência de laudo técnico; 3.2.3 Contribuinte individual; 3.2.4 Prova documental e a perícia judicial; 3.3 A possível aproximação da interpretação; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por objeto a análise dos meios de prova da atividade especial, os quais sofreram significativas modificações ao longo do tempo em razão de constantes alterações legislativas. Com o advento da Lei n.º 9.032/95 e a extinção do enquadramento por categoria profissional, a legislação previdenciária foi se tornando cada vez mais restritiva quanto aos meios de prova aceitáveis para fins de comprovação de atividade especial, passando a priorizar a prova documental. Nas duas primeiras partes do trabalho, partindo-se do exame detalhado da legislação regente da matéria, demonstram-se quais são os meios de prova da atividade especial legalmente previstos. No último momento, após apontar brevemente algumas das especificidades do processo previdenciário, expõe-se algumas das principais controvérsias de entendimentos entre as esferas administrativa e judicial, propondo-se a necessária aproximação da interpretação. A hipótese que se pretende demonstrar é a de que, considerando que é constitucionalmente assegurado que a prova da exposição do segurado aos agentes nocivos à saúde ou integridade física deve atentar para as normas vigentes na época da prestação do serviço (*tempus regit actum*), é possível consolidar um entendimento seguro na matéria a partir das normas legais e infra legais vigentes.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade Especial. Comprovação. Alterações Legislativas. *Tempus Regit Actum*. Esferas Administrativa e Judicial. Consolidação de Entendimento.

ABSTRACT: This study focuses on analysis of the means of evidence of special activity, which suffered significant changes over time due to constant legislative changes. With the advent of Law n.º 9.032/95 and the extinction of the framework for job category, the law was becoming increasingly restrictive as the means of evidence acceptable for purposes of confirmation of special activity, going to give priority to the documentary evidence. In the first two parts of the article, starting from the detailed examination of the prevailing legislation of the matter, are shown which are the means of evidence of special activity legally provided for. At the last moment, after briefly point out some of the specifics of the pension process, it exposes some of the major controversies of understanding between the administrative and judicial levels, proposing the necessary approximation of the interpretation. The hypothesis to be demonstrated is that, whereas it is constitutionally ensured that the proof of the insured's exposure to substances harmful to health or physical integrity must pay attention to the current regulations at the time of service (*tempus regit actum*), is possible to consolidate an understanding of matter from the current statutory and regulatory provisions.

KEYWORDS: Special Activity. Evidence. Legislative Changes. *Tempus Regit Actum*. Administrative and Judicial Spheres. Consolidation of Understanding.

INTRODUÇÃO

Dados divulgados anualmente pelo Poder Judiciário apontam o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS como o réu com maior número de ações em trâmite no Brasil. Em inúmeras dessas ações, há a controvérsia a respeito da existência de trabalho exercido em condições especiais.

Tramitam diariamente no âmbito do INSS centenas de processos administrativos em que os interessados almejam a concessão dos benefícios de aposentadoria especial e aposentadoria por tempo de contribuição com o reconhecimento das condições especiais de trabalho em atividades que desempenharam durante sua vida profissional.

Demais disso, milhares de trabalhadores brasileiros, que exercem suas atividades profissionais expostos a agentes agressivos e insalubres, futuramente postularão no INSS a concessão de benefício previdenciário com o reconhecimento da especialidade do labor.

Outrossim, a análise das condições especiais do trabalho, por ser uma matéria essencialmente técnica, intimamente relacionada com áreas como saúde e engenharia, representa uma dificuldade adicional aos operadores do direito, exigindo estudo e conhecimento interdisciplinar.

Diante desta realidade é que surge a perspectiva da realização do presente estudo que pretende analisar os meios de comprovação das condições especiais de trabalho, os quais sofreram significativas alterações ao longo do tempo, sendo, por conta disso, objeto de inúmeras controvérsias, tanto no âmbito administrativo como judicial. Para tanto, ele foi dividido em três partes.

Na primeira, partindo-se do conceito de aposentadoria especial, procede-se ao exame detalhado da legislação regente da matéria ao longo do tempo, com enfoque às extintas categorias profissionais e às significativas alterações promovidas a partir da promulgação da Lei nº 9.032/95. Além disso, diante da consagração do princípio da irretroatividade da lei no sistema constitucional brasileiro, ressalta-se a necessidade de respeito do direito adquirido e observância do princípio do *tempus regit actum*.

Na segunda, disserta-se a respeito dos meios de prova da atividade especial previsto na legislação, demonstrando-se que, não obstante as importantes alterações ao longo dos anos no seu regramento, a comprovação permanece sendo predominantemente baseada em documentos fornecidos pelo empregador, havendo, todavia, a possibilidade de sua complementação por prova testemunhal e pericial.

Na última parte, destacando-se brevemente algumas das especificidades do processo previdenciário em relação ao processo civil tradicional, são expostas algumas das principais controvérsias de entendimentos entre as esferas administrativa e judicial, propondo-se, com isso, a necessária aproximação da interpretação.

Em síntese, supõe-se que, tendo como base a legislação atualmente vigente, é possível e viável a aproximação entre os entendimentos administrativo e judicial no que tange à forma de comprovação da atividade especial, superando-se as inúmeras controvérsias existentes e conferindo-se um maior grau de confiabilidade, tanto ao segurado do Regime Geral da Previdência Social que desempenhe atividade passível de enquadramento como especial, como aos intérpretes e aplicadores do direito.

1 A ATIVIDADE ESPECIAL E A LEGISLAÇÃO

1.1 Reconhecimento da atividade especial: origem e finalidade

O sistema de seguridade social previsto pela Constituição Federal brasileira de 1988 pretende assegurar os direitos dos cidadãos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, impondo-se aos poderes estabelecidos a obrigação de buscar efetivá-los. São direitos fundamentais, sendo reconhecida sua aplicação imediata, nos termos do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

No caso do direito à previdência social, o Estado, ao mesmo tempo em que possui a obrigação geral de proteção da comunidade (obrigação de manter um sistema organizado e estruturado), também tem o dever de atender às demandas individuais dos cidadãos, mediante serviços e benefícios específicos¹. Logo, é possível afirmar que os direitos sociais se constituem em formas de tutela pessoal², devendo ser protegidos também no nível individual.

Considerando que o Estado contemporâneo possui, entre outras, a função de “proteção social dos indivíduos em relação a eventos que lhes possam causar a dificuldade ou até a mesmo a impossibilidade de subsistência por conta própria, pela atividade laborativa. [...]”³, visando manter a renda do trabalho para aqueles que atingiram a velhice, foi assegurado constitucionalmente o direito à aposentadoria (artigo 7º, inciso XXIV, da Constituição Federal).

Ainda que tenha sido vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, a Constituição Federal ressaltou expressamente (parágrafo 1º do artigo 201), os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

1 ANDRADE, Ricardo Barretto de. *Texto-base da Unidade 1: Direito da Seguridade Social*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 32 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=416>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

2 SIMÕES, Alexandre Gazetta. *A concretização do direito à seguridade social como fundamento da dignidade da pessoa humana*. p. 15. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11758>. Acesso em: 17 set. 2013.

3 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro : Forense, 2013. p. 35

Os critérios diferenciados para a concessão da jubilação ao trabalhador que exerceu labor sob condições especiais têm como justificativa o fato de que o exercício de algumas atividades demanda desgaste maior à saúde do trabalhador. Dessa forma, o enquadramento da atividade como especial tem como escopo o estabelecimento de “tratamento diferenciado que contemple o critério técnico da perda progressiva da capacidade laborativa em proporção mais acentuada do que a decorrente da idade e do serviço em condições ordinárias [...]”⁴.

Parcela considerável da doutrina especializada entende que o tratamento diferenciado ao trabalhador que laborou em condições especiais e a própria existência de aposentação na modalidade especial teriam finalidade compensatória. Para Vieira Marcelo, a aposentadoria especial serviria de indenização social ao segurado pelos danos sofridos em razão do tempo de serviço prestado em ambientes insalubres, penosos ou perigosos⁵; Martins, para quem há o objetivo de compensar o exercício de trabalho em condições adversas à saúde ou com riscos superiores aos normais⁶; e Castro e Lazzari⁷, que consideram a aposentação, na modalidade especial, como reparação financeira ao trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.

Há, também, quem fundamente a aposentadoria especial na possibilidade de incapacitação. Aragonés Vianna leciona que o risco social coberto seria a incapacidade laboral decorrente de atividades que prejudicam a saúde ou a integridade física do segurado⁸. De forma semelhante, Wladimir Martinez aproxima a aposentadoria especial da aposentadoria por invalidez, uma vez que a benesse, embora não exija incapacitação permanente, pressupõe certo perigo de dano ao organismo, seja à saúde, seja à integridade física⁹. Fábio Ibrahim, por sua vez, alerta que, na aposentadoria especial, a existência de seqüela é presumida, não sendo necessária a comprovação de qualquer prejuízo físico ou mental do segurado¹⁰.

Por outro lado, Berbel argumenta que, suposta a perda substancial da capacidade laboral a partir de certa idade e de determinado tempo de serviço, independentemente da invalidez, é possível, igualmente, prever que tal condição se implemente diante do trabalho em condições desgastantes em menor tempo de serviço¹¹.

4 *Manual atividade especial da Procuradoria-Federal Especializada do INSS*, p. 9. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idSite=1106>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

5 MARCELO, Fernando Vieira. *Aposentadoria Especial*. Leme: Mizuno, 2011. p. 32.

6 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 373.

7 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 12. ed. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 637.

8 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 263.

9 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 47.

10 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 559.

11 BERBEL, F. L. V. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 203.

Independente da finalidade a ser considerada, o tratamento diferenciado para os trabalhadores que desempenham atividade especial encontram amparo também no princípio da igualdade, na medida em que o segurado submetido a condições especiais de trabalho não pode receber da Previdência Social o mesmo tratamento de quem trabalha sob condições normais¹².

Em âmbito infraconstitucional, a aposentadoria especial foi instituída apenas em 1960, com a promulgação da Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social- LOPS), cujo artigo 31 dispunha:

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 êsse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

Assim, a possibilidade de se reconhecer o exercício de atividade especial inicia-se em 05.09.1960, data em que a referida lei entrou em vigor, inexistindo termo final. Antes da promulgação da Lei nº 3.807/60, não há que se considerar como especial qualquer atividade laborativa por total ausência de previsão legal¹³.

Em consequência, o estudo a respeito dos meios de comprovação da atividade especial deve ter início na data acima referida, abarcando as diversas alterações legislativas havidas a partir de então.

1.2 Decretos Regulamentadores e Categorias Profissionais

O benefício de aposentadoria especial instituído pelo artigo 31 da Lei n.º 3.807/60 foi regulamento inicialmente pelo Decreto nº 48.959-A, de 19.09.1960, cujo artigo 65 previa:

12 Nesse sentido, veja-se Curso de Direito Previdenciário de Aragonés Viana (VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007)

13 Tal entendimento é sedimentado no STJ:
PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CÔMPUTO. LEI EM VIGOR AO TEMPO DO EFETIVO EXERCÍCIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. INSTITUIÇÃO. LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ARTIGO 162 DA LEI 3.807/1960 (LOPS). RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. OFENSA AO ARTIGO 6º DA LICC. RECURSO PROVIDO.

[...]

II - A aposentadoria especial somente surgiu no mundo jurídico em 1960 pela publicação da Lei 3.807 (Lei Orgânica da Previdência Social-LOPS).

III - O artigo 162 da Lei 3.807/60 não garantia a retroação de seus benefícios, mas tão-somente resguardava os direitos já outorgados pelas respectivas legislações vigentes. Assim, verifica-se que antes da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), não existia a possibilidade de concessão do benefício aposentadoria especial.

IV - Considerando que o tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, impossível retroagir norma regulamentadora sem expressa previsão legal, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

V - Recurso conhecido e provido.

(REsp 1205482/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 06/12/2010)

Art. 65. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 180 (cento e oitenta) contribuições mensais tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços penosos, insalubres ou perigosos, assim considerados os constantes do Quadro que acompanha este Regulamento (Quadro nº II).

No quadro nº II do Decreto foi previsto “uma relação de serviços desde logo considerados penosos, insalubres ou perigosos”. Nas palavras de Louzada, esse normativo se limitou a lançar as fórmulas iniciais a serem posteriormente utilizadas para fins de enquadramento, não tendo se valido de qualquer estudo estatístico para sua composição¹⁴.

Alguns anos depois, o Decreto nº 53.831, de 25.03.1964, trouxe especificamente os serviços e atividades profissionais classificadas como insalubres, perigosas ou penosas, bem como um quadro que estabelecia a relação dos agentes químicos, físicos e biológicos. O quadro arrolava tanto os agentes nocivos e os serviços e atividades profissionais a eles relacionados como as ocupações que, por si só, eram passíveis de enquadramento.

Na sequência, sobrevieram os Decretos 63.230/68 e 72.771/73 que, mais restritivos, excluíram determinadas categorias profissionais. Contudo, não apresentam maior relevância neste estudo, uma vez que o artigo 127 do Decreto nº 77.077/76 acabou permitindo que as categorias contempladas no Decreto nº 53.831/64 e que haviam sido excluídas pelos decretos posteriores conservassem o direito ao benefício.

Anos depois, novo regulamento da Previdência Social adveio com o Decreto nº 83.080/79, assegurando que a aposentadoria especial seria devida ao segurado que tivesse laborado em atividades profissionais perigosas, insalubres e penosas, desde que a atividade estivesse contemplado dos seus quadros anexos I (“Classificação das Atividades Profissionais segundo os Agentes Nocivos”) e II (“Classificação das Atividades Profissionais segundo os Grupos Profissionais”)

Por oportuno, o Decreto nº 89.312/84 ao não relacionar os agentes nocivos ou atividades que permitiam a concessão da aposentadoria especial, fez com que aqueles constantes dos anexos do Decreto nº 83.080/79 seguissem em vigência.

