

# Publicações da Escola da AGU

---

## Pós-Graduação em Direito Público - UnB 2014 Eixo Previdenciário

---

v. 34 número 3, maio/jun. 2014 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 34	p. 1-580	maio/jun. 2014
---------------------------------	----------	-------	----------	----------------

# Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União  
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800  
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

### ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

### EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

### COORDENADOR DA PUBLICAÇÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

### Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
André Luiz de Almeida Mendonça  
Jefferson Carús Guedes

**Apoio Institucional:** Escola da AGU

**Diagramação/Capa:** Niuza Lima/Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Publicações da Escola da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. — Brasília : EAGU, 2009.  
v. ; 23 cm.

Irregular: n.1, 2009-n.7-2011. Bimestral: n. 8-13, 2011. Mensal:  
n. 14, 2012-n.34, 2014. Bimestral: n.35, 2014-.

ISSN 2236-4374

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 340.5  
CDU 34 (05)

## SUMÁRIO

Editorial.....	5
Contribuição para Seguridade do Produtor Rural Pessoa Física e sua Constitucionalidade <i>Antônio Scopel Ramos</i> .....	7
Desaposentação: ato jurídico perfeito, renúncia e legalidade <i>Carla Maria Liba</i> .....	47
Uma Análise sobre a Limitação do Conceito de Família Previsto no Artigo 20 Parágrafo Primeiro da Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), sob o Prisma Constitucional <i>Carolina Bellini Arantes de Paula</i> .....	91
Comprovação da Atividade Especial no Âmbito Administrativo e Judicial <i>Daniel Lusa Marcon</i> .....	127
A Presunção de Dependência Econômica na Pensão por Morte <i>Danilo Von Beckerath Modesto</i> .....	175
Aposentadoria Especial de Servidores Públicos e os Projetos Legislativos para sua Regulação <i>Demian do Prado Marçal Rodrigues</i> .....	199
A Limitação das Hipóteses de Concessão de Auxílio-Acidente pelo Anexo III do Decreto n. 3.048/99: uma análise de acordo com os limites do Poder Regulamentar <i>Fernanda de Antoni</i> .....	281
Sistema Previdenciário Brasileiro: uma visão de direito comparado <i>Karina Grimaldi</i> .....	323
O Prévio Requerimento Administrativo nas Lides Previdenciárias como Condição da Ação e sua Compatibilização com os Princípios Constitucionais da Inafastabilidade da Jurisdição, Repartição de Poderes e Eficiência <i>Paula Rodrigues Coimbra Sales</i> .....	359
A Desaposentação e sua Viabilidade Constitucional <i>Priscila Alves Rodrigues Durval</i> .....	401

A Pensão por Morte no Regime Geral de Previdência Social:  
análise do requisito da dependência econômica  
*Wagner Oliveira da Costa* .....471

Direito Previdenciário: revisão judicial das decisões administrativas  
em matéria de benefícios  
*Wolney da Cunha Soares Júnior* .....539

## EDITORIAL

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Escola da AGU, tem a satisfação de apresentar, através da presente Revista, coletânea de alguns dos melhores trabalhos finais elaborados por seus membros na Pós-Graduação em Direito Público realizada em parceria entre a EAGU e a Universidade de Brasília – UnB no ano de 2014.

O conteúdo da Revista está dividido em quatro volumes, os quais tratam dos seguintes: Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Regulatório, Direito Previdenciário, Direito Processual Civil e Direito Tributário. Portanto, os artigos coletados abordam temas de relevante interesse para a Advocacia Pública.

No presente volume, são apresentados artigos relacionados ao Direito Previdenciário. Estão os resultados de pesquisas sobre: Contribuição para Seguridade do Produtor Rural Pessoa Física e sua Constitucionalidade; Desaposentação: ato jurídico perfeito, renúncia e legalidade; Uma Análise sobre a Limitação do Conceito de Família Previsto no Artigo 20 Parágrafo Primeiro da Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), sob o Prisma Constitucional; Comprovação da Atividade Especial no Âmbito Administrativo e Judicial; A Presunção de Dependência Econômica na Pensão por Morte; Aposentadoria Especial de Servidores Públicos e os Projetos Legislativos para sua Regulação; A Limitação das Hipóteses de Concessão de Auxílio-Acidente pelo Anexo III do Decreto n. 3.048/99: uma análise de acordo com os limites do Poder Regulamentar; Sistema Previdenciário Brasileiro: uma visão de direito comparado; O Prévio Requerimento Administrativo nas Lides Previdenciárias como Condição da Ação e sua Compatibilização com os Princípios Constitucionais da Inafastabilidade da Jurisdição, Repartição de Poderes e Eficiência; A Desaposentação e sua Viabilidade Constitucional. Assim, a Escola da AGU parabeniza aos autores e espera que o conteúdo ora apresentado enriqueça a pesquisa a respeito de temas atuais, relevantes e diretamente relacionados ao Direito Público.

Boa leitura!

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal



---

## CONTRIBUIÇÃO PARA SEGURIDADE DO PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA E SUA CONSTITUCIONALIDADE

---

*Antônio Scopel Ramos*  
*Procurador da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios Constitucionais que regem que a Seguridade Social; 1.1 Contribuições sociais; 1.2 Princípios Constitucionais securitários; 1.2.1 Princípio da Igualdade; 1.2.2 Princípio da Solidariedade; 1.2.3 Princípio da Universalidade da Cobertura de Atendimento; 1.2.4 Formidade e equivalência de prestações entre as populações urbana e rural; 1.2.5 Equidade na forma de participação no custeio; 1.2.6 Diversidade da base de financiamento; 2 Fontes de custeio da previdência social do produtor rural pessoa física; 2.1 Considerações sobre a evolução histórica da contribuição para o FUNRURAL; 2.2 A Constituição de 1998 e a exigência de lei complementar para a instituição de novas fontes de custeio da previdência; 2.3 A Inconstitucionalidade da Lei 8.540/92 e da Lei 9.528/97; 2.4 Efeitos do Controle Difuso de

Constitucionalidade; 2.4.1 Efeitos do julgamento do RE 363.852/MG; 2.5 Emenda Constitucional nº 20 e a Lei 10.256/2001; 3 Inexistência de ofensa aos Princípios da Isonomia e a inexistência de Bis In Idem; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho visa analisar a constitucionalidade da contribuição social do empregador rural pessoa física incidente sobre a receita bruta da comercialização de sua produção. Para tanto analisaremos o princípios que informam a seguridade social; os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso e faremos uma análise da evolução histórica da contribuição do produtor rural para a previdência social. Analisaremos os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade do RE 363852/MG, para ao final demonstrarmos a constitucionalidade da contribuição social instituída para essa classe de trabalhadores pela lei 10.265/01.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de Constitucionalidade. Princípios. Evolução Histórica. Contribuição Social.

**ABSTRACT:** This study proposes an examination of the constitutionality of the taxation (social contribution) on individual rural employers on gross revenue from their production's commercialization. To do that we analyze the principles that guide social security; the effects of the declaration of unconstitutionality in diffused control, and we will do an analysis of the historical evolution of the farmer's contribution to social security. We will review the elements of the declaration of unconstitutionality in RE 363852/MG to demonstrate the constitutionality of the taxation (social contribution) introduced for this class of workers by law 10.265/01.

**KEYWORDS:** Judicial Review. Principles. Historical Evolution. Social Contribution.



## INTRODUÇÃO

No ano de 1988 o Frigorífico Mataboi questionou judicialmente a obrigação legal de reter e recolher as contribuições sociais destinadas ao FUNRURAL, quando da aquisição de bovinos para abate, de seus fornecedores produtores rurais pessoas físicas. Alegou que o art. 1º da lei 8.540/92 era inconstitucional, uma vez que instituía nova fonte de custeio sem a observância do art. 150, I, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido da parte, reconhecendo a inconstitucionalidade da exação. No julgamento desse recurso ficou assentado o vício de inconstitucionalidade formal, ausência de lei complementar para a instituição da contribuição social, bem como foi apontada ofensa aos princípios da isonomia e da vedação do “*bis in idem*” tributário.

Neste julgamento ficou estabelecido que a inconstitucionalidade estava limitada à edição de nova lei, sob a vigência da emenda constitucional nº 20, que instituiu legitimamente a contribuição que era declarada inconstitucional.

Buscando superar o vício de inconstitucionalidade, foi editada a lei 10.256/01 que instituiu novamente a contribuição do produtor rural pessoa física incidente sobre a receita bruta do resultado da comercialização de seus produtos, nos mesmos termos da legislação anterior que fora declarada inconstitucional.

Tendo essa legislação reproduzido o texto da lei que foi declarado inconstitucional, os questionamentos judiciais não cessaram, pois muitos entenderam que também aplicaria a esta legislação os motivos do julgamento do RE 363.852 e que o vício da ofensa ao princípio da isonomia e da vedação ao “*bis in idem*” tributário ainda persistiriam, sendo essa nova lei também inconstitucional e a questão pendente de solução, estando submetida novamente à análise do STF no RE 596177.

O presente trabalho tem por objetivo analisar as repercussões jurídicas do julgamento do RE 363.852/MG e sua inaplicabilidade à lei 10.256/01, estabelecendo os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada desse recurso, bem como demonstrar a constitucionalidade da instituição da contribuição social do produtor rural pessoa física por este diploma legal, firmando a ausência de qualquer ofensa ao princípio da igualdade e da vedação do “*bis in idem*” tributário. Alegações estas, que originam, anualmente, inúmeras ações na Justiça Federal demandando um grande trabalho jurídico por parte da AGU na defesa da Legislação Tributária.

## 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A SEGURIDADE SOCIAL

### 1.1 Contribuições Sociais

As Contribuições Sociais são uma espécie tributária autônoma, ligadas necessariamente a uma prestação positiva do Estado a um determinado grupo social.

Em seu conceito, conforme as lições de Ricardo Lobo Torres<sup>1</sup> estão presentes necessariamente dois elementos, o primeiro é a atividade estatal levada a efeito no interesse de um grupo social, o segundo é própria vantagem social que esse grupo auferir.

Assim, as Contribuições “lato sensu” podem ser conceituadas como “Tributo devido pela realização de serviço ou obra pública indivisível em favor de determinado grupo social, de que decorra benefício especial para o cidadão que dele participa”<sup>2</sup>.

As contribuições sociais, por sua vez, caracterizam-se por serem tributos que possuem finalidade constitucionalmente definida, ou seja, uma vinculação à destinação específica, como, por exemplo, a intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, conforme art. 149 da Constituição Federal, bem como a Seguridade Social, nos termos do art. 195 do diploma constitucional.