Feita essa breve evolução da legislação, observa-se que, com a vigência simultânea dos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, passaram a coexistir duas hipóteses de enquadramento para fins de reconhecimento da atividade especial: pela categoria profissional e pela submissão a agentes nocivos. Nesse sentido, lecionam Rocha e Baltazar:

14 LOUZADA, L. M. G. Aposentadoria Especial: Técnica, Ficção ou Arbitrariedade? In: *Temas Aprofundados AGU*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 519.

Nos Decretos que tratavam da aposentadoria especial, constata-se que as condições especiais – ensejadoras do direito à jubilação com um tempo de serviço menor do que o exigido para os demais trabalhadores – eram valoradas sob dois ângulos: os grupos profissionais, tais como engenheiros, químicos e motoristas de ônibus, nos quais presumia-se que o exercício destas profissões sujeitava os trabalhadores a agentes agressivos, na chamada exposição ficta, e o rol de agentes insalubres cuja exposição, independente da profissão do segurado, facultaria o direito à aposentadoria especial. Neste caso, não se exige, aliás, que o agente insalubre seja da essência da atividade da empresa.¹⁵

O reconhecimento da atividade especial pela submissão a agentes nocivos será objeto de análise detalhada mais adiante, interessando, neste momento, o enquadramento pela categoria profissional.

O reconhecimento da atividade especial por enquadramento em categoria ou grupo profissional foi estabelecido por meio de estudos empíricos (meramente estatísticos e sem amparo em estudos científicos profundos) sobre o histórico de afastamento em determinadas profissões¹⁶, o que garantiu uma série de privilégios¹⁷ para diversas categorias que não estavam expostas a qualquer tipo de situação que prejudicassem a saúde do trabalhador.

A comprovação das condições especiais era feita pela apresentação de um formulário da Previdência Social preenchido pelo empregador. Tal documento teve sua denominação alterada por diversas vezes ao longo dos anos: IS nº SSS-501.19/71, ISS-132, SB-40, DISES BE 5235, DSS-8030, DIRBEN 8030, PPP. Nele, ficava registrado se o trabalhador desenvolvia atividade profissional contemplada nos quadros dos Decretos 53.831 e 83.080/79.

As informações lançadas pelo empregador nesse formulário gozavam de presunção relativa de veracidade, de modo que poderiam ser confrontadas com outras anotações, tais como as constantes da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do segurado ou Ficha de Registro de Empregados da empresa.

De qualquer forma, uma vez comprovado documentalmente o desempenho das atividades previstas no Quadro do Decreto nº 53.831/64 e Quadro II do Anexo ao Regulamento aprovado pelo Decreto nº 83.080/79, havia presunção *jure et de jure* de exposição aos agentes nocivos, restando os segurados dispensados de qualquer outra demonstração¹⁸.

Convém destacar, também, que o enquadramento de atividade especial por categoria profissional não se confunde com o exercício

15 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 263

16 *Manual atividade especial da Procuradoria-Federal Especializada do INSS*, p. 25. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idSite=1106>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

17 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 552

18 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 117

de profissões com regulamentação específica (jornalista profissional, ferroviários, marítimos, professores, etc...).

Com efeito, como já mencionado, o reconhecimento de determinada atividade como especial pela legislação previdenciária tem como principal consequência a redução do tempo de contribuição que, em circunstâncias normais, seria exigido para fins de aposentação. Essa redução tem causado certa confusão entre o regramento jurídico previdenciário das atividades especiais e o das legislações previdenciárias específicas que geram efeito equivalente.

Contudo, há de se considerar que os benefícios previdenciários instituídos exclusivamente para determinadas categorias profissionais por meio de legislação específica não constituem espécies de aposentadoria especial, tampouco têm fundamento na nocividade do labor. Trata-se, pois, de resquícios “*de uma técnica legislativa que remonta à época em que prevaleciam os Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões, que, na verdade, conferiam tratamento privilegiado a certas categorias profissionais, razão pela qual tais benefícios eram disciplinados por leis específicas*”¹⁹, diversamente das regras que cuidam da atividade especial, as quais são aplicáveis a todos os ofícios.

Por fim, a promulgação da Lei nº 8.213/91, denominada Lei de Benefícios da Previdência Social, não trouxe mudanças relevantes no que tange ao reconhecimento da atividade especial por enquadramento em categoria profissional, conforme se observa da redação original do *caput* do artigo 57:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Por sua vez, o artigo 58 da mesma lei previa que “*a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica*”. Todavia, tal lei específica nunca foi editada, continuando a matéria sendo regulamentada pelos Decretos 53.831 e 83.080/79 do Poder Executivo, conforme dispunha, em sua redação original, o artigo 152:

A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física deverá ser submetida à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de 30 (trinta) dias a partir da data da publicação desta lei, prevalecendo, até então, a lista constante da legislação atualmente em vigor para aposentadoria especial.

Assim a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição Lei nº 8.213/91, embora tenham substituído as noções de insalubridade, penosidade e periculosidade pela menção a “atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, não

19 Manual atividade especial da Procuradoria-Federal Especializada do INSS, p. 54. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idSite=1106>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

alteraram estruturalmente a sistemática de reconhecimento da atividade especial, mantendo, quanto à essência, os mesmos contornos que já existentes na legislação precedente²⁰, fato que só veio a ocorrer a partir do advento da Lei nº 9.032/95, em 28 de abril de 1995, ocasião em que surgiram profundas mudanças na matéria.

1.3 Lei nº 9.032/95 e alterações posteriores

Como já visto, no período de 05/09/1960 (data de início da vigência da Lei 3.807/60) a 28/04/1995 (dia anterior ao da publicação da Lei 9.032/95), coexistiam duas formas para trabalhador ter reconhecida sua atividade como especial: por enquadramento em alguma categoria profissional e pela submissão a agentes nocivos.

O novo regramento trazido pela Lei nº 9.032/95 excluiu a possibilidade de reconhecimento da atividade especial simplesmente por pertencer o trabalhador a determinada categoria profissional, admitindo tal reconhecimento apenas para os segurados que laboravam efetivamente submetidos aos agentes arrolados como nocivos.

Tecnicamente, a regra de enquadramento não mais partiria da apuração direta da expectativa de vida laborativa útil, obtida pela investigação da estatística de afastamentos e acidentes nas mais diversas ocupações, mas do nexo biopsicofisiológico da própria atividade exercida, e, a partir daí, da verificação do perfil estatístico da nocividade das ocupações segundo os dados sobre as dosagens, obtidas pela inspeção do trabalho. Em outras palavras, avaliou-se a redução da vida laborativa útil não pelo comportamento dos empregados no mercado de trabalho, mas a partir de estudos propriamente médicos sobre os efeitos deletérios dos agentes, servindo os dados estatísticos apenas para definir as ocupações em que, por suas características atuais, os níveis de exposição seriam suficientemente altos para caracterizar o desgaste correspondente à gradação legal (15, 20, 25 anos)²¹.

A respeito das modificações ocorridas a partir do advento da Lei nº 9.032/95 no benefício de aposentadoria especial, leciona Fábio Ibrahim:

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, não trouxe grandes mudanças, sendo somente com o advento da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, que se viu a moralização do benefício, que passou a ser concedido mediante critérios técnicos.

O atual regramento legal desta benefício foi basicamente delineado pela Lei nº 9.032/95, que excluiu o direito de diversas categorias profissionais, cujos

20 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 199

21 Manual atividade especial da Procuradoria-Federal Especializada do INSS, p. 9. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idSite=1106>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

trabalhadores, pelo simples fato de a ela pertencerem, aposentavam-se de modo precoce. [...]

A regra antecedente deste benefício possibilitava a aposentação para segurados pertencentes a determinadas categorias e aos que laboravam com agentes nocivos.

A modificação da Lei nº 9.032/95 restringiu este benefício aos últimos. A modificação foi correta, pois excluiu a possibilidade de alguns se aposentarem sem comprovação da nocividade de suas atividades, em prejuízo do sistema previdenciário, somente por pertencerem a determinadas categorias profissionais.²²

Com efeito, observa-se que a nova redação dada ao caput do artigo 57 pela Lei nº 9.032/95, excluiu a referência ao enquadramento por atividade profissional, substituindo-se tal locução pela expressão “conforme dispuser a lei”:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

A partir de tal modificação, restringiu-se o benefício de aposentadoria especial a direito individual, e não mais de determinados grupos ou profissões, abandonando-se a técnica de presunção absoluta, tendo em vista que a lei passou a exigir que cada segurado comprovasse sua efetiva exposição a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física.²³

Nesse sentido, as alterações promovidas pela Lei n.º 9.032/95 nos parágrafos 3º e 4º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, atribuindo ao segurado o ônus de demonstrar a real exposição aos agentes nocivos, químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes, perante o Instituto Nacional do Seguro Social, não bastando o mero preenchimento do formulário do INSS (‘SB 40’ ou ‘DSS 8030’), *in verbis*:

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

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

22 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro : Impetus, 2008. p. 553.

23 DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 213.

Pouco tempo depois, complementando a nova sistemática trazida pela Lei nº 9.032/95, foi editada a Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.1996, a qual, após sucessivas reedições, foi convertida na Lei nº 9.528/97.

Com a edição da referida Medida Provisória, modificou-se o *caput* do artigo 58 da Lei de Benefícios, atribuindo-se ao Poder Executivo à definição dos agentes nocivos ou prejudiciais à saúde ou integridade física, abolindo-se, definitivamente, a exigência de lei para tanto:

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

Além disso, revogou o artigo 152 da Lei de Benefícios, abrindo caminho para que fossem modificadas as antigas relações que disciplinavam as atividades consideradas especiais, integrantes dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, uma vez que a Medida Provisória 1.523/96 revogou a Lei nº 5.527/68, retirando o fundamento da validade do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64²⁴.

Tal Medida Provisória trouxe, ainda, importante inovação ao, alterando o parágrafo 1º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91, prever que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos se faria mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o qual deveria ser emitido com base em laudo técnico de condições ambientais de trabalho expedido por profissional habilitado:

§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

A norma acima transcrita reforçou a intenção do legislador de que o reconhecimento da especialidade do labor somente seria possível com a efetiva demonstração da exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Corroborando o exposto, salientam Daniel Rocha e Baltazar Júnior: [...] o legislador não quis deixar qualquer dúvida quanto à necessidade de demonstração das condições especiais, impedindo que o simples exercício de uma determinada profissão - quando presumia-se que determinada categoria estaria submetida a agentes insalutíferos - pudesse permitir o direito à prestação.

24 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 265

O mesmo ato normativo incluiu os parágrafos 3º e 4º no artigo 58 da lei de Benefícios, estabelecendo, ainda, a obrigatoriedade das empresas manterem laudo técnico atualizado e de elaborarem e manterem perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas por seus trabalhadores:

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

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento.

Sobrevieram, ainda, derradeiras alterações com o advento da Lei nº 9.732, de 11.12.1998, alterando-se os parágrafos 1º e 2º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91:

§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

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

A nova redação dos parágrafos acima transcritos apenas detalhou o laudo técnico de condições ambientais, determinando que sua confecção observasse os termos da legislação trabalhista.

Por oportuno, embora a Emenda Constitucional nº 20/1998 tenha previsto a edição de lei complementar para regulamentação dos casos em que seriam adotados requisitos e critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria em razão do exercício de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (parágrafo 1º do artigo 201 da Constituição Federal), ainda não se tem notícia a respeito da mesma, motivo pelo qual permanecem vigentes os artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91²⁵.

Por fim, o rol com a relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, cuja definição foi conferida ao Poder Executivo a partir da edição da Medida Provisória nº 1.523, convertida na Lei nº 9.528/97, constou,

25 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 200.

primeiramente do Anexo IV do Decreto n.º 2.172, de 05.03.1997 e, após, do Anexo IV do Decreto n.º 3.048, de 06.05.1999, com as alterações trazidas pelos Decretos n.º 3.265/99 e 4.882/03, ainda em vigor.

1.4 Direito intertemporal e Direito Adquirido

A possibilidade de caracterização de uma atividade como especial surgiu em meados de 1960, com a publicação da primeira Lei Orgânica da Previdência Social-LOPS (Lei n.º 3.807), tendo sido a legislação regente objeto de inúmeras alterações a partir de então, modificando-se substancialmente os critérios para comprovação da especialidade do labor.

Fábio Ibrahim alerta que as dificuldades de interpretação a respeito dos meios de prova admitidos na atividade especial decorrem, em grande parte, das “*constantes alterações da legislação, que sempre trazem novas regras, sendo algumas derrubadas pelo Judiciário*”²⁶.

Não é por outro motivo que Aragonés Viana afirma que estudar Direito Previdenciário, no Brasil, significa sobreviver num campo de batalha, sendo a interpretação das normas jurídicas referentes à aposentadoria especial, no tempo, prova robusta do afirmado²⁷.

Certo é que o sistema constitucional brasileiro consagrou o princípio da irretroatividade da lei, em respeito ao direito adquirido (artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal).

Nesse sentido, leciona Celso Bastos:

direito adquirido constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entretanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é um das formas principais da segurança do homem na terra²⁸

Federico Amado considera o direito adquirido um dos temas mais relevantes em termos de legislação previdenciária, em razão das inúmeras alterações feitas nas normas ao longo das últimas décadas. Afirma que se considera como direito adquirido o que se incorpora de maneira lícita ao patrimônio de seu titular, tendo o instituto nexos diretos com o princípio do *tempus regit actum*²⁹.

Assim, a despeito das significativas alterações ao longo do tempo no que tange aos meios de comprovação das condições especiais de trabalho, é constitucionalmente assegurado, em respeito ao direito adquirido, que a

26 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 552.

27 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 263.

28 BASTOS, Celso. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43

29 AMADO, Frederico. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 774.

prova da exposição do segurado aos agentes nocivos à saúde ou integridade física deva atentar para as normas vigentes na época da prestação do serviço, em observância ao princípio do *tempus regit actum*.