Fábio Zambitte Ibrahim<sup>3</sup> conceitua a seguridade social “como o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Para cumprir sua finalidade, a Seguridade Social necessita de recursos financeiros e o seu financiamento é feito por toda a sociedade, de forma direta, por meio das contribuições sociais, e de indireta, com recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, DF e Municípios.

Dentre as contribuições sociais para a Seguridade Social, tem-se aquela do produtor rural, prevista no art. 195, § 8º, da CF, que é o objeto do presente estudo.

O Produtor Rural é um dos segurados obrigatórios da Seguridade Social, devendo o mesmo contribuir com recursos para o Sistema Protetivo. A sua contribuição se dá de forma diferenciada das contribuições da população urbana, isto porque, dada as peculiaridades dessa atividade, a cobrança mensal seria de duvidoso êxito, podendo levar, inclusive, à inviabilidade desse segmento. É o que nos lembra Fábio Zambitte Ibrahim<sup>4</sup>:

A cobrança mensal do segmento rural certamente iria provocar sua inviabilidade econômica, excluindo diversos trabalhadores do sistema

1 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. São Paulo: Renovar. 2007. p. 467.

2 *Ibidem*, p. 467.

3 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2011. p. 5.

4 IBRAHIM, op. cit. p. 277.

previdenciário, e deixando inúmeras empresas da área rural em situação de inadimplência.

Dessa assertiva evidencia-se a importância da contribuição para a Seguridade Social desse grupo social, uma vez que, não contribuindo para o Sistema Securitário, os mesmos estariam dele excluídos e não estariam protegidos dos infortúnios sociais previsíveis e imprevisíveis, como, por exemplo, a velhice, acidentes do trabalho, maternidade, incapacidade laboral temporária, etc. Ainda que sua contribuição se dê de forma diferenciada, a mesma tem respaldo em um grupo de Princípios Constitucionais que serão elencados a seguir.

## 1.2 Princípios constitucionais securitários

A contribuição social do Produtor Rural Pessoa Física é justificada por um grupo de Princípios Constitucionais Securitários que impõem a necessidade da construção de um malha contributiva para formação da base de custeio apta a implementar as políticas públicas que visam minorar os riscos cobertos pelo sistema.

Esses princípios também firmam a necessidade de que toda a sociedade contribua para o sistema securitário, distribuindo o ônus contributivo para todos os seus componentes.

Esse efeito distributivo baseia-se na necessidade da formação de um pacto baseado na solidariedade e na igualdade de seus componentes, onde seus integrantes contribuem para o sistema compulsoriamente e de forma igualitária.

A proteção coletiva busca, através de pequenas contribuições individuais, a formação de um fundo de financiamento suficiente que viabilize a concessão de prestações previdenciárias previamente estabelecidas em lei.

Assim, passaremos a conceituar parte dessa base principiológica que informa o sistema de custeio previdenciário e que justificam a criação da Contribuição Social para o Produtor Rural Pessoa Física.

### 1.2.1 Princípio da Igualdade

O Princípio da igualdade está previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

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

Em relação a esse princípio é feita uma distinção entre a igualdade na lei e igualdade perante a lei. Esta corresponderia à aplicação da lei aos casos concretos nos exatos termos estabelecidos pelos textos normativos, mesmo que isso levasse à discriminações em relação aos seus destinatários, ou seja, ressalta o aspecto formal desse princípio. Já aquela, seria a vedação da existência de

discriminações nos diplomas legais, salvo as autorizadas pela Constituição, o que traduz o aspecto material desse princípio.

Dessa forma, a igualdade perante a lei seria direcionada a todos que aplicam as normas jurídicas e a igualdade na lei teria como destinatários tanto os legisladores, quanto os aplicadores dos diplomas legais.

José Afonso da Silva destaca que, em que pese sua importância na literatura estrangeira, essa distinção é desnecessária entre nós, pois a doutrina e jurisprudência têm por sinônimo esses conceitos:

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como jurisprudência já firmaram, há muito tempo, orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. O princípio significa, para o legislador – consoante Seabra Fagundes – “que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporções às suas diversidades<sup>5</sup>.

O Princípio da Igualdade veda as diferenciações desarrozoadas, não justificadas por situações de fato ou valores constitucionais. Em síntese, o Princípio da Igualdade pode ser definido como o tratamento isonômico aos iguais e tratamento desigual aos desiguais na medida de sua desigualdade, sendo vedado ao legislador a edição de normas discriminatórias, bem como ao aplicador que, ao aplicar a lei no caso concreto, não pode criar ou aumentar as desigualdades, que, por ventura, estejam previstas na legislação.

### 1.2.2 Princípio da solidariedade

A Solidariedade do Sistema Securitário está positivada no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, quando dispõe que constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A solidariedade do Sistema impõe a filiação compulsória de todos os trabalhadores e a contribuição obrigatória para a manutenção da rede protetiva.

É este princípio que obriga aos Poderes Públicos a adoção de um conjunto de ações integradas que visem assegurar a todos os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Conforme disposto no art. 195 da Constituição Federal.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>6</sup> assim conceitua o Princípio da Solidariedade:

5 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 215.

6 MENDES, Gilmar Ferreria, et. al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.299.

Iniciando pela seguridade social, como um todo, pode-se dizer que ela tem entre os seus princípios fundamentais o princípio da solidariedade, na medida em que abrange um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, à assistência social, com financiamento de toda a sociedade, mediante recursos orçamentários e contribuições sociais destinados ao custeio de prestações que são devidas não apenas aos segurados, mas também – na vertente da assistência social – a todos os que dela necessitarem, independentemente de contribuição (CFB, arts. 198, 195 e 203), o que, afinal, significa concretizar, nesse específico setor, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil – “construir uma sociedade justa e solidária” – enunciado no art. 3º, I, da Constituição.

Um exemplo prático da aplicação desse princípio foi a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, RE 437640/RS, que declarou a Constitucionalidade da contribuição do aposentado pelo RGPS que retorna à atividade:

A Turma iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se sustenta que a exigência de contribuição previdenciária de aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que retorna à atividade, prevista no art. 12, § 4º da Lei 8.212/91 e no art. 18, § 2º da Lei 8.213/91, viola o art. 201, § 4º da CF (“A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: ...§4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”). O Min. Sepúlveda Pertence, relator, acompanhado pelo Min. Eros Grau, negou provimento ao recurso por considerar que a aludida contribuição está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195), corolário do princípio da solidariedade; bem como no art. 201, § 11, da CF, que remete, à lei, os casos em que a contribuição repercute nos benefícios. Asseverou, ainda, tratar-se de teses cuja pertinência ao caso resulta, com as devidas modificações, da decisão declaratória da constitucionalidade da contribuição previdenciária dos inativos do serviço público (ADI 3105/DF e ADI 3128/DF, DJU 18.2.2005). Após, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Carlos Britto. RE 437640/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 22.6.2005. (RE-437640)

Fábio Zambite Ibrahim <sup>7</sup> leciona que este

7 IBRAHIM, op. cit. p. 65.

É o princípio securitário de maior importância, pois traduz o verdadeiro espírito da previdência social: a proteção coletiva, na qual as pequenas contribuições individuais geram recursos suficientes para a criação de um manto protetor sobre todo.

### 1.2.3 Princípio da universalidade da cobertura de atendimento

O princípio da Universalidade da cobertura de atendimento possui um aspecto objetivo que se relaciona ao atendimento de cobertura de todos os riscos sociais, e uma dimensão subjetiva que busca proteger todos os participantes do sistema securitário.

Este princípio visa tutelar todas as necessidades sociais relativas ao sistema securitário, dessa forma todos os participantes do sistema têm o direito público subjetivo de exigir do Estado a adoção de políticas públicas que minorem os riscos cobertos pelo sistema, tais como: a idade avançada, a impossibilidade de retornar ao trabalho, a morte, etc

Fábio Zambite Ibrahim define a universalidade de cobertura e atendimento “como inerente a um sistema de seguridade social, já que este visa ao atendimento de todas as demandas sociais na área securitária. Além disso, toda a sociedade deve ser protegida, sem nenhuma parcela excluída.”<sup>8</sup>

Esse autor lembra que os princípios não atuam isoladamente, mas sim com interação dos demais, sofrendo limitações em seu campo de atuação.

Dessa forma o princípio da Universalidade da cobertura de atendimento é limitado pela preexistência do custeio.

### 1.2.4 Uniformidade e equivalência de prestações entre as populações urbana e rural

O Princípio da Uniformidade e Equivalência das Prestações entre a População Urbana e Rural é uma conquista dos trabalhadores rurais que, até o advento da Constituição de 1988, não tinham seus direitos previdenciários devidamente assegurados.

Antes da Constituição Cidadã, essa parcela da população tinha uma proteção securitária assemelhada a um direito assistencial.

Este princípio tem sua previsão no artigo 194, parágrafo único, inciso II, da CF/88, que impõe a equivalência das prestações securitárias entre os trabalhadores urbanos e rurais, vedando a criação de benefícios diferenciados.

Este princípio é um desdobramento do princípio da igualdade, que veda o tratamento diferenciado entre aqueles que estejam em igualdade de situações.

Com base no Princípio da Igualdade somente são aceitas diferenciações entre trabalhadores Urbanos e Rurais desde que estejam baseadas na

<sup>8</sup> IBRAHIM, op. cit., p. 66.

isonomia material e que sejam razoáveis, não podendo converter - tais diferenciações - em odiosos privilégios em favor de uma determinada categoria em detrimento de outra.

### 1.2.5 Equidade na forma de participação no custeio

Este princípio tem por fundamento a capacidade contributiva dos participantes no sistema de custeio.

Dessa forma, a contribuição para o sistema securitário deve levar em conta a capacidade econômica daqueles que contribuem para o mesmo.

A materialização desse princípio ocorre no estabelecimento de diversas alíquotas cuja base é a faixa de ganho salarial dos trabalhadores. Com base nesse princípio é que, por exemplo, foram estabelecidas alíquotas e base de cálculo diferenciada para os trabalhadores: Empregado, Avulso e doméstico, cuja alíquota mínima é de 8% incidente sobre um salário mínimo até R\$ 1.106,90 e a alíquota máxima 11,00 %, incidente sobre os ganhos dos trabalhadores que estejam entre R\$ 1.844,84 até 3.689,66, valores atualizados até 16 de junho de 2010.<sup>9</sup>

Assim, este princípio impõe àqueles que têm maiores renda uma contribuição mais elevada do que aqueles com menor poder econômico.