Trata-se, ele, de um princípio geral do Direito que determina que os atos jurídicos devem ser regulados pela lei vigente no momento da sua realização, não se aplicando os novos regramentos que lhes são posteriores, salvo no caso de existir expressa previsão em sentido contrário. Para Frederico Amado, ainda que não previsto de forma explícita na legislação da previdência social como princípio informador, entende-se que ele integra seu rol³⁰.

Assim, mudanças legislativas não poderiam ser aplicadas de forma retroativa, atingindo atos jurídicos já perfectibilizados em consonância com a legislação precedente e, portanto, que já haviam gerado direito adquirido aos segurados, e se encontravam incorporados ao seu patrimônio jurídico³¹.

Por outro lado, Aragonés Viana, interpretando o REsp nº 411.309 do Superior Tribunal de Justiça³², alerta que, em relação ao argumento no sentido de que o tempo de serviço é disciplinado pela lei em vigor no momento de sua prestação, é preciso levar em consideração a posição do Supremo Tribunal Federal de que não há direito adquirido a regime jurídico, o que por certo tempera aquele raciocínio³³.

Por certo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há bastante tempo adota o entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico. Contudo, ao que parece, o referido doutrinador não atenta para o fato de que devem ser diferenciados dois tipos de direito

30 Ibidem, p. 219

31 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 204.

32 RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE INSALUBRE. CONTAGEM ESPECIAL PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. LEI Nº 9.528/97. DESNECESSIDADE EM RELAÇÃO AO SERVIÇO PRESTADO NO REGIME ANTERIOR AO DA LEI Nº 8.213/91. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI 9.711/98. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 284 DA SÚMULA DO STF.

1. O direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realização de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro, estatutário ou previdenciário, não havendo razão legal ou doutrinária para identificar-lhe a norma legal de regência com aquela que esteja a vigor somente ao tempo da produção do direito à aposentadoria de que é instrumental.

2. O tempo de serviço é regido sempre pela lei da época em que foi prestado. Dessa forma, em respeito ao direito adquirido, se o trabalhador laborou em condições adversas e a lei da época permitia a contagem de forma mais vantajosa, o tempo de serviço assim deve ser contado.

3. Sob a égide do regime anterior ao da Lei nº 8.213/91, a cada dia trabalhado em atividades enquadradas como especiais (Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79), realizava-se o suporte fático da norma que autorizava a contagem desse tempo de serviço de forma diferenciada, de modo que o tempo de serviço convertido restou imediatamente incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, tal como previsto na lei de regência.

4. A imposição legal da efetiva exposição aos agentes nocivos (Lei nº 9.528/97), mediante laudo pericial, só deve ser observada em relação ao tempo de serviço prestado sob a sua égide.

[...] 7. Recurso não conhecido.

(REsp 411309/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2003, DJ 22/09/2003. p. 397)

33 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 273.

adquirido envolvidos nesta questão. Tal situação é sintetizada com propriedade por Simone Fortes e Leandro Paulsen:

De um lado, o direito ao benefício previdenciário, cuja aquisição deve submeter-se aos requisitos da legislação em vigente quando completados e, de outro, o direito à contagem de tempo de serviço, que é adquirido dia a dia, consoante a legislação vigente no momento em que é prestado. Sendo assim, a contagem de tempo de serviço, de forma especial, pode submeter-se ao regramento de uma dada legislação, mesmo que já revogada, mas vigente no momento da prestação do serviço, enquanto o benefício que leva em conta tal tempo de serviço pode estar sujeito ao novo regramento.³⁴

Na mesma linha, Hermes Arrais afirma que, no âmbito previdenciário, o direito adquirido é conquistado dia-a-dia, de modo que, a cada dia trabalhado em atividades enquadradas como especiais, realiza-se o suporte fático da norma, tendo-se por direito do segurado o reconhecimento, independentemente do que disponha a legislação superveniente³⁵.

Marcelo Tavares exemplifica situação que poderá ocorrer no caso de ser adotado entendimento diverso:

Por exemplo, se na década de 60 do século passado não se exigia que fosse apresentado laudo para consideração da atividade como insalubre, não pode a autarquia, hoje, impedir a consideração do tempo trabalhado naquela época como especial por falta de laudo. Isso poderia conduzir à pitoresca situação de que o perito atestasse uma situação ocorrida trinta ou quarenta anos antes, mesmo após profunda alteração fática nas condições ambientais da prestação de serviço.³⁶

A lógica do *tempus regit actum*, segundo a qual a prova da exposição do segurado aos agentes nocivos à saúde ou integridade física deve atentar para as normas vigentes na época da prestação do serviço é adotada pelos tribunais, valendo até mesmo para épocas em que o enquadramento era somente por atividade, independente de comprovação da efetiva exposição, como nos períodos anteriores à Lei nº 9.032/95³⁷.

Não se desconhece que as normas pertinentes aos requisitos comprobatórios do desempenho de atividades sob condições especiais tenham enfoque processual, cuja aplicação é imediata. Contudo, a Constituição Federal veda a retroação para alterar fatos ou atos ocorridos

34 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 204.

35 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 3. ed. São Paulo : Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007. p. 444.

36 TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91.

37 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 552.

no passado, uma vez que lei posterior não pode alterar direito adquirido do segurado à contagem de tempo de serviço³⁸.

Do exposto, parece não haver dúvida que o tempo de serviço deve ser disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. A lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço, por sua vez, não pode ser aplicada retroativamente, em razão da intangibilidade do direito adquirido.

A questão foi objeto de reconhecimento inclusive no âmbito administrativo, tendo tal entendimento constado do Parecer/CJ 1.331/98, aprovado pelo Ministro da Previdência em 28.05.1998, assim ementado:

Previdenciário. Aposentadoria Especial. Implementação dos requisitos. Advento da Lei 9.032, de 28.04.95, o critério para a aposentadoria especial fixa-se na comprovação das condições especiais à saúde ou integridade física, bem como na efetiva exposição aos agentes nocivos. Todavia, o segurado que preencheu os requisitos para a concessão do benefício até 28.04.95, véspera da data de publicação da Lei 9.032/95, possui direito adquirido de obter aposentadoria especial, segundo o critério outrora vigente, qual seja o da atividade profissional, ainda que não haja requerido seu benefício. Súmula nº 359 do STF. Precedentes Posteriormente, sepultando definitivamente qualquer discussão ainda existente, o Decreto nº 4.827, de 03 de setembro de 2003 incluiu o parágrafo primeiro no artigo 70 do Decreto 3.048/99, dispondo que *“A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.”*

2 OS MEIOS DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL

2.1 Formulário e laudo técnico

Os meios de comprovação das condições especiais de trabalho sofreram significativas alterações ao longo do tempo, fato que trouxe uma dificuldade adicional na matéria.

Contudo, a despeito das modificações legislativas, não houve alteração do ônus que recai sobre o trabalhador de fazer prova de que pertencia a alguma das categorias profissionais enquadráveis como atividade especial ou de que se submetia a algum dos agentes tidos como nocivos para este fim.

Como já visto no capítulo anterior, da promulgação da Lei nº 3.807/60, regulamentada simultaneamente pelos Decretos nº 53.831/64

³⁸ No que tange a existência de normais processuais em outros diplomas, disserta Arruda Alvim : “Outro aspecto sabidamente importante no tema é o da existência de normas processuais em corpos de leis que não o Código de Processo Civil, [...]. Deve-se na tarefa de interpretar a lei processual, ter presente, anda, que, na verdade, não se está interpretando a lei isoladamente, mas sim o Direito como um todo sistemático, embora com especial referibilidade a uma determinada lei que será particularmente aplicada.” (ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 153)

e 83.080/79, até a edição da Lei 9.032/95, passaram a coexistir duas hipóteses de enquadramento para fins de reconhecimento da atividade especial: pela categoria profissional e pela submissão a agentes nocivos.

Assim, por quase trinta e cinco anos, a demonstração do exercício de atividade tida por especial era feita pela simples apresentação de um formulário emitido pela Previdência Social e preenchido pelo empregador³⁹. Nele, ficava registrado, entre outras informações⁴⁰, se o trabalhador desenvolvia atividade profissional contemplada nos quadros dos Decretos 53.831 e 83.080/79 ou se laborava exposto a algum dos agentes nocivos previstos pelos mesmos decretos.

Embora a forma mais comum de comprovar o exercício de atividade especial fosse por meio da apresentação de formulário preenchido pela empresa empregadora, tal prova poderia ser feita também por outros documentos, como pela Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) do segurado, desde que lá houvesse anotação da atividade prevista como especial ou registro específico de exposição a agentes nocivos, uma vez que a legislação da época não previa taxativamente um único meio de comprovação da atividade especial⁴¹.

Especificamente, no que tange ao reconhecimento da especialidade do labor em razão da presença de agentes nocivos, a regra era de que bastava o registro específico que o segurado laborou exposto a algum dos agentes elencados nos quadros dos Decretos 53.831 e 83.080/79.

Contudo, exceção ocorria quando havia registro de exposição ao agente ruído⁴², tendo em vista que este sempre dependeu da existência de prova pericial que comprovasse a efetiva exposição acima dos limites de tolerância previstos pela legislação.

Quanto ao enquadramento por categoria profissional, destaca-se que as informações lançadas pelo empregador no formulário ou anotadas na CTPS gozavam de presunção relativa de veracidade, de modo que, uma vez comprovada a existência de desvio de função na atuação profissional, restaria afastada o reconhecimento da especialidade do labor.

Com o advento da Lei nº 9.032/95 e a impossibilidade de reconhecimento da especialidade do labor apenas pelo enquadramento em determinada

39 Ao longo dos anos, foram criados diferentes formulários para fins de reconhecimento de períodos alegados como especiais: IS nº SSS-501.19/71 (26/02/1971 a 05/12/1977), ISS-132 (06/12/1977 a 12/08/1979), SB-40 (13/08/1979 a 15/09/1991), DISES BE 5235 (16/09/1991 a 12/10/1995), DSS-8030 (13/10/1995 a 25/10/2000), DIRBEN 8030 (26/10/2000 a 31/12/2003), PPP (A partir de 01/01/2004).

40 O formulário deve precisar, pelo menos: profissão, função, cargo ou atividade do trabalhador; descrição do ambiente, agentes presentes, habitualidade, permanência, ocasionalidade, intermitência (MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*, tomo II: previdência social. 2. ed. São Paulo : LTr, 2003. p. 714-715.)

41 Conforme Tuffi Saliba, permitia-se o enquadramento tanto pela mera comprovação do exercício de profissão relacionada nos decretos como pelo exercício de atividade com exposição a agentes nocivos, sem rigor quanto aos meios de prova e sem necessidade de avaliação quantitativa. (SALIBA, Tuffi Messias. *Aposentadoria Especial: aspectos técnicos para caracterização*. São Paulo: LTr, 2011. p. 10.)

42 AMADO, Frederico. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4. ed. Salvador : Juspodivm, 2013. p. 597.

categoria⁴³, embora tenha permanecido a utilização de formulários emitidos pelos empregadores para a comprovação da atividade especial, atribui-se ao segurado o ônus de demonstrar a real exposição aos agentes nocivos, químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes perante o Instituto Nacional do Seguro Social. O mero registro específico de que o segurado laborou exposto a algum dos agentes elencados nos quadros dos Decretos 53.831 e 83.080/79 não era mais suficiente, em razão das alterações promovidas pela Lei n.º 9.032/95 nos parágrafos 3º e 4º do artigo 57 da Lei n.º 8.213/91.

Além disso, pela primeira vez foi previsto na legislação ordinária, a necessidade de que o tempo de trabalho exercido em condições especiais ocorresse de forma permanente, não ocasional nem intermitente.

Posteriormente, com a edição da Medida Provisória n.º 1.523/96, convertida na Lei n.º 9.528/97, foi reconhecida a necessidade de o segurado instruir seu pedido de reconhecimento de tempo especial com os formulários sobre as condições especiais de trabalho, devendo ser estes baseados em laudo técnico de condições ambientais de trabalho expedido por profissional habilitado⁴⁴.

Quanto ao conteúdo do laudo, disserta Fábio Ibrahim:

No laudo, o médico do trabalho ou engenheiro de segurança irá relatar os agentes nocivos existentes na empresa, se os mesmos estão acima dos limites de tolerância, se a exposição do segurado é habitual e contínua e, ainda, informar sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva, de medidas de caráter administrativo ou de organização do trabalho, ou de tecnologia de proteção individual, que elimine, minimize ou controle a exposição a agentes nocivos aos limites de tolerância, [...] ⁴⁵

Assim, o laudo técnico que anteriormente era exigido apenas quando o pedido de reconhecimento da atividade especial ocorresse em face do agente ruído, passou a ser exigido para também para outros agentes (químicos, poeira,...)⁴⁶.

Por derradeiro, com o advento da Lei n.º 9.732/98 manteve-se a sistemática de comprovação da exposição aos agentes nocivos mediante formulário emitido com base em laudo técnico, apenas detalhando que a confecção deste último observasse as Normas Reguladoras editadas

43 Hermes Alencar alerta que, por força de regramento específico (Medida Provisória n.º 1.523/96), era possível a concessão da aposentadoria especial se completados 25 anos exclusivamente na atividade de telefonista até 13 de outubro de 1996. (ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 3. ed. São Paulo : Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007. p. 446.)

44 Wladimir Martínez observa que “A lei não esclarece se o laudo pode ser coletivo ou individual, e a Lei n. 9528/97 induz no sentido da coletividade, mas a idéia contraria a filosofia de ser o benefício direito individual. Tendo em vista a existência de ambientes de trabalho onde operam vários segurados, se, nas exatas mesmas condições, nada impediria a feitura de laudo agrupados” (MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*, tomo II: previdência social. 2. ed. São Paulo : LTr, 2003. p. 716)

45 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 556.

46 Há controvérsia entre os âmbitos administrativo e judicial e a doutrina em relação à data a partir da qual deve ser exigida a apresentação de laudo técnico. Tal questão será objeto de detalhada análise mais adiante.

pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE e demais orientações expedidas pelo Ministério da Previdência Social⁴⁷.