É a busca do tratamento isonômico entre os contribuintes, que visa dar efetividade ao disposto no art. 150, inciso II, da Constituição Federal, o qual veda o tratamento desigual entre contribuintes que estejam em situação equivalente.

Outro aspecto relevante, é que esse princípio possibilita a adoção de alíquotas variadas de contribuição para empresas com base em fatores predeterminados em lei, tais como a rotatividade de mão de obra, o índice de acidentes, etc.

A própria Constituição prevê, em seu art. 195, parágrafo 9º, a possibilidade de adoção dessas alíquotas em razão da atividade econômica e da intensa utilização de mão de obra, do porte da empresa ou das condições estruturais do mercado de trabalho. Dando, portanto, concretude a este princípio.

Assim, com base nesse princípio é possível o estabelecimento de alíquotas diferenciadas entre os participantes do sistema securitário, desde que se levem em conta a capacidade contributiva dos mesmos e que tais desequilíbrios estejam baseados em critérios predeterminados e razoáveis.

### 1.2.6 Diversidade da base de financiamento

Previsto no parágrafo único, do art. 194, inciso VI, da CF 88 e tendo enumeradas distintas bases de incidência de contribuições para a seguridade social em seu art. 195, esse princípio remonta às ideias apresentadas por Beveridge, que tinha como base que o financiamento do

9 IBRAHIM, op. cit., p. 22.

sistema securitário deveria ocorrer pela criação de impostos cobrados de toda a sociedade, já que este modelo visava a universalidade de atendimento, objetivo buscado pelo Sistema Securitário criado pela Constituição Federal do Brasil, conforme as lições de Fábio Zambite Ibrahim.<sup>10</sup>

A Constituição Federal foi além e prevê uma base multifacetada para o financiamento da Seguridade Social, prevendo uma fonte tríplice de financiamento que se soma a outras contribuições, como a dos importadores.

As bases para o financiamento da Seguridade social, elencadas na Constituição Federal são:

Recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, incidente sobre:

Folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

Receita ou faturamento;

O lucro;

Do trabalhador e demais segurados da previdência social;

Receita de concurso de prognósticos;

Do importador de bens ou serviços do exterior, ou quem a lei a ele equiparar.

Sobre o resultado da comercialização da comercialização de produtos pelo produtor, parceiro, o meeiro e o arrendatário rural e o pescador artesanal.

A diversidade da base de financiamento tem por escopo garantir a manutenção do sistema securitário, evitando oscilações abruptas na fonte de recursos utilizadas para o custeio das políticas públicas que serão estabelecidas visando a coberturas dos riscos sociais.

## **2 FONTES DE CUSTEIO DA PREVIDENCIA SOCIAL DO PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA**

### **2.1 Considerações sobre a evolução histórica da contribuição para O FUNRURAL**

O primeiro diploma legal que buscou instituir um sistema de seguridade para o meio Rural foi a Lei 2.613/55. Este diploma legal instituiu uma entidade autárquica denominada “Serviço Social Rural” que tinha por

<sup>10</sup> IBRAHIM, op. cit., p. 51.



finalidade a prestação de serviços sociais no meio rural, visando a melhoria das condições de vida da sua população, tais como a melhoria da alimentação, vestuário, habitação, promover a aprendizagem e o aperfeiçoamento das técnicas de trabalho, fomentar, no meio rural, a economia das pequenas propriedades e as atividades domésticas, dentre outras.

O sistema de custeio, instituído para fazer frente às despesas que essas políticas públicas demandariam, foi composto de três contribuições.

Este diploma legal, originariamente, em seu artigo 6º, instituiu a contribuição no percentual de 3% incidente sobre a soma paga mensalmente aos seus empregados pelas pessoas naturais ou jurídicas que exercessem atividades, todas elencadas naquele artigo, tais como, indústria do açúcar, indústria de laticínios, indústria do mate, extração do sal, matadouros, etc.

Já no parágrafo 4º do mesmo artigo foi criado um adicional à contribuição devida por todos os empregadores aos institutos e caixas de aposentadoria e pensões de 0,3%, incidente sobre o total de salários pagos e destinados ao Serviço Social Rural.

Finalmente, em seu artigo 7º, previu que as empresas de atividades rurais que não estivessem enquadradas no art. 6º, contribuiriam para o Serviço Social Rural com 1% (um por cento) do montante e da remuneração mensal para os seus empregados.

Posteriormente, foi editada a Lei 4.863/65 que majorou as alíquotas previstas no art. 6º, § 4º, da lei 2613/55, em 0,4%.

Na década de 70, foi editada a Lei Complementar nº 11 que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL), cuja execução foi atribuída a uma Autarquia denominada FUNRURAL (Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural).

O Programa de Assistência ao Trabalhador Rural instituiu a Previdência do Trabalhador Rural e seus dependentes, prevendo os seguintes benefícios: aposentadoria por velhice; aposentadoria por invalidez; pensão; auxílio-funeral; serviço de saúde; serviço social.

Para efeitos dessa lei, era considerado trabalhador rural a pessoa física que prestasse serviços de natureza rural a empregador, mediante remuneração de qualquer espécie, bem como o produtor, proprietário ou não, para efeitos legais, que sem empregado, trabalhasse na atividade rural, individualmente ou em regime de economia familiar.

O financiamento do sistema securitário, instituído por essa lei complementar, foi previsto em seu artigo 15, por meio de uma contribuição de 2% (dois por cento) que era devida pelo produtor sobre o valor comercial dos produtos rurais, prevendo uma majoração de 2,6% (dois e seis décimos por cento) da contribuição das empresas de que trata o art. 3º do Decreto-lei 1.146, de 31 de dezembro de 1970, sendo que, desse valor, 2,4% seria destinado ao FUNRURAL.

Com advento da Constituição Federal de 1998, essa diversidade de sistema securitário perdeu o substrato jurídico, pois a nova Ordem Constitucional vedou o tratamento diferenciado entre as populações Urbana e Rural.

Dessa forma, qualquer diferenciação até então aceita, colidiria com o Princípio da Igualdade e com o disposto no art. 194, inciso II, CF 88, que estabeleceu a uniformidade e equivalência dos benefícios entre as populações Urbana e Rural.

Visando dar concretude a esses preceitos Constitucionais, foi editada a Lei nº 7.787/99, que igualou as contribuições entre os trabalhadores Urbanos e Rurais.

Após, foi editada a Lei 8.213/91, que extinguiu o regime de seguridade diferenciado entre trabalhadores Urbanos e Rurais até então existente.

Cumpre-nos esclarecer que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um regramento específico para a instituição de novas fontes de custeio para a Previdência Social que por sua relevância será analisada a seguir.

## **2.2 A Constituição de 1998 e a exigência de lei complementar para a instituição de novas fontes de Custeio da Previdência**

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 195, parágrafo 4º, que a lei poderá instituir outras fontes de Custeio destinadas à manutenção ou expansão da seguridade social, desde que obedecido o disposto no artigo 154, inciso I, da Constituição Federal.

Trata-se da chamada competência residual que foi outorgada à União e que autoriza a instituição de impostos além dos expressamente previstos no texto Constitucional, desde que instituídos por lei complementar, que sejam não cumulativos e que não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição.

Assim, os requisitos para o exercício da competência residual, na criação de impostos, são cumulativos, devendo-se inovar na base de cálculo e fato gerador, não podendo o novo tributo ser cumulativo e sua instituição deve se dar por meio de lei complementar.

A classificação dos tributos é a pedra de toque para a compreensão dos limites instituídos pela Constituição para o exercício da Competência residual em relação às Contribuições Sociais.

Geraldo Ataliba<sup>11</sup> ressalta a importância da classificação dos tributos nos seguintes termos:

E estes regimes erigem-se sobre princípios constitucionais imposteráveis pela administração e pelo legislador. Daí a absoluta necessidade de sua estrita observância. De outro lado, esses regimes próprios, específicos e exclusivos constituem um esquema balizador da tributação, que engendra direitos públicos subjetivos dos contribuintes,

11 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 124.

que não podem ser, pelo legislador e pelo administrador, ignorados, diminuídos, modificados, comprimidos ou deformados.

Aí está a magnitude da importância da classificação dos tributos, principalmente quando tão extensa e minuciosamente prestigiada pelo próprio texto constitucional, como ocorre no Brasil (ao contrário de outros sistemas, onde a escassez de regras constitucionais resulta de ampla liberdade legislativa).

O primeiro critério para classificar os tributos foi o legal. O próprio CTN em seu artigo 5º optou por uma classificação tripartida do conceito de tributo. Para esse diploma legal, os tributos seriam classificados em impostos, taxas e contribuição de melhoria.

Contudo, essa classificação não especifica qual é a natureza jurídica das Contribuições sociais, especificamente as destinadas ao custeio da seguridade social.

Buscando o enquadramento dessas exações ao critério legal, Luciano Amaro<sup>12</sup> lembra que já se afirmou que as Contribuições Sociais teriam natureza jurídica de taxa, quando pagas pelos trabalhadores, ou impostos, quando pagas pela empresa.

A insuficiência dessa solução é manifesta, pois as taxas, conforme dispõe o artigo 77 do Código Tributário Nacional, são vinculadas a uma atividade Estatal.

Isso não ocorre nas Contribuições Sociais, uma vez que as mesmas são vertidas em benefícios a toda a sociedade, inclusive àqueles que não tenham efetivado qualquer contribuição para o sistema de custeio no que tange às ações de saúde e assistência social.

Luciano Amaro leciona que “as contribuições poderiam não se legitimar como taxas: ou por não corresponderem ao exercício do poder de polícia nem à prestação de serviço público divisível, ou por terem a base de cálculo igual à dos impostos.”

Esse mesmo doutrinador apresenta uma classificação, que é a mais aceita, dividindo os tributos em quatro espécies, quais sejam: impostos, taxas, contribuições (de melhoria, sociais, econômicas, corporativas e de iluminação pública), empréstimos compulsórios.

A importância das contribuições sociais como espécie distinta dos impostos deve-se ao fato de se reconhecer quais requisitos devem ser preenchidos no exercício da competência residual. A jurisprudência discutiu se no exercício dessa competência era necessário o preenchimento de todos os requisitos elencados no art. 154, I, da CF/88 ou se somente bastaria a edição de lei complementar.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE-2584/RS estabeleceu que, para a instituição de novas contribuições sociais, deveria ser atendido apenas o requisito formal de serem, as novas exações, criadas através de lei complementar.

12 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 62.