2.2 Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP

Seguindo a tradição de inovações legislativas no âmbito previdenciário, a Lei nº 9.528/97, decorrente da conversão da Medida Provisória nº 1.523/96, incluiu o parágrafo 4º no artigo 58 da Lei de Benefícios, estabelecendo às empresas a obrigação de elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador, bem como fornecer ao trabalhador, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento.

O perfil profissiográfico previdenciário (PPP) foi concebido como um documento para acompanhar o segurado em todos os seus empregos, descrevendo as características próprias do exercício de cada uma de suas atividades, facilitando o acesso à aposentadoria especial⁴⁸.

Não é por outro motivo, que Leandro Paulsen e Simone Fortes asseveram que o PPP se trata de uma espécie de “currículo dos serviços prestados pelo segurado à empresa”⁴⁹, abrangendo os respectivos períodos laborados, as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e a referência à existência, em seu exercício, de submissão a agentes nocivos à saúde ou à integridade física.

Quanto à importância do perfil profissiográfico previdenciário, merecem ser reproduzidas as considerações de Fábio Ibrahim:

A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos é feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, emitido pela empresa ou seu proposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Esta comprovação já foi feita por diversos formulários distintos, que forma o SB-40, DISES BE 5235, DSS8030 e o DIRBEN 8030. Agora todos foram substituídos pelo PPP (perfil profissiográfico previdenciário), o qual traz diversas informações do segurado e da empresa. A idéia é que em futuro próximo a empresa tenha de elaborar o PPP para todos os seus trabalhadores, funcionando o mesmo como um histórico laboral completo, permitindo ao INSS mapear as condições de trabalho dos segurados em geral [...].

O PPP tem a vantagem de propiciar, indiretamente, a melhoria das condições de trabalho dos obreiros, pois o PPP que demonstre a negligência com a

47 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 559.

48 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 266.

49 FORTES, Simone Barbian; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 203.

medicina e segurança do trabalho poderá gerar a responsabilização civil e penal do empregador. Este documento será utilizado pelo segurado para fazer prova frente ao INSS da exposição aos agente nocivos⁵⁰.

Com efeito, a substituição dos antigos formulários emitidos pelo INSS (IS nº SSS-501.19/71, ISS-132, SB-40, DISES BE 5235, DSS-8030 e DIRBEN 8030) pelo perfil profissiográfico previdenciário-PPP não se consubstanciou em mais uma mera troca de nomenclatura. Teve, efetivamente, objetivo de propiciar à perícia médica do INSS informações pormenorizadas sobre o ambiente operacional e as condições de trabalho, controle do exercício laboral, troca de informações sobre as doenças ocupacionais, supervisão da aplicação das normas legais regulamentadoras da saúde, medicina e segurança do trabalho⁵¹.

A consideração do perfil profissiográfico previdenciário como o documento adequado para a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos foi sedimentada pelo Decreto nº 4.032/2001, mediante a alteração da redação do parágrafo 2º do artigo 68 do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99)⁵².

Embora presente na legislação ordinária desde meados da década de 1990 o PPP, em âmbito administrativo, passou a ser obrigatoriamente exigido para a comprovação da atividade especial somente a partir de 1º de janeiro de 2004⁵³.

Assegurando a fidelidade dos seus registros com o ambiente de trabalho, Frederico Amado alerta a obrigação da empresa de atualizá-lo sempre que houver informações que impliquem na mudança do seu conteúdo, a ser feita pelo menos uma vez ao ano⁵⁴.

Desse modo, tendo em vista a completude⁵⁵ das informações atestadas no PPP⁵⁶, é possível a comprovação da atividade especial pelo trabalhador

50 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro : Impetus, 2008. p. 555.

51 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *PPP na aposentadoria especial: quem deve fazê-lo, como elaborá-lo, períodos incluídos, seus signatários, para quem entrega-lo: 230 perguntas e respostas sobre o PPP e o LTCAT*. São Paulo: LTr, 2003. p. 19.

52 Art.68. [...]

§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

53 A Instrução Normativa INSS/DC nº 78/2002 previa a necessidade do PPP a partir de janeiro de 2003. Contudo, o prazo inicialmente foi prorrogado para julho do mesmo ano (IN INSS/DC nº 48/2002) e, após, estabelecido em janeiro de 2004 por meio da Instrução Normativa INSS/DC nº 95/2003.

54 AMADO, Frederico. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4. ed. Salvador:Juspodivm, 2013. p. 598.

55 Fernando Marcelo lembra que o PPP é composto de informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR) e do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) (MARCELO, Fernando Vieira. *Aposentadoria Especial*. 2. ed. Leme : J. H. Mizuno, 2013. p. 114.)

56 Aragonés Viana equipara o PPP a uma radiografia do ambiente de trabalho (VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 262)

apenas com base no referido documento, dispensando-se a apresentação⁵⁷ do laudo técnico das condições ambientais de trabalho (LTCAT) ao INSS.

2.3 Justificação administrativa e audiência judicial

A justificação processada perante a Previdência Social tem como objetivo suprimir a falta de documento ou provar ato do interesse de beneficiário ou empresa, salvo no que se refere à registro público, nos termos do artigo 108 da Lei nº 8.213/91⁵⁸.

Seu processamento é bem sintetizado por Frederico Amado:

A justificação administrativa será processada por servidor especialmente designado pelo gerente da Agência ou chefe de benefícios desta, devendo a escolha recair em funcionários que possuam habilidade para a tomada de depoimentos e declarações e que tenham conhecimento da matéria objeto do processo, devendo ser lavrado o Termo de Assentada, que será único, consignando-se a presença ou ausência do justificante ou de seu procurador, para, posteriormente, o processante passar à inquirição das testemunhas, registrando a termo os depoimentos. [...]

O servidor designado para conduzir a justificação administrativa terá competência para a sua homologação com relação à forma, devendo este fazer relatório sucinto dos fatos colhidos, mencionando sua impressão a respeito da idoneidade das testemunhas e opinando conclusivamente sobre a prova produzida, de forma a confirmar ou não os fatos alegados, não sendo de sua competência analisar o início de prova material apresentado.

Isso porque a atribuição para homologar o mérito da justificação administrativa será de competência da autoridade que autorizou seu processamento, normalmente o Chefe da Agência.⁵⁹

Tal procedimento é ordinariamente utilizado no âmbito administrativo do INSS para comprovação de tempo de serviço rural, em regime de economia familiar.

Contudo, sua utilização também é legítima nos casos em que o segurado pretende comprovar a existência de labor em condições especiais, nos casos em que houver impossibilidade de apresentação do formulário ou PPP⁶⁰.

57 Castro e Lazzari alertam que, embora a apresentação do LTCAT ao INSS esteja dispensada, é obrigação da empresa manter o documento em seu estabelecimento à disposição da Previdência Social (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 505.)

58 Art. 108. Mediante justificação processada perante a Previdência Social, observado o disposto no § 3º do art. 55 e na forma estabelecida no Regulamento, poderá ser suprida a falta de documento ou provado ato do interesse de beneficiário ou empresa, salvo no que se refere a registro público.

59 AMADO, Frederico. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 827 e 829.

60 A maior parte da doutrina especializada não faz menção à utilização da justificação administrativa como meio de comprovar a atividade especial.

Para viabilizar o procedimento, o exercente de atividade especial terá de carrear mais comprovantes do exercício particular, não sendo suficiente a mera apresentação de foto, holerites, recibos ou folha de pagamento⁶¹, pois o início de prova material levar à convicção do que se pretende comprovar, conforme dispõe o artigo 151 do Decreto nº 3.048/99:

Art. 151. Somente será admitido o processamento de justificação administrativa na hipótese de ficar evidenciada a inexistência de outro meio capaz de configurar a verdade do fato alegado, e o início de prova material apresentado levar à convicção do que se pretende comprovar.

Adotando interpretação mais restritiva, Hermes Alencar admite o procedimento da justificação administrativa para os casos de comprovação da atividade especial apenas no caso de se tratar de empresa legalmente extinta:

Em se tratando de empresa legalmente extinta, para fins de comprovação da atividade exercida em condições especiais, deverá ser processada a Justificação Administrativa – JA, que será instruída com base nas informações constantes da CTPS, onde conste a função exercida, para análise do enquadramento, conforme a categoria profissional, e períodos trabalhados com exposição a agentes nocivos sem exigência de laudo técnicos anteriores a 28.04.95.

Para os períodos posteriores a 28.04.95 e nos casos em que haja exposição ao agente nocivo ruído em qualquer época, a JA deverá ser instruída obrigatoriamente com laudo de avaliação ambiental, coletivo ou individual.⁶²

Contudo, tal interpretação parece não ser a mais adequada, tendo em vista que a própria legislação interna do INSS considera possível a justificação para empresas ativas e inativas.

A regulamentação do procedimento atualmente está prevista no artigo 603 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010:

Art. 603. O segurado poderá solicitar processamento de JA no caso de impossibilidade de apresentação de algum dos documentos obrigatórios mencionados no art. 256, observando que:

I - tratando-se de empresa legalmente extinta, para fins de comprovação da atividade exercida em condições especiais, será dispensada a apresentação do formulário de reconhecimento de períodos alegados como especiais para fins de aposentadoria;

II - para períodos até 28 de abril de 1995, véspera da publicação da Lei nº 9.032, de 1995, a JA deverá ser instruída com base nas informações

61 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. tomo II: previdência social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 713.

62 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 3. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007. p. 447-448.

constantes da CP ou da CTPS em que conste a função exercida, verificada a correlação entre a atividade da empresa e a profissão do segurado, salvo nos casos de exposição a agentes nocivos passíveis de avaliação quantitativa; e

III - a partir de 29 de abril de 1995, data da publicação da Lei nº 9.032, de 1995, e em qualquer época, nos casos de exposição a agentes nocivos passíveis de avaliação quantitativa, a JA deverá ser instruída, obrigatoriamente, com laudo de avaliação ambiental, coletivo ou individual, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 256.

Assim, a despeito de não haver divergência entre as esferas administrativa e judicial a cerca da legalidade do procedimento da justificação administrativa, tem-se que ela é restringida em matéria de atividade especial⁶³, com menor poder de convencimento em comparação aos outros meios de prova existentes.

Por fim, também é possível a realização de audiência judicial para comprovação da atividade especial. Todavia, como o reconhecimento da especialidade do labor ocorre por meio de prova documental⁶⁴, a realização de audiência costuma ser adotada em hipóteses restritas, tais como para a verificação da atividade efetivamente desempenhada pelo trabalhador quando houver divergências entre a função anotada na CTPS e em outros documentos da empresa (formulário, ficha de registro de empregados,...), possibilitando seu enquadramento por categoria profissional até 28.04.1995.

2.4 Perícia judicial e perícia por similaridade

A perícia judicial, tal qual prevista no artigo 420 Código de Processo Civil⁶⁵, é o meio de prova destinado a levar ao juiz elementos instrutórios que dependam de conhecimentos especiais de ordem técnica, podendo envolver exame, vistoria ou avaliação.

Em matéria de atividade especial, a perícia judicial tem sido utilizada com frequência como meio de comprovação do exercício de labor em condições especiais.

Tal sistemática tem sido amparada na súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos⁶⁶, editada em 1985, a qual permanece sendo amplamente endossada pela jurisprudência, mesmo após as significativas

63 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. tomo II: previdência social. 2. ed. São Paulo : LTr, 2003. p. 713.

64 Lembra-se que a prova testemunhal não pode ser usada para suprir a inexistência de prova documental, uma vez que a Lei nº 8.213 exige lastro probatório documental para o reconhecimento da especialidade do labor.

65 Art. 420. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.
Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:
I - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;
II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
III - a verificação for impraticável

66 Súmula 198: Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento.

alterações promovidas nos meios de prova da atividade especial com o advento da Lei nº 9.032/95.

Quanto aos efeitos da referida Súmula, Aline Weber disserta que *Com redação vinculada à legislação vigente quando da sua edição, ela fazia menção, a um só tempo, à desnecessidade de a atividade exercida pelo segurado estar inscrita no regulamento, à possibilidade de, ainda assim, ser ela considerada perigosa, insalubre ou penosa – o que, à época, equivalia enquadrá-la como especial –, e, também, à forma de comprovação de tal circunstância por meio de perícia judicial.*⁶⁷

Corroborando o entendimento de que realização da perícia judicial autoriza, por si só, a extensão dos agentes nocivos para outras situações, que, embora não mencionadas no Decreto regulamentador, também submetam o segurado a estas condições de risco, José Savaris conclui pela persistência da orientação consolidada na Súmula nº 198, de forma que, mesmo após a revogação dos Decretos n.º 53.831/64 e 83.080/79, seria devido o reconhecimento da natureza especial da atividade se identificado por prova técnica que ela tem potencialidade de prejudicar a saúde ou a integridade física do trabalhador⁶⁸.

Entendimento similar adota Sérgio Pinto Martins, que, mencionando o teor da súmula supra referida, afirma que *“provando o segurado que trabalha em condições perigosas, insalubres ou penosas, terá direito ao benefício”*⁶⁹.

Leandro Paulsen e Simone Fortes justificam a utilização da prova pericial para a comprovação da atividade especial no entendimento jurisprudencial a respeito da não-taxatividade do rol de agentes nocivos previstos pela legislação, de sorte que, comprovando a perícia judicial a exposição a algum agente efetivamente nocivo não previsto nos instrumentos normativos pertinentes, o segurado terá direito a vê-lo considerado como tempo especial⁷⁰.

Ainda quanto à utilização da perícia judicial como forma de comprovação da atividade especial, há, inclusive, parcela da doutrina⁷¹ que a considera indispensável, no caso de não constar nos autos formulário, PPP ou laudo pericial ou na hipótese dos documentos fornecidos pela empresa não descreverem a exposição a que o segurado esteve submetido de forma pormenorizada, de modo que, ainda que não tenha sido requerida pela parte, caberá o juiz valer-se dos poderes instrutórios outorgados pelo artigo 130 do Código de Processo Civil.