EMENTA: Contribuição social. Constitucionalidade do artigo 1º, I, da Lei Complementar nº 84/96. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 228.321, deu, por maioria de votos, pela constitucionalidade da contribuição social, a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, incidente sobre a remuneração ou retribuição pagas ou creditadas aos segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas, objeto do artigo 1º, I, da Lei Complementar nº 84/96, por entender que não se aplica às contribuições sociais novas a segunda parte do inciso I do artigo 154 da Carta Magna, ou seja, que elas não devam ter fato gerador ou base de cálculos próprios dos impostos discriminados na Constituição. - Nessa decisão está ínsita a inexistência de violação, pela contribuição social em causa, da exigência da não-cumulatividade, porquanto essa exigência - e é este, aliás, o sentido constitucional da cumulatividade tributária - só pode dizer respeito à técnica de tributação que afasta a cumulatividade em impostos como o ICMS e o IPI - e cumulatividade que, evidentemente, não ocorre em contribuição dessa natureza cujo ciclo de incidência é monofásico -, uma vez que a não-cumulatividade no sentido de sobreposição de incidências tributárias já está prevista, em caráter exaustivo, na parte final do mesmo dispositivo da Carta Magna, que proíbe nova incidência sobre fato gerador ou base de cálculo próprios dos impostos discriminados nesta Constituição. - Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido.

Assim, a criação de nova fonte de custeio para previdência social, que não estivesse arribada em uma das hipóteses elencadas no texto Constitucional, somente seria legitimamente instituída se o fosse através de lei complementar, sendo vedada a sua criação por lei ordinária.

A fixação desses conceitos e sua amplitude são de suma importância para a compreensão da constitucionalidade da instituição da contribuição social do produtor rural pessoa jurídica, bem como a fixação dos exatos limites da declaração de inconstitucionalidade da lei 8.540 e da lei 9.528/97 que regiam a matéria até a edição da lei 10.256/01, que hoje trata do assunto. Agora passaremos a analisar os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade da contribuição do produtor rural pessoa física instituída pela legislação anterior a emenda constitucional nº 20.

### **2.3 A Inconstitucionalidade da Lei 8.540/92 e Da Lei 9.528/97**

Sob a égide da Constituição de 1988, buscando dar uniformidade ao sistema de custeio previdenciário, foram editadas as leis 8.540/92 e 9.528/97, que deram nova redação ao artigo 25 da lei 8.212/91.

Estes diplomas legais instituíram uma nova contribuição social que incidiria sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção do produtor rural pessoa física.

Essa legislação, porém, foi questionada judicialmente, sob o argumento que não haveria previsão Constitucional para a instituição da referida contribuição.

Os litigantes sustentavam que a Constituição Federal somente autorizou a criação de contribuições sociais incidentes sobre o produto da comercialização, no caso dos produtores rurais, que exerçam suas atividades no regime de economia familiar, conforme disposto no artigo 195, § 8º, da Constituição Federal de 1988.

Não havendo, pois, previsão Constitucional para a exação criada pela legislação infraconstitucional em comento, o que de fato ocorreu foi a instituição de nova fonte de custeio em desrespeito ao disposto no art. 195, § 4º, c/c 154, I, ambos da CF, ou seja, a criação de nova fonte em violação às regras da competência tributária residual.

Dessa forma, somente através de lei complementar é que o custeio a cargo do produtor rural pessoa física poderia ser legitimamente instituído.

A questão restou decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 363.852/MG. No caso concreto foi declarada a inconstitucionalidade da contribuição social do empregador pessoa física, prevista no artigo 25 da lei 8.212/91, com redação determinada pelas leis 8.540/92 e 9528/97, incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que houve a criação de uma nova fonte de custeio sem observância da edição de lei complementar, uma vez que a incidência da contribuição dos produtores rurais pessoa física sobre o proveniente da comercialização de sua produção configuraria nova base de cálculo sem previsão Constitucional.

O Supremo Tribunal também estabeleceu que o conceito de receita bruta não se confunde com o conceito de faturamento previsto no art. 195, I, da CF/88, com redação anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998.

O Ministro Marco Aurélio de Melo, relator do julgamento, consignou em Voto:

Assentou o Plenário que o § 2º do artigo 25 da Lei nº 8.870/94 fulminado ensejara fonte de custeio sem observância do § 4º do artigo 195 da Constituição Federal, ou seja, sem a vinda à balha de lei complementar. O enfoque serve, sob o ângulo da exigência desta última, no tocante à disposição do artigo 25 da Lei nº 8.212/91. É que, mediante lei ordinária, versou-se a incidência da contribuição

sobre a proveniente da comercialização pelo empregador rural, pessoa natural. Ora, como salientado no artigo de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, houvesse confusão, houvesse

sinonímia entre o faturamento e o resultado da comercialização da produção, não haveria razão para a norma do § 8º do artigo 195 da Constituição Federal relativa ao produtor que não conta com empregados e exerça atividades em regime de economia familiar. Já estava ele alcançado pela previsão imediatamente anterior – do inciso I do artigo 195 da Constituição. Também sob esse prisma, procede a irrisignação, entendendo-se que comercialização da produção é algo diverso do faturamento e este não se confunde com receita, tanto assim que a Emenda Constitucional nº 20/98 inseriu, ao lado do vocábulo “faturamento”, no inciso I do artigo 195, o vocábulo “receita”. Então, não há como deixar de assentar que a nova fonte deveria estar estabelecida em lei complementar.

É de se ressaltar que o acórdão declarou a inconstitucionalidade até que fosse editada outra lei, com base na emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998. Nos seguintes termos:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por subrogação sobre a “receita bruta proveniente da comercialização da produção rural” de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência. Em seguida, o Relator apresentou petição da União no sentido de modular os efeitos da decisão, que foi rejeitada por maioria, vencida a Senhora Ministra Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, com voto proferido na assentada anterior. Plenário, 03.02.2010.

Tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade da fonte de custeio criada pelas leis 8.540/92 e 9528/97 em sede de controle difuso de Constitucionalidade, bem como a superveniência da Emenda Constitucional nº 20/98, é necessária a análise dos efeitos dessa decisão sobre a mudança legislativa que sobreveio a esta, efetivada pela lei 10.256/2001, que novamente modificou o 25 da lei 8.212/91, recriando a fonte de custeio que foi anteriormente declarada inconstitucional. Para tanto estabeleceremos, no tópico a seguir, os limites objetivos e subjetivos da decisão que, em sede de controle concentrado, declara a inconstitucionalidade de uma norma.

## 2.4 Efeitos Do Controle Difuso de Constitucionalidade

Com a declaração de inconstitucionalidade da lei 8.540/92, em sede de controle difuso de constitucionalidade, faz-se necessária uma breve análise sobre os efeitos dessa decisão e seus reflexos sobre a contribuição social do empregador rural pessoal física, bem como sua eficácia em relação a terceiros.

Primeiramente, devemos esclarecer que a ideia de controle de Constitucionalidade emana da rigidez constitucional. Constituição rígida é aquela que possui um sistema mais solene para que ocorram mudanças em seu texto.

A Constituição Federal do Brasil é uma Constituição rígida, tendo em vista as regras procedimentais estabelecidas em seu art. 60, para que possa ocorrer uma mudança em seu texto.

O controle de constitucionalidade também deriva do princípio da supremacia da constituição, que coloca a constituição como a pedra de toque do sistema jurídico, devendo, com ela, serem compatíveis todas as normas infraconstitucionais, sob pena de inconstitucionalidade.

É a chamada compatibilidade vertical das normas jurídicas, onde as normas inferiores somente serão válidas se forem compatíveis com as normas de grau superior.

Estando a norma inferior em choque com a norma superior, os efeitos da declaração de Constitucionalidade variam sobremaneira, dependendo da teoria que se utiliza para definir a natureza jurídica dessa declaração.

Existem duas grandes teorias que buscam explicar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A teoria da nulidade, presente no sistema americano e a teoria da anulabilidade, presente no sistema austríaco.

No sistema austríaco a declaração de inconstitucionalidade da norma gera a anulabilidade da norma inconstitucional. Neste sistema, a norma inconstitucional é válida até a decisão que declarou sua inconstitucionalidade.

Para aqueles que aceitam a teoria da anulabilidade, a declaração de inconstitucionalidade tem natureza jurídica constitutiva e produz efeitos *ex nunc*, ou seja, a norma declarada inconstitucional produz validamente efeitos até a sua declaração de constitucionalidade, é o que doutrina Pedro Lenza<sup>13</sup>.

Já no sistema americano, a lei inconstitucional é considerada nula, e, conseqüentemente, ineficaz desde sua origem. A declaração de constitucionalidade tem natureza jurídica declaratória e seus efeitos são *ex tunc*. Neste sistema a norma é inválida desde a origem, não produzindo efeitos jurídicos válidos.

Os dois sistemas buscam atenuar seus postulados, não sendo aplicados atualmente em sua pureza. Os efeitos das teorias da anulabilidade e da nulidade sofreram temperamentos para evitar decisões que ofendam os postulados da

13 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 241.

segurança jurídica, boa-fé e coisa julgada. É nesse sentido que surge, por exemplo, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

O Brasil adotou o sistema americano, optando, dessa forma, pela teoria da nulidade da norma inconstitucional. Carlos Roberto Siqueira Castro lembra-nos que<sup>14</sup>:

Entre nós brasileiros, a tradição amplamente majoritária na perspectiva tanto da doutrina quanto da jurisprudência, tem sido a de honrar o modelo de controle de constitucionalidade das leis cunhado pelo Constituinte de 1891, a sua vez haurido no assim chamado controle jurisdicional difuso, de que foi protótipo inspirador a judicial review norte-americana. Este paradigma, como se sabe, ao tempo da promulgação de nossa primeira Constituição republicana, ainda encampava a teorização ortodoxa que avistava nulidade absoluta e ineficácia plena na lei incondizente com a Constituição. Fazia-o na trilha do raciocínio articulado pelo Chief Justice Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, no ano de 1803, [...]. Para essa festejada visão, que até hoje é determinante para o direito público brasileiro, a lei inconstitucional configura genuína *contradictio in terminis*, na medida em que falta-lhe o fundamento de validade corporificado no estatuto que ocupa a presidência do sistema jurídico, este informado, desse modo, pelo princípio da hierarquia e rigidez.

A teoria da nulidade da norma inconstitucional mostra-se mais adequada para explicar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Isto porque a Constituição tem, no ordenamento jurídico, uma posição de supremacia. Assim, admitir que uma norma inconstitucional possa produzir efeitos é o mesmo que negar vigência à Constituição naquele período.

Luís Roberto Barroso leciona neste sentido<sup>15</sup>:

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.

Ocorre, porém, que a teoria da nulidade acarreta insegurança jurídica, tornando a defesa de sua aplicação uma tarefa árdua.