67 WEBER, Aline Machado. A Súmula n. 198 do TFR em Face do Atual Regramento da Aposentadoria Especial. *Revista Virtual da AGU*, ano XIII, nº 133, março de 2013. p. 2.

68 SAVARIS, José Antonio. Algumas Reflexões sobre a Prova Material Previdenciária. In: *Direito Previdenciário em Debate*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 53-79.

69 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 375.

70 FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 201.

71 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 267.

Por derradeiro, a realização de prova pericial por similaridade nos casos de desativação da empresa em que ocorreu o labor também é aceita para comprovação das condições especiais de trabalho.

Lecionando a respeito da prova indireta das condições especiais do trabalho, assevera Wladimir Martinez:

Quando não existirem sinais do estabelecimento, se muitos anos se passaram e ele sofreu modificações, com novas instalações e modificações do meio ambiente, se a própria empresa materialmente desapareceu, somente restará ao segurado a prova por similaridade, quando o Médico do Trabalho e o Engenheiro de Segurança terão a tarefa dobrada⁷²

Dessa forma, a doutrina e jurisprudência são pacíficas no que tange à utilização indiscriminada⁷³ de perícia judicial, realizada de forma direta ou por similaridade, para fins comprovação da atividade especial.

3 ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

Uma vez analisada a evolução da legislação que rege a atividade especial, bem como os meios de comprovação do labor em condições especiais legalmente aceitos, passa-se ao exame de atuais divergências existentes entre a interpretação do INSS e a jurisprudência majoritária na matéria.

A aproximação entre os entendimentos administrativo e judicial, superando-se as inúmeras controvérsias existentes na matéria, torna-se necessária, tanto para reduzir a multiplicação de ações judiciais, como para conferir um maior grau de confiabilidade ao segurado do Regime Geral da Previdência Social que desempenhe atividade passível de enquadramento como especial.

Contudo, antes da análise propriamente dita, mostra-se importante destacar brevemente algumas especificidades do processo previdenciário em relação ao processo civil tradicional, o que enseja, por vezes, a condução do primeiro sem a adoção vinculante do método do último.

3.1 Especificidades do Processo Previdenciário

A complexidade e a abrangência das situações que são estudadas pela ciência do Direito torna necessária a existência de ramificações para melhor compreensão do objeto.

Enquanto áreas como Direito Penal e Direito do Trabalho possuem procedimentos processuais específicos em decorrência da particularidade do direito material a ser tutelado, o Direito Previdenciário carece de uma

⁷² MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. tomo II: previdência social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 714.

⁷³ A questão será objeto de análise crítica no capítulo subsequente.

normatização processual própria, sendo ordinariamente conferido a ele o mesmo tratamento do processo civil clássico.

Ocorre que o processo previdenciário possui especificidades em relação ao processo civil tradicional e, por isso, merece um tratamento diferenciado, como corretamente destacado por Savaris:

Não é, porém, a existência de um complexo de normas processuais bem ordenadas que evidencia o sistema processual previdenciário. Antes são as questões específicas que emergem em uma lide tipicamente previdenciária que demonstram a insuficiência do processo civil clássico e apontam para a necessidade de uma normatização própria, fundada no direito constitucional ao processo justo.

As singularidades da lide previdenciária, percebidas fundamentalmente nos sujeitos da relação processual e na natureza do objeto do litígio, indicam a inadequação de certas disposições do processo civil clássico para regramento da relação jurídica previdenciária em juízo.⁷⁴

A respeito das especificidades, cumpre, primeiramente, destacar que o direito material a ser satisfeito no processo previdenciário é um bem de índole alimentar, direito fundamental constitucionalmente assegurado pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Logo, a negação de tal direito poderá conduzir a graves consequências humanas e sociais⁷⁵.

Além disso, a relação processual previdenciária é caracterizada pelo desequilíbrio entre as partes. De um lado, há a presumível hipossuficiência do autor, não só econômica, mas também informacional, entendida, esta última, como a insuficiência de conhecimento acerca de seus direitos e deveres. No outra ponta, existe uma entidade pública com conhecimento pleno da matéria e dispendo de todas as informações que podem conduzir à concessão da prestação previdenciária pretendida.

Não é por outro motivo que Savaris fixa quatro características que conformam a singularidade previdenciária:

- * a fundamentalidade de um bem jurídico previdenciário, isto é, sua natureza alimentar correspondendo a um direito de relevância social fundamental;
- * a presumível hipossuficiência econômica e informacional da pessoa que reivindica uma prestação da previdência social;
- * uma suposta contingência que ameaça a sobrevivência digna da pessoa que pretende a prestação previdenciária;

74 SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 59.

75 Savaris alerta que, diferentemente do direito trabalhista, o bem jurídico previdenciário carrega a ideia de que o indivíduo tem necessidade imediata dos valores de subsistência, porque se encontra, na maioria das vezes, cercado por contingência social prevista em lei. (Ibid., p. 63)

* o caráter público do instituto de previdência que assume o polo passivo da demanda.⁷⁶

Em relação ao objeto do presente estudo, ressalta-se que o reconhecimento do trabalho exercido em condições especiais é objeto de inúmeras controvérsias, tanto no âmbito administrativo como no judicial, no que tange aos meios de comprovação da atividade especial, os quais foram objeto de significativas alterações ao longo do tempo.

Se, de um lado, não houve alteração do ônus que recai sobre o trabalhador de fazer prova de que pertencia a alguma das categorias profissionais enquadráveis como atividade especial ou de que se submetia a algum dos agentes tidos como nocivos para este fim, por outro lado, também deve ser considerado o dever da Administração Pública de agir em conformidade com princípios estabelecidos pela Magna Carta, tais como os da boa-fé, moralidade e eficiência (no sentido de bem atender o cidadão e de tê-lo com referência para sua atuação).

Assim, ainda que não possa ser exigível que o INSS presuma que o segurado tenha laborado exposto a agentes nocivos ou que, de ofício, busque documentos para comprovar a especialidade de determinada atividade exercida, é certo que a entidade pública tem o dever de orientar o administrado acerca das formas de comprovação de seu direito⁷⁷, bem como tem a obrigação de não criar empecilhos⁷⁸ para a efetivação do mesmo. Afinal, todo o interesse social que fundamenta a organização de um sistema solidário de proteção social desdobra-se na exigência de que se realize a mais adequada cobertura previdenciária⁷⁹.

Nunca é demais lembrar que a análise das condições especiais do trabalho, por ser uma matéria essencialmente técnica, intimamente relacionada com áreas como saúde e engenharia, representa uma dificuldade adicional a todos os envolvidos na relação jurídica, exigindo, inclusive, estudo e conhecimento interdisciplinar.

O direito previdenciário, por ainda se ressentir de uma normatização em matéria probatória voltada especificamente para a dinâmica de constituição dessa relação jurídica, tem ocasionado a sedimentação de algumas “normas” pela jurisprudência que não são adotadas pela Administração. Isso reduz, muitas vezes, o grau de confiabilidade do segurado do Regime Geral da Previdência Social que precisará demonstrar o desempenho de atividade passível de enquadramento como especial.

76 Ibid., p. 88.

77 Savaris exemplifica que o INSS não age de acordo com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública quando não informa ao segurado acerca do que deveria apresentar em termos de prova material para comprovar que determinada atividade foi exercida em condições especiais (SAVARIS, op. cit., p. 76)

78 Cabe, aqui, indagar se o INSS, ao exigir que o trabalhador, para ter seu labor reconhecido como especial, apresente, em prazo exíguo, documentos de empresas que há muitos anos encerraram suas atividades, não estará inviabilizando o próprio direito.

79 SAVARIS, op., cit., p. 88.

Desse modo, como será exemplificado mais adiante, uma correta conclusão somente será obtida, algumas vezes, com a condução do processo previdenciário sem a adoção vinculante do método do processo civil clássico.

3.2 Controvérsias de entendimentos

Nesta última parte do trabalho, proceder-se-á, como antes referido, ao efetivo exame de algumas das principais⁸⁰ controvérsias entre os âmbitos administrativo e judicial.

Cabe, porém, ressaltar que não será objeto de análise as particularidades de cada agente nocivo previsto na legislação, fato que demandaria a elaboração de estudo específico para cada um deles, tendo em vista a complexidade existente na matéria.

Importa, pois, neste breve estudo, apontar as principais divergências entre a aplicação administrativa e a interpretação judicial no que tange à comprovação da atividade especial, verificando se efetivamente é possível a existência de entendimento semelhante a partir de uma adequada interpretação da legislação vigente.

3.2.1 Necessidade de permanência na exposição ao agente nocivo

O primeiro ponto controvertido envolvendo a concessão do benefício de aposentadoria especial está relacionado à necessidade de exposição permanente a agentes nocivos para o reconhecimento da atividade especial.

Conforme abordado no primeiro capítulo deste trabalho, a possibilidade de caracterização de uma atividade como especial surgiu em 05/09/1960, com a publicação da primeira Lei Orgânica da Previdência Social-LOPS (Lei nº 3.807), tendo sido a legislação regente objeto de inúmeras alterações a partir de então, modificando-se substancialmente os critérios para comprovação da especialidade do labor.

Com a nova redação do parágrafo 3º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 dada pela Lei 9.032/95, a concessão de aposentadoria especial somente passou a ser possível mediante a comprovação pelo segurado de tempo de trabalho permanente, não ocasional e nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

Assim, a partir de 29/04/1995, é indispensável, para o reconhecimento da atividade como especial, que a exposição aos agentes nocivos se dê de forma habitual e permanente. Exige-se, portanto, além da nocividade, ou seja, da presença de fatores de risco no ambiente de trabalho, também a habitualidade e permanência da exposição do trabalhador a esses fatores.

⁸⁰ O termo aqui utilizado deve ser lido no sentido de que são algumas das controvérsias mais usualmente verificadas diariamente por aqueles que militam no ramo previdenciário, e não de que são as mais complexas ou as mais importantes.

Enquanto a habitualidade pode ser definida como a certeza de sujeição do indivíduo aos agentes nocivos nos dias de trabalho⁸¹, considera-se trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço⁸².

Dissertando a respeito da permanência da exposição, adverte Fábio Ibrahim:

Por óbvio, o entendimento da exposição permanente não implica configurar-se a manutenção contínua da nocividade, a todo o momento, durante todo o tempo. Ainda que existam pequenos períodos de tempo, durante a jornada, em que não exista a exposição direta, sendo tal variação inerente à atividade, de modo regular, estará configurada a exposição permanente. [...]

O que irá evidenciar a permanência do segurado é a atividade que demande exposição ao agente nocivo de forma inexorável vinculada à atividade desenvolvida. A análise não é exclusivamente temporal (embora ainda seja um aspecto a ser avaliado)⁸³

Logo, o trabalhador, por exemplo, que desenvolve suas atividades na linha de produção de fábrica calçadista exposto ao ruído proveniente das máquinas responsáveis pelo corte e costura do calçado, trabalhará exposto de forma permanente ao referido agente nocivo, ainda que, em alguns momentos da jornada laboral, seja desativada a máquina geradora do ruído para a realização de limpeza e manutenção da mesma.

Da mesma forma, estará configurada a permanência em atividades que comportam intervalos maiores entre jornadas, como, por exemplo, o trabalho em plataformas marítimas. Sendo a rotina de trabalho diferenciada inerente àquele ofício, haverá a permanência, ainda que a atividade não seja diária⁸⁴.

Ocorre que a jurisprudência majoritária⁸⁵ considera que a exigência de comprovação do tempo de trabalho permanente, não ocasional e nem intermitente, em condições especiais,

só pode aplicar-se ao tempo de serviço prestado durante a sua vigência e não retroativamente, porque se trata de condição restritiva ao reconhecimento do direito. Se a legislação anterior não exigia a comprovação da exposição permanente aos agentes nocivos, a lei

81 LEITÃO, André Studart. *Aposentadoria Especial*. São Paulo: Quartier Latin 2007. p. 137.

82 Redação dada pelo artigo 65 do Decreto 3.048/99: Considera-se tempo de trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.

83 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 553/554.

84 *Ibidem*, p. 554.

85 No âmbito dos Juizados Especiais Federais, houve consolidação do entendimento na Súmula 49 da TNU: "Para reconhecimento de condição especial de trabalho antes de 29/4/1995, a exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física não precisa ocorrer de forma permanente."

Nesse sentido, ainda: PEDILEF nº 2006.72.95.016242-2/SC e REsp 977.400/RS

posterior que passou a exigir tal condição, tem inegável caráter restritivo ao exercício do direito, não podendo ser aplicada a situações pretéritas.⁸⁶

No âmbito administrativo, diversamente, prevalece o entendimento de que os requisitos de habitualidade e permanência sempre estiveram presentes na legislação regente, mesmo antes do advento da Lei nº 9.032/95, motivo pelo qual caberá ao segurado, independentemente do período laborado, comprovar que trabalhou exposto permanentemente aos agentes nocivos previstos.

Tal interpretação encontra fundamento no artigo 3º do Decreto 53.831/64⁸⁷, sendo repetida no artigo 60 do Decreto 83.080/79 e tendo permanecido inalterada com o advento da Lei nº 8.213/91, uma vez que o artigo 63 do Decreto 357/91 e o artigo 63 do Decreto nº 611/92 praticamente reproduziram o texto anterior.

Corroborando a posição da Administração Pública, afirma Hermes Alencar:

Para a comprovação da insalubridade dos trabalhos exercidos até a data de 28.04.1995 (Lei nº 9.032, de 1995), basta a apresentação do formulário SB-40 (atualmente DSS-8030), especificando de forma minuciosa as funções exercidas pelo trabalhador (atividade profissional), e que o segurado encontrava-se exposto de modo habitual e permanente a agentes nocivos constantes dos anexos vinculados aos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79⁸⁸

O Manual de Atividade Especial elaborado pela Procuradoria-Federal Especializada do INSS respalda o entendimento administrativo, nos seguintes termos:

A inexistência de referência expressa à habitualidade e à permanência na lei ordinária anteriormente à Lei nº 9.032/95 não implica sua prescindibilidade para a concessão da aposentadoria especial. Na tradição legislativa previdenciária brasileira, os aspectos técnicos referentes à concessão desse benefício sempre foram regulamentados por decreto, que estabeleciam de forma pormenorizada as condições de concessão (atualmente a remessa à regulamentação é dada pelo art. 58 da LBPS). A possibilidade de se concederem aposentadorias especiais ou aposentadorias por tempo de contribuição precoces a um universo de atividades em que há exposição eventual a agente nocivo – ou seja,

86 Trecho extraído do voto condutor do REsp 414.083/RS

87 Art. 3º: A concessão do benefício de que trata este decreto, dependerá de comprovação pelo segurado, efetuado na forma prescrita pelo art. 60, do Regulamento Geral da Previdência Social, perante o Instituto de Aposentadoria e Pensões a que Estiver filiado do tempo de trabalho permanente e habitualmente prestado no serviço ou serviços, considerados insalubres, perigosos ou penosos, durante o prazo mínimo fixado.

88 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 3. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007. p. 443.

uma miríade delas – não se justifica do ponto de vista financeiro, nem da finalidade do instituto.⁸⁹

Todavia, o entendimento judicial é de que os decretos, ao impor a necessidade de exposição permanente a agentes nocivos, extrapolaram o poder regulamentar⁹⁰.

Ainda que na tradição legislativa previdenciária brasileira os aspectos técnicos referentes à concessão da aposentadoria especial tenham sido, na maioria das vezes, regulamentados por decreto, não há dúvida de que os regulamentos vigentes em época anterior à Lei nº 9.032/95 (Decretos 53.831/64, 83.080/79, 357/91 e 611/92), ao imporem condição restritiva ao reconhecimento da atividade como especial, qual seja, a necessidade de comprovação da permanência da exposição a agentes nocivos, extrapolaram o poder regulamentar.

Acerca desse tipo de restrição imposta por ato administrativo do INSS, leciona Marina Vasques:

É sabido que na vigência da atual Constituição Federal não há mais espaço para atos administrativos autônomos, a não ser nas hipóteses previstas expressamente no artigo 84, VI, da CF/88, com a nova redação dada pela EC 32/01 (organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos – se é que se pode entender que essas matérias de fato correspondem a ato administrativo autônomo). O poder normativo da Administração limita-se em regulamentar a lei vigente. Por isto, o ato administrativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 5º, II, e 37, caput, da Constituição Federal de 1988).⁹¹

Desse modo, nos parece correto o entendimento jurisprudencial, endossado por respeitável doutrina⁹², no sentido de que a comprovação da permanência da exposição a agentes nocivos, para fins de reconhecimento da especialidade do labor, somente pode ser exigida para os períodos

89 *Manual atividade especial da Procuradoria-Federal Especializada do INSS*, p. 10. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idSite=1106>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

90 Nesse sentido: “No que diz respeito aos regulamentos vigentes em época anterior à Lei nº 9.032/95, aqueles não constituem amparo normativo válido à imposição da necessidade de comprovação de trabalho em condições especiais em caráter permanente. Isso porque não havia previsão quanto à exigência da “permanência” nas respectivas Consolidações das Leis da Previdência Social, restando patente a extrapolação do poder regulamentar neste ponto.” (PEDILEF nº 2006.71.95.021405-5/RS)

91 DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 279.

92 “Vale registrar que a exposição permanente ao agente nocivo previsto no Regulamento surgiu com a Lei 9.032/95, não sendo aplicado ao tempo especial anterior.” (AMADO, Frederico. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 597.)

“Ressalte-se que, por força do Direito Adquirido, não é necessário demonstrar habitualidade, permanência e não intermitência de exposição aos agentes nocivos, aos períodos anteriores à Lei 9.032/95.” (MARCELO, Fernando Vieira. *Aposentadoria Especial*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2013. p. 108)

laborados após 29/04/1995, com a nova redação do parágrafo 3º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 dada pela Lei 9.032/95.

3.2.2 Exigência de laudo técnico

Uma questão bastante controvertida envolvendo o reconhecimento da atividade especial e, em consequência, a própria concessão do benefício de aposentadoria especial diz respeito ao marco temporal a partir do qual deve ser exigida do segurado a apresentação de laudo técnico para a comprovação do labor em condições especiais.

Como já visto, o regramento trazido pela Lei nº 9.032/95 excluiu a possibilidade de reconhecimento da atividade especial simplesmente por pertencer o trabalhador a determinada categoria profissional, admitindo tal reconhecimento apenas para os segurados que laboravam efetivamente submetidos aos agentes arrolados como nocivos.

Com as alterações promovidas pela Lei nº 9.032/95 nos parágrafos 3º e 4º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, atribuiu-se ao segurado o ônus de demonstrar a real exposição aos agentes nocivos, químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes, perante o Instituto Nacional do Seguro Social, não bastando o mero preenchimento do formulário do INSS.

Complementando a nova sistemática trazida pela Lei nº 9.032/95, foi editada a Medida Provisória nº 1.523, editada em 11/10/1996 e publicada em 14/10/1996, a qual, após sucessivas reedições, foi convertida na Lei nº 9.528/97.

A referida Medida Provisória, alterando o parágrafo 1º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91, inovou ao prever que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos se faria mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, o qual deveria ser emitido com base em laudo técnico de condições ambientais de trabalho expedido por profissional habilitado:

Art. 58 [...]

§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

Ocorre que a data em que passou a ser exigida e apresentação de laudo técnico para comprovação da atividade especial é divergente⁹³ não apenas entre os âmbitos administrativo e judicial, mas também na própria doutrina especializada.

⁹³ Salvo em relação ao agente ruído, para o qual sempre foi exigida a apresentação de laudo, independente da época em que foi realizada a atividade laboral, não havendo divergências nesse ponto entre a Administração Pública, Poder Judiciário e doutrina especializada.

Por um lado, há o entendimento na administração pública, transcrito na Súmula 20 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS)⁹⁴, de que a apresentação de laudo técnico é obrigatória apenas para períodos de atividades posteriores a 11/10/1996, data da edição da MP nº 1.523 que alterou o parágrafo 1º do artigo 58 da Lei de Benefícios. Antes de tal data, facultava-se ao segurado a comprovação da exposição a agentes nocivos mediante o emprego de qualquer meio de prova em direito admitido.

Diversamente, na esfera judicial, predomina o entendimento⁹⁵ de que a exigência do laudo técnico é válida somente após a edição do Decreto nº 2.172, em 05/03/1997, que regulamentou a MP nº 1.523, uma vez que, por se tratar de condição restritiva ao reconhecimento do direito, não é cabível a aplicação retroativa.

Na doutrina especializada, a questão também está longe de ter um tratamento uniforme, senão vejamos.

O entendimento administrativo é corroborado por Fernando Marcelo⁹⁶, Wladimir Martinez⁹⁷ e Paulsen e Fortes, havendo ressalva, por parte dos dois últimos, apenas de que a data a partir do qual deve ser exigido o laudo é 14/10/1996 (data da publicação da MP 1.523), e não 11/10/1996 (data da edição da referida MP).

A questão é sintetizada por Paulsen e Fortes nos seguintes termos:

Ocorre, porém, que até 14-10-96, a comprovação de efetiva exposição a agentes nocivos continuou sendo feita por formulário preenchido pela empresa, o SB 40 ou DSS8030, não havendo previsão legal de que fosse ele amparado pericial. Somente com o advento da Medida Provisória nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei 9.528/97, é que foi acrescentado parágrafo único ao art. 58 da Lei 8.213/91, passando a exigir a elaboração do formulário com informações advindas de laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.⁹⁸

A jurisprudência, por sua vez, vai ao encontro do exposto por Savaris: Com a edição da Medida Provisória 1.523/96, convertida na Lei 9.528/97, foram revogados os Decretos 53.831/64 e 83.080/79, tornando necessária nova regulamentação da matéria, o que se deu com o Decreto 2.172, de 05.03.1997.

94 Súmula 20: Salvo em relação ao agente agressivo ruído, não será obrigatória a apresentação de laudo técnico pericial para períodos de atividades anteriores à edição da Medida Provisória 1.523-10, de 11/10/96, facultando-se ao segurado a comprovação de efetiva exposição a agentes agressivos à sua saúde ou integridade física mencionados nos formulários SB-40 ou DSS-8030, mediante o emprego de qualquer meio de prova em direito admitido.

95 Nesse sentido, veja-se: AgRg no REsp 493.458/RS e REsp 354.737

96 MARCELO, Fernando Vieira. *Aposentadoria Especial*. 2. ed. Lemeç J. H. Mizuno, 2013. p. 116.

97 MARTINEZ, op. cit., p. 710.

98 FORTES, Simone Barisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 207.

Desde a edição do Decreto 2.172/97, apoiado na Medida Provisória 1.523/96 e suas reedições, a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos deve ser feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho [...]⁹⁹

Por outro lado, há ainda uma terceira corrente¹⁰⁰ que defende a exigência da apresentação de laudo já para períodos posteriores a 29/04/1995 (data da publicação da Lei nº 9.032), em razão do novo perfil delineado pela Lei 9.032/95, o qual teria impossibilitado a comprovação de exposição ao agente nocivo de outro modo.

Nesse sentido, opina Fábio Ibrahim:

Acredito que o marco correto seja o da Lei nº 9.032/95, pois a comprovação de efetiva exposição ao agente nocivo não poderia ser feita de outro modo. É situação análoga ao caso do ruído: o LTCAT é exigido desde sempre, mesmo sem qualquer previsão legal expressa, pois não haveria como medir a intensidade do agente físico sem análise técnica.¹⁰¹

Embora nenhum dos entendimentos expostos seja desarrazoado, nos parece que não há como ser exigida a comprovação da atividade especial por laudo técnico já a partir da Lei 9.032/95, em 29/04/1995.

Ora, como já abordado neste estudo, é constitucionalmente assegurado, em respeito ao direito adquirido, que a prova da exposição do segurado aos agentes nocivos à saúde ou integridade física deva atentar para as normas vigentes na época da prestação do serviço, em observância ao princípio do *tempus regit actum*.

Assim, se a legislação anterior à Medida Provisória nº 1.523/96 previa a comprovação da exposição aos agentes nocivos, mas não limitava os meios de prova, não se mostra adequada a exigência de laudo técnico para demonstrar o labor ocorreu em condições especiais, sob pena de ofensa ao direito adquirido e ao princípio do *tempus regit actum*.

A possibilidade de exigência do laudo técnico somente após a edição do Decreto nº 2.172, em 05/03/1997, também não parece ser o melhor caminho, uma vez que a MP nº 1.523/96 foi sucessivamente reeditada até ser convertida na Lei nº 9.528/97, jamais tendo perdido juridicamente seus efeitos. Ademais, como o referido Decreto limitou-se a reproduzir¹⁰²

99 SAVARIS, cit., p. 240.

100 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 3. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007. p. 443; BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Direito Previdenciário Médico: Benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial*. 2. ed. São Paulo: Altas, 2012. p. 164.; ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 264.

101 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 557.

102 Art. 66, §2º do Decreto 2.172/97: A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS,

o parágrafo 1º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91, não há como se sustentar que ele regulamentou a Medida Provisória nesse ponto.

Desse modo, temos que a interpretação correta da questão está muito próxima ao entendimento administrativo consubstanciado na Súmula 20 do Conselho de Recursos da Previdência Social, sendo necessária apenas a retificação da data de dispensa de apresentação de laudo técnico de 11/10/1996 para 14/10/1996, uma vez que o artigo 5º da MP 1.523/96 estabeleceu sua vigência a partir da data de sua publicação, o que efetivamente ocorreu no dia 14/10/1996.

3.2.3 Contribuinte individual

As alíneas do inciso V do artigo 11 da Lei nº 8.213/91 define quem são os segurados obrigatórios da Previdência Social que ostentam a condição de contribuinte individual:

- a) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a 4 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 9º e 10 deste artigo;
- b) a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral - garimpo, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, com ou sem o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua;
- c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa;
- e) o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social;
- f) o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria, o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural, e o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração;
- g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;

emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

h) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não;

A possibilidade das atividades desempenhadas pelo contribuinte individual serem consideradas como laboradas em condições especiais é controvertida nas esferas administrativa e judicial, envolvendo questões referentes ao custeio/financiamento da seguridade social, bem como verificação de pressupostos estabelecidos a partir de alteração da legislação ordinária.

Relativamente ao custeio, Aragonés Vianna destaca que as empresas são as principais financiadoras do sistema de seguridade social brasileiro¹⁰³. Entre as diversas contribuições sob sua responsabilidade, foi prevista uma destinada ao financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, nos percentuais de 1%, 2% ou 3%, dependendo do risco de acidentes do trabalho¹⁰⁴.

Além disso, as alíquotas acima referidas são acrescidas de 12, 9 ou 6 pontos percentuais, respectivamente, se a atividade exercida pelo trabalhador ensejar a aposentadoria especial após 15, 20 ou 25 anos de contribuição, conforme disposição do art. 57, parágrafo 6º da Lei nº 8.213/91¹⁰⁵.

O artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91 dispõe quais os segurados que contribuem para fazer jus à aposentadoria especial e, dentre eles, não está expressamente previsto o contribuinte individual.

Assim, há, inicialmente, que se considerar que, como o contribuinte individual não contribui para o financiamento do benefício de aposentadoria especial, poderia não fazer jus ao mesmo. Tal raciocínio é fundamentado no equilíbrio atuarial que caracteriza todo sistema de Previdência: sem fonte de custeio (artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal), não há como pagar certo prêmio ou benefício¹⁰⁶.

103 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 71.

104 Lei 8.212/91, art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

[...]