14 CASTRO, Carlos Roberto. Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis nos 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O Controle de Constitucionalidade e a Lei n.º 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 58.

15 BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.



Isto porque é inegável que diversas relações jurídicas são entabuladas com base na lei que foi declarada inconstitucional. A aplicação pura da teoria da nulidade tornaria o sistema jurídico precário e a ausência de um mínimo de segurança teria impactos na ordem econômica, social e políticas imensuráveis. Diante desse fato, foi inevitável adotar uma atenuação da regra geral da nulidade.

Com esse desiderato, foi editada a Lei nº. 9.868/99, que rege o processamento e julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade, que em seu artigo 27, previu expressamente a possibilidade da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A técnica da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem sua aplicação condicionada ao preenchimento de requisitos, quais sejam, a existência de razões de segurança jurídica, em que na análise do caso concreto demonstre que a aplicação retroativa da declaração de inconstitucionalidade possa causar instabilidade das relações jurídicas regidas pela lei inconstitucional, ou que o interesse social seja de tal monta que justifique a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma.

A respeito do tema, Gilmar Ferreira Mendes destaca que<sup>16</sup>:

Tal como observado, o princípio da nulidade continua a ser a regra no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio. O princípio da nulidade somente há de ser afastado se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um quorum especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Portanto, no direito brasileiro adota-se a teoria da nulidade, sendo que o ato normativo declarado inconstitucional, no controle concentrado

16 MENDES, Gilmar Ferreria, et. al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2011. p. 1204.

ou difuso, é nulo ab initio, retroagindo os efeitos da decisão à data da sua entrada em vigor do diploma declarado inconstitucional, podendo-se ter seus efeitos modulados no caso concreto.

Fixada a retroação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade e a possibilidade de modular seus efeitos, passaremos a analisar o requisito procedimental, a denominada “Reserva de Plenário”, para que possa haver a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.

O controle difuso, também chamado de controle repressivo, é realizado por qualquer juiz ou tribunal que, no caso concreto, declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Quando a declaração de inconstitucionalidade é declarada por tribunal, a Constituição exige o voto da maioria absoluta de seus membros ou do Órgão especial do tribunal, é a chamada cláusula de Reserva de Plenário.

O artigo 97 da Constituição tem a seguinte redação:

Art.97 Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Essa regra não se aplica nos casos em que já houver manifestação do Pleno do Tribunal ou do Órgão Especial ou do STF sobre a inconstitucionalidade de uma lei.

Esta regra está prevista no artigo 481 do CPC:

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

A reserva de plenário mostra-se como condição de eficácia da declaração de inconstitucionalidade e sobre o tema o Supremo Tribunal editou a súmula vinculante nº10: “Viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare inconstitucional uma lei, afaste a sua incidência”.

A cláusula de Reserva de Plenário não se aplica ao juiz monocrático, uma vez que a exigência Constitucional é dirigida aos tribunais, nem tampouco às turmas recursais dos juizados especiais, uma vez que essas turmas não podem ser confundidas com tribunais.

O Supremo Tribunal Federal também definiu, quando do julgamento do RE 361.829, que a reserva de plenário não se aplica a ele mesmo, uma vez que o controle difuso de constitucionalidade é inerente à missão institucional do próprio tribunal.

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. LEI COMPLEMENTAR 56/87. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. CARÁTER TAXATIVO. SERVIÇOS EXECUTADOS POR INSTITUIÇÕES AUTORIZADAS A FUNCIONAR PELO BANCO CENTRAL. EXCLUSÃO. HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPRIMENTO DE OMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE EFEITO MODIFICATIVO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA IMPUGNAÇÃO. NÃO-VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ENCAMINHAMENTO AO PLENÁRIO. COMPETÊNCIA DA TURMA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO STF. VIOLAÇÃO À RESERVA DE PLENÁRIO.

AUSÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a lista de serviços anexa à Lei Complementar 56/87 é taxativa, consolidando sua jurisprudência no sentido de excluir da tributação do ISS determinados serviços praticados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, não se tratando, no caso, de isenção heterônoma do tributo municipal. 2. Não há falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez inexistente o caráter infringente de anterior acórdão embargado, mas, apenas, o aspecto supletivo processualmente previsto. 3. O encaminhamento de recurso extraordinário ao Plenário do STF é procedimento que depende da apreciação, pela Turma, da existência das hipóteses regimentais previstas e não, simplesmente, de requerimento da parte. 4. O STF exerce, por excelência, o controle difuso de constitucionalidade quando do julgamento do recurso extraordinário, tendo os seus colegiados fracionários competência regimental para fazê-lo sem ofensa ao art. 97 da Constituição Federal. 5. Embargos de declaração rejeitados.”

Fixado o rito procedimental para a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, impõe-se a verificação dos efeitos dessa decisão para as partes e para terceiros.

A regra geral é que os efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade seja “inter partes” e “ex tunc”.

O efeito limitado às partes do processo deve-se aos limites subjetivos da coisa julgada que não afeta terceiros que não participaram do processo.

J.E. Carreira Alvim, assim definiu os limites subjetivos da coisa julgada<sup>17</sup>:

Quando se trata de delimitar os limites subjetivos da coisa julgada, cuida-se de estabelecer em relação a que pessoas a sentença passa em julgado.

17 ALVIM, J.E. Carreira. *Teoria Geral Do Processo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 345.

Esse tema é dos mais controvertidos, em doutrina e, até o momento não se chegou a resultados satisfatórios.

A sentença passa em julgado em relação às partes na causa (*res iudicata facit ius inter partes*), não em relação a terceiros, estranhos à demanda (*res inter alios iudicata tertio non nocet*).

Em que pese os efeitos da coisa julgada ser limitado aos litigantes, a Constituição possui um regramento próprio que prevê a possibilidade da extensão a terceiros dos efeitos da decisão que, em controle difuso, declara a inconstitucionalidade da lei.

O artigo 52, inciso X, da CF/88, atribui ao Senado Federal a competência privativa para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF.

A possibilidade de suspensão de leis abrange todas as esferas federativas, podendo o Senado Federal suspender leis federais, estaduais e municipais. Os efeitos dessa decisão são “*ex nunc*” (não retroage) e “*erga omnes*” (para todos).

Não podemos deixar de mencionar a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença que busca abstrativar o controle difuso de constitucionalidade, fazendo com que uma decisão que declara a inconstitucionalidade em um caso concreto tenha força vinculante transcendente para casos análogos, cujo fundamento jurídico seja o mesmo daquele já declarado inconstitucional. É o que defende Gilmar Ferreira Mendes<sup>18</sup>:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuiriam, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que lhe haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado Federal assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica.

18 MENDES, Gilmar Ferreria, et. al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1029.

Contudo, a matéria não está definida no STF. Pedro Lenza<sup>19</sup> (2012) lembra que somente com uma reforma Constitucional é que se poderia adotar essa teoria, uma vez que ela nega vigência ao art. 52, inciso X, da CF/88.

[...] por todo exposto, embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), afigura-se faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação.

O legislador previu a possibilidade da objetivação do controle concentrado através do mecanismo da repercussão geral, um processo que antes era marcadamente subjetivo e ganha contornos de defesa do direito material.

Dessa forma, submetido um Recurso extraordinário ao rito da repercussão geral, a decisão tomada neste processo vinculará o judiciário na resolução de casos análogos. O rito a ser seguido está assim disciplinado no Código de Processo Civil:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

19 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 281.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

Finalmente a última consideração a se feita é que declarada a inconstitucionalidade da lei haverá a reprivatização da legislação por ela revogada.

Essa é uma Consequência lógica da adoção da teoria da nulidade das normas inconstitucionais. Tendo a declaração de inconstitucionalidade, em regra, eficácia “ex tunc”, a norma declarada inconstitucional não terá validamente produzido efeitos e a consequência de sua retirada do mundo jurídico é a restauração da vigência da legislação que por ela foi revogada.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso<sup>20</sup>:

A premissa da não-admissão de efeitos válidos decorrentes do ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da reprivatização da norma revogada. É que, a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida

20 BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 93-93.

por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem. Não há teoria que possa resistir a essa contradição.

Fixados o rito a ser seguido para a declaração de inconstitucionalidade e os limites objetivos e subjetivos dessa declaração, agora analisaremos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade efetivada no RE 363.852/MG e seus efeitos jurídicos em relação à contribuição social do empregador rural pessoal física instituída pela 10.256/01. Antes, contudo, são necessárias algumas considerações sobre esse recurso e seus efeitos jurídicos.

#### 2.4.1 feitos Do Julgamento do RE 363.852/MG

O primeiro efeito jurídico a ser destacado pela declaração de inconstitucionalidade, firmada no julgamento do RE 363.852/MG, que julgou inconstitucional a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pelas leis 8.540/92 e 9528/97, é que os efeitos dessa declaração foram retroativos até a edição dessas leis.

Isso porque até o presente momento não houve a modulação dos efeitos dessa decisão, pendendo ainda o julgamento de embargos de declaração da Fazenda Nacional que visam justamente essa modulação.

Dessa forma, não havendo manifestação expressa do STF no sentido de modular os efeitos de sua decisão, impõe-se a retroação da decisão até a edição das leis declaradas inconstitucionais.

Um ponto importante a ser ressaltado é que o julgamento do RE 363.852/MG não se deu sob o rito da repercussão geral. Dessa forma, seu julgamento não terá nenhum efeito sobre o julgamento de outros recursos, que não terão seu curso sobrestado, não influenciando, assim, no julgamento de outras demandas.

Desta feita, o efeito dessa declaração de inconstitucionalidade somente aproveitará às partes litigantes no processo, não aproveitando a qualquer terceiro.

O aspecto temporal é outro fator que teve uma forte influência nos limites desse julgado, devendo ser analisado para fixação dos limites objetivos da declaração de inconstitucionalidade.

O referido recurso extraordinário foi distribuído em 27/08/1998, através dele houve a arguição de inconstitucionalidade da legislação então vigente.

Assim, a referida declaração de inconstitucionalidade não abrangeu a lei 10.256/01 que, sob a égide da emenda constitucional nº 20, recriou a contribuição social do produtor rural pessoa física. Sendo seus efeitos limitados temporalmente às leis 8.540/92 e 9528/97.

Finalmente, a declaração de inconstitucionalidade levou à repristinação da legislação anterior, sendo que, aqueles que obtiveram êxito judicial em ver declarada a inconstitucionalidade das Leis 8.540/92 e 9528/97, serão regidos pela Lei Complementar nº 11 de 1971.