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

105 § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou cinco anos de contribuição, respectivamente.

106 Corroborando o exposto, leciona Frederico Amado: "Prevê o artigo 64 do RPS (Decreto nº 3.048/99), que apenas o segurado empregado, o trabalhador avulso e o contribuinte individual cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção fazem jus à aposentadoria especial, pois apenas nestes casos há prévia fonte de custeio específica, consistente nas contribuições previdenciárias pagas pelas empresas,

Em face da mudança do perfil do mercado de trabalho que resultou no crescimento significativo das cooperativas de trabalho e produção¹⁰⁷, a Medida Provisória nº 83 de 13 de dezembro de 2002, posteriormente convertida na Lei nº 10.666/2003, estendeu o direito à aposentadoria especial ao contribuinte individual filiado à cooperativa de trabalho e de produção que trabalha sujeito a condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física¹⁰⁸, instituindo contribuições adicionais para esse caso, nada prevendo, todavia, em relação aos demais contribuintes individuais.

Desse modo, parcela da doutrina considera que “*permanecem sem direito à aposentadoria especial os demais contribuintes individuais (antigos: autônomos, equiparado a autônomo e empresário), empregados domésticos e segurados especiais*”^{109 110}.

Por outro lado, o entendimento jurisprudencial predominante¹¹¹, respaldado por significativa doutrina especializada¹¹², considera possível o reconhecimento de tempo de serviço especial em favor de segurado contribuinte individual, sob o argumento de que a Lei de Benefícios não faz distinção entre o segurado contribuinte individual e as demais categorias de segurado para fim de reconhecimento de labor em condições especiais. E, não fazendo a lei distinção, não é possível restrição por ato administrativo do INSS.

Ocorre, também, que, além da questão da existência de financiamento para os contribuintes individuais, reside outra controvérsia no tema em razão da nova sistemática conferida pela Lei nº 9.032/95 ao parágrafo 3º do artigo 57 da Lei de Benefícios, a partir da qual se passou a exigir do segurado, para fazer jus à aposentadoria especial, a comprovação da exposição a agentes nocivos de forma habitual e permanente.

No âmbito administrativo, a questão foi disciplinada pelo artigo 163 da IN INSS/PRES nº 20/2007¹¹³:

A partir de 29 de abril de 1995, a aposentadoria especial somente será concedida aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e, a partir

na forma do artigo 57, § 6º, da Lei nº 8.213/91 e do artigo 1º, da Lei 10.666/2003.” (AMADO, Frederico. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 595.

107 JÚNIOR, Miguel Horvath. *Direito Previdenciário*. 4. d. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 187.

108 Lei nº 10.666/2003, art. 1º As disposições legais sobre aposentadoria especial do segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social aplicam-se, também, ao cooperado filiado à cooperativa de trabalho e de produção que trabalha sujeito a condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física.

109 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 3. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007. p. 451.

110 Entendimento corroborado por Barros Júnior: “[...] salvo os cooperados filiados a cooperativas de trabalho ou produção, os demais segurados enquadrados na categoria de contribuinte individual não tem direito à aposentadoria especial.” (BARROS JÚNIOR, op. cit., p. 146.)

111 A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais pacificou a questão, conforme voto proferido no Pedido de Uniformização nº 2008.71.95.002186-9.

112 Nesse sentido: FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 209; DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 279.

113 Anteriormente, idêntica redação era conferida pelo artigo 163 da IN INSS/PR 11/2006.

de 13 de dezembro de 2002, data da publicação da Medida Provisória - MP nº 83, de 12 de dezembro de 2002, também aos cooperados filiados à cooperativa de trabalho ou de produção.

Parágrafo único. Os demais segurados classificados como contribuinte individual não têm direito à aposentadoria especial.

Em sentido oposto, a jurisprudência¹¹⁴ tem considerado cabível a comprovação da exposição habitual e permanente, mesmo por presunção¹¹⁵, a agentes nocivos em favor do contribuinte individual, geralmente por meio de perícia judicial elaborada a partir de informações fornecidas pelo segurado.

Ainda que seja considerável o argumento de que o contribuinte individual não faz jus à aposentadoria especial por não contribuir para o financiamento da mesma, em razão da necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial que caracteriza todo sistema de Previdência Social (artigo 201 da Constituição Federal), é certo que o sistema previdenciário público brasileiro adota planos de benefício que “*seguem, em regra, a dinâmica do benefício definido, no qual a prestação não tem correlação exata com as contribuições*”¹¹⁶.

Além disso, se considerarmos que a falta de previsão legal de contribuição adicional para aposentadoria especial sobre salário-de-contribuição de segurado contribuinte individual tivesse o condão de impedir o reconhecimento de tempo de serviço especial, não seria possível reconhecer condição especial de trabalho para nenhuma categoria de segurado antes da Lei nº 9.732/98, a partir da qual foi criada a contribuição adicional.

Assim, entendemos que a inexistência de contribuição específica por parte do contribuinte individual não filiado à cooperativa de trabalho e de produção não pode ser óbice para que ele seja incluído do sistema protetivo em questão.

Contudo, considerando que a especialidade da atividade decorre da exposição aos agentes nocivos, e não da relação de emprego¹¹⁷, opinamos pela impossibilidade fática do contribuinte individual comprovar que trabalhou, a partir de 29 de abril de 1995, exposto a agentes nocivos de forma habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, consoante sistemática conferida pela Lei nº 9.032¹¹⁸.

114 Súmula 62 da TNU: O segurado contribuinte individual pode obter reconhecimento de atividade especial para fins previdenciários, desde que consiga comprovar exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física.

115 Nesse sentido, veja-se o Pedido de Uniformização nº 2009.71.95.001907-7.

116 Texto Complementar da Unidade 4: Desaposentação – Novos Dilemas, de Fábio Zambitte Ibrahim. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 12 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/839/mod_folder/content/21/2_-_>. Acesso em: 18 out. 2013.

117 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 501.

118 Fortes e Pausel, embora não se posicionem a respeito da situação do contribuinte individual não filiado à cooperativa de trabalho e de produção, opinam pela impossibilidade dos segurados especiais e segurados empregados domésticos serem beneficiários da aposentadoria especial “já que, pela natureza de seu labor, não podem ser

Com efeito, o segurado contribuinte individual que postula o reconhecimento da sua atividade como insalubre é, na maioria das vezes, aquele que presta serviços em caráter eventual/ocasional, sem relação de emprego e subordinação, motivo pelo qual resta elidida a exposição habitual e permanente a agentes nocivos prejudiciais à saúde e à integridade física¹¹⁹.

Nesse sentido, destaca Fábio Ibrahim:

[...] apesar de inexistir restrição legal expressa, o benefício aposentadoria especial acaba restrito a empregados e, eventualmente, a avulsos. A concepção adotada pelo INSS de atividade permanente infere a necessidade de atividade desempenhada demandar algum grau de subordinação, inerente à determinada atividade, que configure razoável de grau de risco, no que diz respeito aos agentes nocivos. Os fatores de risco são vistos como algo inerente ao processo produtivo.

A atividade permanente, neste diapasão, seria aquela que conjugasse, além da insalubridade, subordinação e fatores de risco. [...] ¹²⁰

Ademais, por não haver relação de emprego, caberia ao próprio contribuinte individual preencher a documentação demonstrando que laborou exposto a agente nocivo com habitualidade e permanência e não se pode atribuir eficácia jurídica à informação quando a fonte dela é o próprio interessado¹²¹. Da mesma forma, mesmo eventual existência de perícia judicial concluindo pela especialidade da atividade também irá carecer de credibilidade, uma vez que será realizada com base em relato do próprio interessado.

Assim, a partir das profundas transformações nos meios de comprovação da especialidade do labor a partir do advento da Lei n° 9032/95, nos parece incompatível a concessão da aposentadoria especial ao segurado contribuinte individual não filiado à cooperativa de trabalho e de produção, respeitando-se, todavia, o direito adquirido daqueles que laboraram em tal condição anteriormente a 29 de abril de 1995.

3.2.4 Prova documental e a perícia judicial

Conforme já detalhado nos capítulos anteriores, a atual legislação regente prevê que o enquadramento de atividade como especial somente

considerados como submetidos, habitual e permanentemente, a agentes nocivos [...]” (FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 209)

119 Corroborando o exposto, o Manual de atividade especial da PFE-INSS, p. 64: “O contribuinte individual exerce suas atividades por sua conta e risco, sem qualquer relação de subordinação. Logo, não estando sujeito a uma jornada de trabalho fixada pelo empregador, a regra é a eventualidade da prestação de serviços, não preenchendo ele, portanto, os requisitos da habitualidade e permanência de submissão a agentes nocivos”.

120 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 557.

121 Convém destacar que, no caso do contribuinte individual filiado à cooperativa de trabalho e de produção que trabalha sujeito a condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a sua integridade física, o PPP será elaborado pela cooperativa, a partir do laudo técnico referente à localidade do trabalho, isto é, da empresa tomadora do serviço (Ibid., p. 558)

ocorre em razão de efetiva submissão aos agentes arrolados como nocivos para este fim por meio de ato (Decreto) do Poder Executivo e, mais que isso, que tal comprovação, a cargo do segurado, se faz mediante formulário¹²² embasado em laudo técnico elaborado em conformidade com a legislação trabalhista. Em síntese, as sucessivas alterações legislativas adotaram nova filosofia previdenciária relativamente à aposentadoria especial, na medida em que delinearão os contornos do maior rigor a ser empregado, doravante, na verificação e enquadramento de uma atividade como especial¹²³.

Contudo, é cada vez mais recorrente a indiscriminada realização de prova pericial em qualquer demanda judicial¹²⁴ que verse sobre atividade especial, a despeito de já constar no processo, muitas vezes, os documentos necessários e legalmente previstos para analisar se o labor foi exercido em condições especiais.

Tal procedimento é singelamente fundamentado no enunciado sumular nº 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos¹²⁵, ainda hoje endossado pela jurisprudência e parte considerável da doutrina¹²⁶, mesmo após as significativas alterações promovidas nos meios de prova da atividade especial com o advento da Lei nº 9.032/95, a partir da qual se passou a priorizar a prova documental, com previsão taxativa dos documentos e informações necessários.

Segue-se, em consequência, certo descompasso entre a aplicação administrativa da legislação ora vigente e o tratamento jurídico conferido pelos Tribunais, passível de superação mediante a contextualização da referida Súmula com a evolução da legislação previdenciária.

De início, convém rememorar que, até o advento da Lei nº 9.032/95, havia flexibilidade quanto aos meios de prova aceitáveis, motivo pelo qual, a época em que editada a súmula n.º 198 do TFR (1985), não se exigia qualquer formalidade para a comprovação do tempo de serviço especial. Em geral, o enquadramento por agente nocivo demandava o mero preenchimento, pela empresa, de formulário indicando qual o agente nocivo a que estava submetido o segurado¹²⁷. Nesse caso ou mesmo em se tratando de enquadramento por atividade profissional, era desnecessária a produção de prova pericial, salvo para o agente ruído ou na hipótese específica da

122 Perfil profissiográfico previdenciário-PPP desde 01.01.2004.

123 WEBER, Aline Machado. A Súmula n. 198 do TFR em Face do Atual Regramento da Aposentadoria Especial. *Revista Virtual da AGU*, ano XIII, n. 133, março de 2013. p. 10.

124 Fernando Marcelo refere que a praxe forense tem considerado a perícia realizada na esfera Trabalhista como meio hábil de comprovação da atividade especial (MARCELO, Fernando Vieira. *Aposentadoria Especial*. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2013. p. 115.)

A possibilidade de utilização de laudos da Justiça do Trabalho encontra amparo também no art. 256, §1º, inciso I, da IN 45/2010.

125 Súmula 198: "Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento."

126 Nesse sentido: SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 241; ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 264.

127 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 86.

súmula, qual seja, quando não militava em favor da categoria profissional a presunção de especialidade, por não estar arrolada no decreto. A perícia, portanto, já não era regra, mas exceção¹²⁸.

Posteriormente, a subsidiariedade da realização de perícia em juízo restou definitivamente consolidada com a edição da Medida Provisória nº 1.523¹²⁹, a partir da qual se passou a ser exigido laudo técnico para a comprovação da atividade especial. Isto por que, com a existência de tal documento¹³⁰, haverá prova pré-constituída das condições ambientais de trabalho da empresa por exigência legal.

Desse modo, é possível afirmar que a perícia judicial somente terá cabimento para suprir a ausência do Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) ou de seus substitutos¹³¹, ou seja, quando o segurado justificadamente e por responsabilidade alheia não tiver meios de obter a documentação exigida para comprovação da especialidade do labor, tal como usualmente ocorre nas hipóteses de empresas empregadoras ilegalmente extintas¹³².

Corroborando o exposto, disserta Aline Weber:

Não se quer defender, portanto, que o segurado deva ter restringido seu direito à produção de prova; o que se afirma é que, na dinâmica do processo judicial previdenciário atual, a prova pericial, por vezes, mostrar-se-á inadequada ou mesmo desnecessária para o deslinde do feito. É que a perícia, como prevista no art. 420 do Código de Processo Civil, destina-se a levar ao juiz elementos que dependam de conhecimentos técnicos, devendo, porém, ser indeferida quando a prova do fato deles não depender, quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas, ou, ainda, quando a verificação for impraticável. Logo, em processos cuja prova documental permita a análise das condições de labor do segurado, incabível se fará a delegação da análise

128 WEBER, Aline Machado. A Súmula n. 198 do TFR em Face do Atual Regramento da Aposentadoria Especial. *Revista Virtual da AGU*, ano XIII, nº 133, mar. 2013. p. 15.

129 MP editada em 11.10.1996 e publicada em 14.10.1996.

130 O entendimento administrativo é no sentido de que o laudo técnico extemporâneo somente pode ser aceito como prova da especialidade se não houver alteração no ambiente de trabalho ou em sua organização (art. 248 da IN 45/2010).

De forma oposta, no sentido de não haver necessidade de o laudo ser contemporâneo: “Não é exigível que o laudo técnico seja contemporâneo com o período trabalhado pelo segurado, desde que os levantamentos das atividades especiais sejam realizados por engenheiros de segurança do trabalho devidamente habilitados, que colem dados em obras da empresa, nos equipamentos utilizados e especificados e nas folhas de registro do segurado” (RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria Especial – Regime Geral da Previdência Social*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 456).

No mesmo sentido, o TRF4: AC 2002.04.01.048922-5, D.E. 21/06/2007.

131 Há que se considerar que “O LTCAT sempre deve preferir à produção de prova técnica, porque representa de forma fidedigna a análise das efetivas condições de trabalho da empresa empregadora.” (*Manual de Atividade Especial da Procuradoria Federal Especializada do INSS*, p. 22. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idSite=1106>>. Acesso em: 28 jul. 2013.)

132 Oportuno destacar que, mesmos nesses casos, a perícia judicial poderá ser dispensada, comprovando-se a atividade especial por meio de laudos técnicos similares, conforme ampla aplicação jurisprudencial.

técnica ao perito, especialmente em se considerando o rito sumaríssimo dos juizados especiais federais.¹³³

Por oportuno, importante destacar que eventual irresignação do segurado quanto à veracidade¹³⁴ das informações atestadas pelo empregador¹³⁵ no formulário/PPP também não autoriza a realização de perícia judicial, sendo questão estranha à lide previdenciária.

Com efeito, a elaboração do formulário previdenciário para comprovação da exposição a agentes nocivos, por ser obrigação do empregador resultante do contrato de emprego, insere-se exclusivamente na competência da Justiça do Trabalho¹³⁶ estabelecida pelo artigo 114 da Constituição Federal, a quem caberá eventualmente compelir o empregador a emitir os papéis que espelhem a concreta situação laboral¹³⁷.

De se considerar, ainda, a possibilidade do Juízo condutor do processo, ao invés de designar a realização de perícia, solicitar diretamente ao empregador, quando isto for possível, a documentação necessária para a análise da eventual especialidade do labor, norteados pelos princípios da celeridade e economia processual. Afinal, diante da singularidade da lide previdenciária¹³⁸, o princípio do dispositivo não deve conduzir à imagem do juiz equidistante das partes, devendo ele valer-se de seus poderes instrutórios para se aproximar da verdade real¹³⁹.

Assim, tem-se que a análise da atividade especial deve ser realizada por meio de documentos elaborados e fornecidos pelo empregador (formulário e laudo técnico ou tão-somente perfil profissiográfico previdenciário-PPP¹⁴⁰), admitindo-se a realização de perícia em juízo apenas no caso da ausência desses e desde que existam informações

133 WEBER, op. cit., p. 16.

134 Barros Júnior adverte que o INSS poderá inspecionar o local de trabalho do segurado para confirmar as informações contidas nos formulários previdenciários (BARROS JÚNIOR, op. cit., p. 155.)

135 Fábio Ibrahim alerta que, mesmo no caso da empresa entender que não exista a exposição ao agente nocivo, ainda assim deverá fornecer o PPP, relatando no documento a inexistência de atividade especial (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 556.)

136 Nesse sentido: TST (AIRR-60741-19.2005.5.03.0132); TRT4 (RO/RENEC0077900.64.2007.5.04.0006).

137 *Manual de Atividade Especial da Procuradoria Federal Especializada do INSS*, p. 15. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idSite=1106>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

138 Relembra-se, aqui as quatro características que conformam a singularidade previdenciária: bem da vida fundamental, autor presumivelmente hipossuficiente, ocorrência de contingência social e presença de entidade pública no pólo passivo.

139 SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 96.

140 Wladimir Martinez sintetiza o PPP como “uma combinação do DSS8030 com laudo técnico” (MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial*. São Paulo: LTR, 2000. p. 31). No mesmo sentido, veja-se PEDILEF nº 2006.51.63.000174-1/RJ e o seguinte julgado: AGRAVO. ATIVIDADE ESPECIAL. PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO. LAUDO TÉCNICO. DESNECESSIDADE. Nos termos do § 2º do Decreto 3.048/99, com a redação do Decreto n. 4.032/2001, a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante a apresentação do perfil profissiográfico previdenciário, elaborado conforme determinação do Instituto Nacional do Seguro Social. Além disso, já decidiu a Sexta Turma desta Corte que o perfil profissiográfico previdenciário une em único documento as necessidades de apresentação de formulário específico e laudo técnico. (TRF4 5006207-92.2011.404.0000, D.E. 07/07/2011)

essenciais¹⁴¹ (atividades/funções desempenhadas pelo segurado, setor de trabalho e lay out da empresa¹⁴²) para um exame fidedigno.

No que tange aos elementos mínimos necessários para a comprovação da atividade especial por meio de perícia judicial, merece ser reproduzido o entendimento do Juiz Federal Enrique Feldens Rodrigues:

A par do exposto, é inadmissível a comprovação da “especialidade” por meio de perícia judicial (inclusive em estabelecimento similar) nas situações em que a avaliação não possa ser embasada em elementos documentais, constatando-se de antemão a inidoneidade de seu resultado. É que não basta a mera afirmação do segurado de que exerceu determinado ofício ou mesmo a descrição, na inicial, do desenvolvimento de tarefas nas quais ocorre ordinariamente a exposição a agentes nocivos, eis que o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 demanda que a comprovação de qualquer “espécie” de tempo de serviço no campo da Previdência Social (o que inclui o especial) deve estar lastreada em início razoável de prova material. Por tal razão, a aceitação - e a aptidão - da perícia, mesmo quando feita por semelhança, dependeria da verificação, nos autos, de informações contidas na CTPS, em DSS-8030 regular ou em outro documento no qual constasse a função exercida e/ou, por vezes, o setor em que trabalhava - quando indicativo - e/ou o equipamento manuseado pelo segurado, de modo a propiciar a verificação da correlação entre a sua profissão, cargo ou especialidade e a(s) atividade(s) da empresa pericianda, o que jamais poderia ser suprido por outro meio.¹⁴³

Em síntese, a invocação, por si só, da Súmula nº 198 do TFR para substituir a documentação legalmente exigida pela simples realização de prova pericial determinada pelo Poder Judiciário indubitavelmente não guarda consonância com a sistemática introduzida pela Lei nº 9.032/95 nos meios de prova da atividade especial, mostrando-se necessária a adequação do entendimento sumular à nova ordem.

3.3 A possível aproximação da interpretação

Como exposto acima, o processo previdenciário possui singularidades que justificam um tratamento diferenciado, especialmente em matéria densa e complexa como a comprovação da atividade especial, que foi objeto de inúmeras alterações ao longo do tempo.

141 Tais informações costumam ser obtidas na praxe forense com a colheita de prova testemunhal em juízo ou mediante a realização de justificação administrativa pelo INSS.

142 Manual de Atividade Especial da Procuradoria Federal Especializada do INSS, p. 22. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idSite=1106>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

143 Trecho da sentença proferida no processo nº 2008.71.58.009004-0.

Nesse contexto, foi destacado o dever da entidade pública de orientar o segurado acerca das formas de comprovação de seu direito, bem como a legitimidade do juiz se valer de seus poderes instrutórios para buscar a verdade real.

Nunca é demais lembrar que, com o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito e a edição de normas gerais e abstratas no Direito contemporâneo, aumentaram-se a complexidade das relações sociais, sendo certo que o problema do Direito moderno “é exatamente o enfrentamento consistente do desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação, sempre única e irrepetível, por definição”¹⁴⁴

Assim, a despeito das dificuldades enfrentadas em razão das significativas alterações legislativas e das particularidades do caso concreto, mostrou-se possível, a partir de uma interpretação adequada da legislação, superar algumas das mais atuais e recorrentes controvérsias existentes entre os entendimentos administrativo e judicial no que tange às formas de reconhecimento da especialidade do trabalho, assegurando-se o direito fundamental à saúde do cidadão quando da sua aposentação e, ao mesmo tempo, mantendo-se o equilíbrio financeiro da Previdência Social.

4 CONCLUSÃO

Conquanto tenha sido vedada, no ordenamento jurídico brasileiro, a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, a Constituição Federal ressaltou expressamente os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Os critérios diferenciados para a concessão da jubilação ao trabalhador que exerceu labor sob condições especiais têm como justificativa o fato de que o exercício de algumas atividades demanda desgaste maior à saúde do trabalhador. Dessa forma, o enquadramento da atividade como especial tem como escopo o estabelecimento de tratamento diferenciado que contemple o critério técnico da perda progressiva da capacidade laborativa em proporção mais acentuada do que a decorrente da idade e do serviço em condições ordinárias.

O surgimento da aposentadoria especial ocorreu com a Lei nº 3.807, de 28 de agosto de 1960, tendo os meios de comprovação das condições especiais de trabalho sido objeto de significativas alterações ao longo do tempo.

Se, de um lado, não houve alteração do ônus que recai sobre o trabalhador de fazer prova de que pertencia a alguma das categorias profissionais

144 NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 5: Limites internos e externos e o conflito de valores*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 16 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=276>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

enquadráveis como atividade especial ou de que se submetia a algum dos agentes tidos como nocivos para este fim, fato é que, até o advento da Lei n.º 9.032/95, havia relativa flexibilidade quanto aos meios de prova aceitáveis.

Com o advento da Lei n.º 9.032/95 e a extinção do enquadramento por categoria profissional, a legislação previdenciária foi-se tornando cada vez mais restritiva quanto aos meios de prova aceitáveis para fins de comprovação de atividade especial. De um modo geral, passou-se a priorizar a prova documental, admitindo-se sua complementação por prova testemunhal e pericial.

Considerando que é constitucionalmente assegurado, em respeito ao direito adquirido, que a prova da exposição do segurado aos agentes nocivos à saúde ou integridade física deva atentar para as normas vigentes na época da prestação do serviço (*tempus regit actum*), não se justifica, do ponto de vista legal, as inúmeras controvérsias a respeito dos meios de prova no âmbito administrativo e judicial.

Ocorre que, a administração, ao exigir, para fins de reconhecimento da especialidade do labor, a comprovação da permanência da exposição a agentes nocivos para os períodos laborados anteriormente à Lei n.º 9.032/95, desrespeita o princípio da irretroatividade da lei e o direito adquirido do segurado.

Por outro lado, o entendimento administrativo, ao exigir a apresentação de laudo técnico para comprovação da atividade especial para períodos de atividades posteriores a Medida Provisória n.º 1.523/96, guarda consonância com o princípio do *tempus regit actum*, não se mostrando defensável a posição predominante na jurisprudência de que a exigência do laudo seja válida somente após a edição do Decreto n.º 2.172/97.

Da mesma forma, o não enquadramento, pelo INSS, da atividade exercida pelo contribuinte individual não filiado à cooperativa de trabalho e de produção como especial após 29 de abril de 1995, é razoavelmente justificado pela impossibilidade fática desta classe de segurado comprovar que trabalhou exposto a agentes nocivos de forma habitual e permanente, não ocasional nem intermitente.

Por fim, a indiscriminada relativização dos meios de prova atualmente exigidos para comprovação da atividade especial, fundamentada na Súmula 198 do TFR, indubitavelmente não está em sintonia com a sistemática introduzida pela Lei n.º 9.032/95, a partir da qual se passou a priorizar a prova documental, com previsão taxativa dos documentos e informações necessários, tornando-se necessária a adequação do entendimento sumular à nova ordem.

Em síntese, ainda que as alterações legislativas tenham, em diversos casos, dificultado a efetiva comprovação de que o labor ocorreu em condições especiais, gerando, muitas vezes, sentimento de insegurança no trabalhador, é plenamente viável, observando-se as especificidades do processo

previdenciário, consolidar um entendimento seguro e confiável a partir das normas legais e infra legais vigentes.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Ricardo Barretto de. *Texto-base da Unidade 1: Direito da Seguridade Social*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=416>>. Acesso em: 16 ago. 2013.
- ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 3. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- AMADO, Frederico. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *Direito Previdenciário Médico: Benefícios por incapacidade laborativa e aposentadoria especial*. 2. ed. São Paulo: Altas, 2012.
- BASTOS, Celso. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BERBEL, F. L. V. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BRASIL. *Legislação*. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 12 set. 2013.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- _____. *Desaposentação – Novos Dilemas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/839/mod_folder/content/21/2_-_>. Acesso em: 18 out. 2013.
- JÚNIOR, Miguel Horvath. *Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- LEITÃO, André Studart. *Aposentadoria Especial*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LOUZADA, L. M. G. Aposentadoria Especial: Técnica, Ficção ou Arbitrariedade? In: *Temas Aprofundados AGU*. Salvador: Juspodivm, 2012.

Manual atividade especial da Procuradoria-Federal Especializada do INSS, 2013. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idSite=1106>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

MARCELO, Fernando Vieira. *Aposentadoria Especial*. Leme: Mizuno, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Curso de Direito Previdenciário*, tomo II: previdência social. 2. ed. São Paulo : LTr, 2003.

_____. *PPP na aposentadoria especial: quem deve fazê-lo, como elaborá-lo, períodos incluídos, seus signatários, para quem entrega-lo: 230 perguntas e respostas sobre o PPP e o LTCAT*. São Paulo : LTr, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 5: Limites internos e externos e o conflito de valores*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=276>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria Especial – Regime Geral da Previdência Social*. Curitiba: Juruá, 2005.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALIBA, Tuffi Messias. *Aposentadoria Especial: aspectos técnicos para caracterização*. São Paulo: LTr, 2011.

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

SIMÕES, Alexandre Gazetta. *A concretização do direito à seguridade social como fundamento da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11758>. Acesso em: 17 set. 2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 9 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

WEBER, Aline Machado. A Súmula n. 198 do TFR em Face do Atual Regramento da Aposentadoria Especial. *Revista Virtual da AGU*, ano XIII, nº 133, mar. 2013.