Esclarecido que a declaração de inconstitucionalidade efetivada pelo RE 363.852/MG está limitada às partes e temporalmente até a edição de nova legislação que trate do assunto, buscaremos demonstrar a constitucionalidade da lei 10.256/01, que sobre a égide da emenda constitucional nº 20, instituiu a contribuição social do produtor rural pessoa física.

## 2.5 Emenda Constitucional nº 20 e a Lei 10.256/2001

O principal fundamento para a declaração da inconstitucionalidade das leis 8.540/92 e 9528/97 foi a ausência de suporte constitucional autorizativo para a instituição dessa contribuição.

A Suprema Corte declarou que os conceitos de receita bruta e faturamento não se confundem e quando da edição das leis 8.540/92 e 9528/97, o texto constitucional somente autorizava a instituição de contribuições sociais incidentes o faturamento e o lucro, silenciando quanto ao vocábulo receita.

Dessa forma, instituindo uma nova contribuição social incidente sobre a receita bruta dos trabalhadores rurais pessoa física, foi criada uma nova fonte de custeio não prevista na Constituição Federal afeta à competência residual, que deveria ser exercida através de lei complementar, conforme disposto no artigo art. 154, I, da CF/88.

Visando superar esse vício de inconstitucionalidade foi editada emenda constitucional nº 20/98, que deu nova redação ao artigo 195, CF/88, fazendo constar expressamente a possibilidade de criação de uma contribuição social incidente sobre a receita bruta do produtor rural. O artigo 195, CF/88, ficou com a seguinte redação:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

II - dos trabalhadores;

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)



No julgamento do RE 363.852/MG, ficou consignado expressamente que era declarada a inconstitucionalidade da contribuição social dos produtores rurais pessoas físicas até que nova legislação, arrimada na emenda constitucional nº 20/98, instituísse a referida contribuição.

desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por subrogação sobre a “receita bruta proveniente da comercialização da produção rural” de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência.

O mesmo entendimento ficou consignado no julgamento do RE 585.684, no qual foi declarado que a inconstitucionalidade dessa exação limitou-se à legislação anterior a emenda constitucional nº 20/98. A decisão teve a seguinte ementa:

Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a da Constituição) interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que considerou constitucional a Contribuição Social destinada ao Custeio da Seguridade Social cobrada com base na produção rural e devida por empregadores que fossem pessoas físicas (art. 25 da Lei 8.212/1991, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 8.540/1992 - “Funrural”).

Em síntese, sustenta-se violação dos arts. 150, I e II, 154, I, 195, I e 198, § 8º da Constituição.

No julgamento do RE 363.852 (rel. min. Marco Aurélio, DJe de 23.04.2010), o Pleno desta Corte considerou inconstitucional o tributo cobrado nos termos dos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com as redações decorrentes das Leis nº 8.540/92 e nº 9.528/97. Assim, o acórdão recorrido divergiu dessa orientação. Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe parcial provimento, para proibir a cobrança da contribuição devida pelo produtor rural empregador pessoa física, cobrada com base na Lei 8.212/1991 e as que se seguiram até a Lei 10.256/2001. O pedido subsidiário para condenação à restituição do indébito tributário, com as especificidades pretendidas (compensação, correção monetária, juros etc) não pode ser conhecido neste momento processual, por falta de prequestionamento (pedido prejudicado devido à rejeição do pedido principal).

Devolvam-se os autos ao Tribunal de origem, para que possa examinar o pedido subsidiário relativo à restituição do indébito tributário, bem como

eventual redistribuição dos ônus de sucumbência. Publique-se. Int.. Brasília, 10 de fevereiro de 2011.

Ministro JOAQUIM BARBOSA

Dessa forma, a edição da lei 10.256/01, já sob a vigência da emenda constitucional nº 20, criou legitimamente a contribuição social do produtor rural pessoal física, devendo, portanto ser afastado qualquer arguição de vício de inconstitucionalidade.

Sucedo, porém, que esse diploma legal somente modificou o caput do artigo 25, da lei 8.212/91, fazendo referências aos seus incisos, onde consta as alíquotas de contribuição instituídas pelas Leis 9.528/97 e 8.540/92, que foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 25, da lei 8.212/91, ficou com a seguinte redação:

Art. 25. A contribuição do empregador rural pessoa física, em substituição à contribuição de que tratam os incisos I e II do art. 22, e a do segurado especial, referidos, respectivamente, na alínea a do inciso V e no inciso VII do art. 12 desta Lei, destinada à Seguridade Social, é de: (Redação dada pela Lei nº 10.256, de 2001)

- 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

- 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

§ 1º O segurado especial de que trata este artigo, além da contribuição obrigatória referida no caput, poderá contribuir, facultativamente, na forma do art. 21 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.540, de 22.12.92).

§ 2º A pessoa física de que trata a alínea “a” do inciso V do art. 12 contribui, também, obrigatoriamente, na forma do art. 21 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.540, de 22.12.92).

§ 3º Integram a produção, para os efeitos deste artigo, os produtos de origem animal ou vegetal, em estado natural ou submetidos a processos de beneficiamento ou industrialização rudimentar, assim compreendidos, entre outros, os processos de lavagem, limpeza, descaroçamento, pilagem, descascamento, lenhamento, pasteurização, resfriamento, secagem, fermentação, embalagem, cristalização, fundição, carvoejamento, cozimento, destilação, moagem, torrefação, bem como os subprodutos e os resíduos obtidos através desses processos. (Incluído pela Lei nº 8.540, de 22.12.92)

A questão que se impõe é: não tendo a lei reescrito os incisos do art. 25 da lei 8.212/91, teria permanecido a inconstitucionalidade apontada anteriormente pelo STF? Para deslinde dessa questão, não podemos olvidar que a declaração de inconstitucionalidade pelo RE 363.852/MG foi efetivada em sede de controle

difuso, sem a aplicação do mecanismo da repercussão geral, tendo, portando, seus efeitos limitados às partes litigantes naquele feito. Tampouco houve a manifestação do Senado Federal suspendendo os diplomas legais que foram objeto de controle de legalidade.

Assim, esses diplomas legais estavam em plena vigência quando da edição da lei 10.256/01. Não podemos deixar passar ao largo que esses incisos aplicam-se também ao segurado especial e não foram afetados pela declaração de inconstitucionalidade do RE 363.852, que não abarcou essa classe de segurados.

Dessa forma, estaríamos diante de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, estando em plena vigência os diplomas legais declarados inconstitucionais.

Isto porque, ao declarar a inconstitucionalidade da exação, que instituiu a contribuição social do produtor rural pessoa física, o Supremo Tribunal Federal excluiu sua aplicação àquela hipótese que a ele foi submetida, não alterando, por consequência, o seu programa normativo, permanecendo seu texto em vigor.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>21</sup>, ao comentar a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade sem redução de texto de uma lei que majorou um determinado tributo sem a observância do princípio da anterioridade, assentou que “como se vê, essas decisões não levam, necessariamente à cassação da lei, uma vez que ela poderá ser aplicada, sem nenhuma mácula, já no próximo exercício financeiro.”

Portanto, a modificação feita no caput do art. 25 pela lei 10.256/01, com a remissão aos incisos que continha as alíquotas a serem aplicadas ao sistema de custeio do produtor rural especial, teria levado à homologação de tais alíquotas, com a encampação desses incisos que passaram a fazer parte da lei nova, sanando definitivamente o vício de constitucionalidade existente outrora.

### **3 INEXISTENCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E A INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM**

Em que pese termos demonstrado a superação da inconstitucionalidade originária da contribuição social do produtor rural pessoa física, pela edição da lei 10.256/01, esse diploma legal repetiu o mesmo teor da legislação antiga que foi declarado inconstitucional.

Ocorre que o relator do RE 363.852 apontou, além da necessidade de lei complementar, outros dois vícios, que maculariam a instituição da contribuição social do produtor rural pessoa física incidente sobre a comercialização de sua produção.

O primeiro foi a ocorrência de “bis in idem”, ou seja, um mesmo fato gerador sendo tributado mais de uma vez pelo mesmo ente federativo, não havendo previsão Constituição que vede a sua ocorrência.

21 MENDES, Gilmar Ferreria, et. al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1186.

Cumpre-nos esclarecer que as competências tributárias estão expressamente previstas no texto Constitucional para as três esferas federativas.

Dessa forma, a instituição de um novo tributo incidente sobre um mesmo fato gerador de outra exação, por ente federativo detentor da competência para sua criação, deve ser compreendida como majoração da exação anteriormente criada, ainda que sobre outra denominação. Isto porque a natureza jurídica do tributo é determinada pelo seu fato gerador, conforme dispõe o art. 4º do Código Tributário Nacional.

Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Assim, não havendo ofensa a outros princípios que regem a tributação, como por exemplo, ofensa à capacidade contributiva, não há que se falar em inconstitucionalidade pela simples majoração de tributo pelo ente competente para sua instituição, ou seja, o “bis in idem”, por si só, não gera nulidade da exação criada. A jurisprudência é nesse sentido:

CONSTITUCIONAL.TRIBUTÁRIO.COFINS-IMPORTAÇÃO. PIS-IMPORTAÇÃO. LEI Nº 10.865/2004. CONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. LEI ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. BASE DE CÁLCULO. FIXAÇÃO DE CONCEITO DE “VALOR ADUANEIRO”. ADMISSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. 1. A decisão proferida pelo STF na ADC nº 18, determinou a suspensão de todas as ações em trâmite cujo objeto envolva a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98 (inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP). Precedente: STF, ADC 18 MC/DF, MIN. MENEZES DIREITO, TRIBUNAL PLENO, DJE-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008. Prazo e prorrogações esgotados. 2. Na sessão de 11/04/2012, da Quarta Seção deste Tribunal, a Questão de Ordem suscitada nos Embargos Infringentes 0016794-43.2005.4.01.3400-DF, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, consistente na manutenção da suspensão dos julgamentos, restou rechaçada, por maioria. Foram liberados, portanto, os órgãos fracionários para o julgamento meritório das controvérsias que giram em torno do assunto, em razão da cessação dos efeitos da ordem de sobrestamento determinada anteriormente pela Corte Suprema. 3. A identidade dos fatos geradores das contribuições PIS/PASEP-Importação e COFINS-Importação não caracteriza bis in idem, devendo prevalecer aqui a orientação já esposada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal em relação ao PIS e COFINS sobre faturamento. 4. O PIS- importação e a COFINS-importação foram instituídos pela Medida

Provisória 164/2004, posteriormente convertida na Lei 10.865/04, a qual foi editada em 29/01/2004, fixando a produção de seus efeitos a partir de 1º de maio do mesmo ano, em respeito ao prazo de 90 dias exigido para a instituição das contribuições à seguridade social (art. 195, parágrafo 6º, da CF/88), sendo respeitado o princípio da anterioridade. 5. É possível a instituição de contribuições sociais através de Medida Provisória, sendo desnecessária a edição de lei complementar para tal finalidade, tendo em vista que os tributos aqui tratados têm previsão no próprio Texto Constitucional. 6. O legislador ordinário, ao regular a matéria atinente às contribuições sociais previstas no art. 195, IV, c/c art. 149, parágrafo 2º, II e III, da CF/88, nada mais fez que, no âmbito de sua competência e para efeitos restritos àquela lei, fixar o conceito que se pretendeu dar à expressão “valor aduaneiro” para a incidência dos tributos ali instituídos, no caso, o COFINS e o PIS sobre a importação de produtos estrangeiros. 7. O alcance dado à citada expressão não exacerbou a previsão constitucional, porquanto ali não houve a conceituação de “valor aduaneiro”, ficando a encargo da lei explicitar a sua extensão, definindo, desta forma, a base de cálculo das ditas contribuições sociais. 8. Assim, a Lei nº 10.865/2004 não ampliou a expressão “valor aduaneiro” derivado do art. VII do GATT 1994; sendo adequado constitucionalmente a inclusão, na base de cálculo das contribuições questionadas, dos valores referentes ao ICMS- Importação e das próprias contribuições. 9. Apelação da impetrante não provida. Apelação da União e remessa oficial providas, para denegar a segurança. (AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200438000451580).

O Ministro Marco Aurélio de Mello aponta a ocorrência de “*bis in idem*” na seguinte passagem de seu voto no RE 363.852:

A regra, dada a previsão da alínea “b” do inciso I do referido artigo 195, é a incidência da contribuição social sobre o faturamento, para financiar a seguridade social instituída pela lei complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1999, a obrigar não só as pessoas jurídicas, como também aquelas a ela equiparadas pela legislação do imposto sobre a renda – artigo 1º da citada lei complementar. Já aqui surge duplicidade contrária à carta da República, no que, conforme o artigo 25, incisos I e II, da lei 8.212, de 24 de julho de 1991, o produtor rural passou a estar compelido a duplo recolhimento, com a mesma destinação, ou seja, o financiamento da seguridade social – recolhe, a partir do disposto no artigo 195, inciso I, alínea “b”, a COFINS e a contribuição prevista no referido artigo 25. Vale frisar que, no artigo 195, tem-se contemplada situação única em que o produtor rural contribui para a seguridade social mediante a aplicação de alíquota sobre o resultado de sua comercialização da produção, ante o disposto no § 8º do citado artigo 195 – a revelar que, em se tratando de produtor, parceiro, meeiro e arrendatários rurais e pescador artesanal bem como dos respectivos cônjuges que exerçam

atividades em regime de economia familiar; sem empregados permanentes, dá-se a contribuição para seguridade social por meio de aplicação de alíquota sobre o resultado da comercialização da produção. A razão do preceito é única: não se ter, quanto aos nele referidos, a base para a contribuição estabelecida na alínea “a” do inciso I do artigo 195 da Carta, isto é, a folha de salários. Daí a cláusula contida no § 8º em análise “...sem empregados permanentes...”.

Forçoso é concluir que, no caso de produtor rural, embora pessoa natural, que tenha empregados, incide a previsão relativa ao recolhimento sobre o valor da folha de salários. É de ressaltar que a Lei nº 8.212/91 define empresa como a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos, ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional – inciso I do artigo 15. Então, o produtor rural, pessoa natural, fica compelido a satisfazer, de um lado, a contribuição sobre a folha de salários e, de outro, a COFINS, não havendo lugar para ter-se novo ônus, relativamente ao financiamento da seguridade social, isso a partir de valor alusivo à venda de bovinos. Cumpre ter presente, até mesmo, a regra do inciso II do artigo 150 da constituição Federal, no que veda instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. De acordo com o artigo 195, § 8º, do Diploma Maior, se o produtor não possui empregados, fica compelido, inexistente a base de incidência da contribuição – a folha de salários – a recolher percentual sobre o resultado da comercialização da produção. Se, ao contrário, conta com empregados, estará obrigado não só ao recolhimento sobre a folha de salários, como também, levando em conta o faturamento, da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e da prevista – tomada a mesma base de incidência, o valor comercializado – no artigo 25 da Lei nº 8.212/91. Assim, Na fosse suficiente a duplicidade, considerado o faturamento, tem-se, ainda, a quebra da isonomia.

O “*bis in idem*” apontado pelo relator, referente à exação prevista no art. 195, I, “b”, da CF, não ocorre de fato, isto porque a contribuição sobre a folha de salários foi substituída pela contribuição sobre o resultado da comercialização, conforme redação do art. 25 da Lei nº 8.212/91.

Outro fato que afasta a existência de “*bis in idem*” é que o produtor rural pessoa física não é contribuinte da COFINS, nos termos do art. 1º, LC 70/91 e do art. 150, Decreto nº 3.000/99, cuja redação é a seguinte:

Art. 1º Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela

legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.”

Art. 150. As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Decreto-Lei nº 1.706, de 23 de outubro de 1979, art. 2º).

§ 1º São empresas individuais:

- as firmas individuais (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea “a”);
- as pessoas físicas que, em nome individual, explorem, habitual e profissionalmente, qualquer atividade econômica de natureza civil ou comercial, com o fim especulativo de lucro, mediante venda a terceiros de bens ou serviços (Lei nº 4.506, de 1964, art. 41, § 1º, alínea “b”);
- as pessoas físicas que promoverem a incorporação de prédios em condomínio ou loteamento de terrenos, nos termos da Seção II deste Capítulo (Decreto-Lei nº 1.381, de 23 de dezembro de 1974, arts. 1º e 3º, inciso III, e Decreto-Lei nº 1.510, de 27 de dezembro de 1976, art. 10, inciso I).

§ 2º O disposto no inciso II do parágrafo anterior não se aplica às pessoas físicas que, individualmente, exerçam as profissões ou explorem as atividades de:

- médico, engenheiro, advogado, dentista, veterinário, professor, economista, contador, jornalista, pintor, escritor, escultor e de outras que lhes possam ser assemelhadas (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea “a”, e Lei nº 4.480, de 14 de novembro de 1964, art. 3º);
- profissões, ocupações e prestação de serviços não comerciais (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea “b”);
- agentes, representantes e outras pessoas sem vínculo empregatício que, tomando parte em atos de comércio, não os pratiquem, todavia, por conta própria (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea “c”);
- serventuários da justiça, como tabeliães, notários, oficiais públicos e outros (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea “d”);
- corretores, leiloeiros e despachantes, seus prepostos e adjuntos (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea “e”);
- exploração individual de contratos de empreitada unicamente de labor, qualquer que seja a natureza, quer se trate de trabalhos arquitetônicos, topográficos, terraplenagem, construções de alvenaria e outras congêneres, quer de serviços de utilidade pública, tanto de estudos como de construções (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea “f”);
- exploração de obras artísticas, didáticas, científicas, urbanísticas, projetos técnicos de construção, instalações ou equipamentos, salvo quando não

explorados diretamente pelo autor ou criador do bem ou da obra (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 6º, alínea “g”).

Da leitura dos dispositivos transcritos verifica-se que não há enquadramento do produtor rural pessoa física em nenhum dos incisos, o que demonstra a não ocorrência do “*bis in idem*”.

Já a pretensa ofensa ao princípio da igualdade, é apontada na seguinte passagem do Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do RE 363.852:

De acordo com o artigo 195, § 8º, do Diploma Maior, se o produtor não possui empregados, fica compelido, inexistente a base de incidência da contribuição – a folha de salários – a recolher percentual sobre o resultado da comercialização da produção. Se, ao contrário, conta com empregados, estará obrigado não só ao recolhimento sobre a folha de salários, como também, levando em conta o faturamento, da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social – COFINS e da prevista – tomada a mesma base de incidência, o valor comercializado – no artigo 25 da Lei nº 8.212/91. Assim, Na fosse suficiente a duplicidade, considerado o faturamento, tem-se, ainda, a quebra da isonomia.

Imperioso observar que o princípio da igualdade não impõe um tratamento linear entre os cidadãos, mas permite que se estabeleçam diferenciações entre aqueles que encontrem em situações distintas, como já apontado neste trabalho.

A simples existência de tratamento tributário diferenciado entre produtores rurais “com” e “sem” empregados não é suficiente para macular este princípio.

É necessário, para tanto, que seja demonstrado objetivamente que esta diferenciação cria um odioso privilégio entre categorias que estão em igualdade de condições, o que de fato não ocorre.

Da análise do voto do Ministro relator verifica-se que a ofensa ao princípio da isonomia consistiria no tratamento mais gravoso imposto aos trabalhadores rurais “com” empregados que, além de contribuírem com a contribuição sobre a folha de salários, também estariam obrigados a contribuir para a COFINS que incidiria sobre o seu faturamento, colocando-os em posição mais gravosa em relação aos produtores rurais “sem” empregados que somente contribuiriam com a exação incidente sobre sua comercialização. Conforme ressaltado anteriormente o empregador rural pessoa física não é contribuinte da COFINS, tenha ou não empregados.

Assim, não sendo o empregador rural pessoa física contribuinte da COFINS, o tratamento mais gravoso ao produtor rural “com empregado” não ocorre, uma vez que a tributação que incide sobre o produtor rural “com” ou “sem” empregado é a mesma, não havendo a mácula à isonomia apontada pelo relator.

A jurisprudência dos Tribunais é pacífica nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO PARA SEGURIDADE SOCIAL SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS AGRÍCOLAS. EMPREGADOR RURAL. COOPERATIVA



AGRÍCOLA (SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO). LEI Nº 8.212/91 ALTERADA PELA LEI 8.540/92. CONSTITUCIONALIDADE.

É devida a contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção do empregador rural, instituída pela lei ordinária nº 8.540/92, que alterou a Lei nº 8.212/91, e sem que este fato cause afronta ao inciso I do art. 195 (c/c art. 154-I) da Constituição Federal, bem como a criação, in casu, da figura do responsável tributário, de acordo com o art. 128 do Código Tributário Nacional. Assim, o adquirente, o consignatário ou a cooperativa, que adquiram produtos rurais ficam sub-rogados nas obrigações da pessoa física para recolher a contribuição devida à seguridade social pelo produtor rural. Somente não há sub-rogação do adquirente, quando este é estrangeiro ou consumidor, no varejo, como dispõe o inciso X, a, do art. 30, da Lei 8.212/91, sendo que a figura do responsável tributário já estava prevista no art. 128 do CTN. A contribuição incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção, que é devida pelo empregador rural, pode ser instituída por lei ordinária, porque compreendida no art. 195, I, da Constituição Federal, haja vista que o conceito de receita bruta se equipara ao de faturamento, de acordo com a interpretação conferida pelo STF, no julgamento da ADIn 1.103-3, ocasião em que foi declarada a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 25 da Lei 8.870/94.

Não se trata de novo FUNRURAL, extinto pela Lei nº 7.787/89 - mas sim - de nova incidência de contribuição social sobre o faturamento, nos termos do inciso I do art. 195 da Carta Magna, cujos sujeitos passivos são os produtores rurais.

Os produtores rurais, não obstante dispensados de contribuir sobre a folha de salários - no que pertine à contribuição patronal - não se eximem do recolhimento da parte relativa a seus empregados, afastando quaisquer alegações acerca da ocorrência de bi-tributação.

Apelação não provida.

(AC 2000.01.00.062548-3/MG, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, e-DJF1 p.258 de 17/07/2009)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. EXIGIBILIDADE. BITRIBUTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. A partir do advento da L 8.212/1991, é exigível a contribuição ao FUNRURAL do empregador rural pessoa física, sobre a receita bruta da comercialização da produção rural, com fundamento no inc. I e § 8º do art. 195 da CF 1988. 2. Não há bitributação ou infringência ao princípio da não-cumulatividade, em virtude de a contribuição ao FUNRURAL devida pelo empregador rural pessoa física ter a mesma base de cálculo da COFINS, seja porque a contribuição não foi criada em decorrência da competência residual conferida pelo § 4º do art. 195 CF 1988, seja porque as pessoas físicas

não são sujeitos passivos da COFINS. (TRF4, AG 2008.04.00.027135-3, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Marcelo de Nardi, D.E. 04/11/2008)

Assim, não há qualquer vício que macule a proibição de imposição de “bis in idem” ou ao princípio da isonomia, sendo a contribuição do produtor rural também constitucional sobre esse aspecto.

Ademais, a tributação, em um Estado Democrático de Direito, é um instrumento posto à disposição da sociedade para atingir os seus objetivos. Não se fala mais em submissão do contribuinte ao Estado quando do pagamento dos tributos, mas sim em um dever fundamental, daqueles que compõe a sociedade, de contribuir para sua organização e manutenção.

Dessa forma, a constitucionalidade da norma que instituiu a contribuição social do produtor rural deve ser aferida também em relação aos princípios que regem a Seguridade Social. A desoneração desse setor da sociedade, em relação à sua contribuição para a seguridade social, viola os princípios da Solidariedade, Diversidade da Base de Financiamento, Equidade na forma de participação no custeio.

Sem esta contribuição, o sistema securitário restaria privado de recursos necessários para concretizar os princípios da Uniformidade e Equivalência de Prestações entre as Populações urbana e rural e o Princípio da Universalidade da cobertura de atendimento, por serem prestações sociais que demandam um aporte de recursos públicos, os quais devem ser custeados em parte pela Previdência Social e em parte por toda a sociedade, por meio das contribuições sociais.

A tributação do produtor rural, pois, deve ser concebida como um instrumento posto a serviço do Estado para que o mesmo concretize as políticas sociais estabelecidas na Constituição Federal, possibilitando o cumprimento de um dos grandes objetivos do nosso Estado democrático de Direito que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse Sentido leciona Leandro Paulsen:

O modo de ver a tributação alterou-se muito nas últimas décadas. Já não se sustentam os sentimentos de pura e simples rejeição à tributação. A figura de Hobin Hood, que em algumas versões atacava os coletores de impostos para devolver o dinheiro ao povo, hoje já não faz sentido. A tributação, em Estados democráticos e sociais, é instrumento da sociedade para a consecução dos seus próprios objetivos. Pagar tributo não é mais uma submissão ao Estado, tampouco um mal necessário. É, isto sim, dever fundamental de toda pessoa que integra uma sociedade e que, por isso, tem responsabilidade pela sua organização e manutenção.

MARCO AURÉLIO GRECO ressalta a importância de se evoluir de uma visão do ordenamento tributário meramente protetiva do contribuinte para outra que nele enxergue a viabilização das políticas sociais. Transitamos do puro Estado de Direito, em que se opunham nitidamente

estado e indivíduo, para um novo Estado, ainda de Direito, mas também Social, enfim, para um Estado Democrático de Direito, como estampa o art. 1º da nossa Constituição da República. Isso dá lugar a uma realidade que congrega a liberdade com a participação e a solidariedade. Demonstra que Constituição brasileira de 1967 foi uma Constituição do estado brasileiro, enquanto a de 1988 é da sociedade brasileira. Naquela, em primeiro lugar estava a organização do poder; nesta, os direitos fundamentais tem precedência. Naquela, a tributação era ainda foi uma Constituição do Estado brasileiro, em que primeiro se dispunha sobre a estrutura do poder, seus titulares, suas prerrogativas e sobre os bens públicos para, só então, cuidar da tributação como simples suporte do estado, aparecendo os direitos fundamentais apenas ao seu final, como um resguardo devido à sociedade civil. Na Constituição de 1988, a pessoa humana assume papel central, enunciando-se, já em seu início, direitos fundamentais e sociais, e funcionalizando-se a tributação mediante um novo modo de outorga de competência tributária em que ganha relevância a justificação da tributação em função da sua finalidade. Aliás, resta clara a concepção da tributação como instrumento da sociedade quando são elencados os direitos fundamentais e sociais e estruturado o estado para que mantenha instituições capazes de proclamar, promover e assegurar tais direitos. quando são elencados os direitos fundamentais e sociais e estruturado o estado para que mantenha instituições capazes de proclamar, promover e assegurar tais direitos. (<http://intranet.receita.fazenda/administracao/rf10/estruturaaanizacional/superintendencia-regional/disit/biblioteca-disit/cursos/curso-de-direito-tributario-leandro-paulsen/aula-1>).

Portanto, os princípios securitários acima elencados autorizam a tributação dos produtores rurais e estes também devem ser considerados quando da análise da constitucionalidade da exação imposta a este segmento social.

#### 4 CONCLUSÃO

A contribuição social do empregador pessoa física incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização de sua produção foi instituída pelas leis 8.540/92 e 9.528/97, que deram nova redação ao artigo 25 da lei 8.212/91.

Sucedo que, quando da edição desses diplomas legais, não havia na Constituição Federal a previsão para que houvesse a instituição de uma contribuição social incidente sobre a receita bruta dos produtores rurais pessoa física.

O Supremo Tribunal Federal já havia assentado a tese de que o faturamento não era sinônimo de receita, assim, a instituição dessa contribuição

configurou-se como sendo a instituição de nova fonte de custeio para previdência social, que somente poderia ser legitimamente instituída através de lei complementar, conforme dispõe o artigo 150, inciso I, da CF/88.

Arguindo a inconstitucionalidade dessa contribuição, foi impetrado, junto ao Supremo Tribunal Federal, o RE 363.850/MG, que foi julgado procedente, consignando que a inconstitucionalidade estava limitada até a edição de nova legislação que criasse a contribuição sob a égide da emenda constitucional nº 20, que modificou o artigo 195, fazendo constar expressamente a possibilidade de criação de contribuição social incidente sobre a receita, o que dispensaria a necessidade de lei complementar.

No julgamento do referido recurso especial, o relator, ministro Marco Aurélio de Mello, apontou mais dois fundamentos para o reconhecimento da inconstitucionalidade, o primeiro foi a existência de “*bis in idem*” entre a contribuição instituída e a COFINS, o que resultaria em uma dupla oneração vedada pela constituição.

O segundo fundamento foi a quebra da isonomia que deve existir entre os empregadores rurais “com” e “sem” empregados, uma vez que aqueles seriam mais severamente onerados que estes, já que aqueles contribuiriam para a COFINS e estes não.

Visando buscar a superação da inconstitucionalidade apontada, após a edição da emenda a constituição nº 20, foi editada a lei 10.256/01 que instituiu novamente a contribuição do produtor rural pessoa física nos exatos termos que fora instituída pelas leis que foram declaradas inconstitucionais.

A partir desse fato, em que pese ter sido superado um fundamento da declaração de inconstitucionalidade apontado no RE 363.852/MG, surgiu o questionamento se os outros fundamentos, ofensa à proibição ao “*bis in idem*” e ao princípio da isonomia, não tornaria, também, essa legislação inconstitucional.

A resposta que se impõe é a negativa, pois os vícios apontados pelo eminente relator daquele recurso especial não existem, já que os produtores rurais não são elencados na legislação que rege a COFINS como sendo contribuintes dessa Contribuição Social.

Assim, não sendo os mesmos contribuintes da COFINS não há qualquer mácula aos princípios da isonomia ou da proibição do “*bis in idem*”, sendo legítimo concluir que, após a emenda constitucional nº 20, a contribuição social do produtor rural pessoa física incidente sobre sua receita bruta foi legitimamente instituída, não havendo que se falar em inconstitucionalidade dessa norma.

## REFERÊNCIAS

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2011.

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese De Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreria, et. al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALVIM, J.E. Carreira. *Teoria Geral Do Processo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. São Paulo: Renovar, 2009.
- BRASIL. *Planalto*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9964.htm). Acesso em: 16 out. 2013, às 11:00 h.
- BRASIL. *Planalto*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.684.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.684.htm). Acesso em: 16 out. 2013, às 11:00 h.
- BRASIL. *Planalto*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12865.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12865.htm). Acesso em: 16 out. 2013, às 11:00 h.
- BRASIL. *Justiça Federal*. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta.Brasil>. Acesso em: 10 jan. 2014, às 22:00h.
- BRASIL. *Receita Federal*. Disponível em: <http://intranet.receita.fazenda/administracao/rf10/estrutura-organizational/superintendencia-regional/disit/biblioteca-disit/cursos/curso-de-direito-tributario-leandro-paulsen/aula-1>. Acesso em: 17 jan. 2014, às 18:00 h.



---

## DESAPOSENTAÇÃO: ATO JURÍDICO PERFEITO, RENÚNCIA E LEGALIDADE

---

*Carla Maria Liba*  
*Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Seguridade social; 1.1 Regimes de previdência social; 2 Aposentadoria e suas espécies; 3 Desaposentação - definição; 3.1 Espécies de desaposentação; 3.1.1 Dentro do Regime Geral de Previdência Social; 3.1.2 Do Regime Geral de Previdência Social para Regime Próprio de Previdência Social; 3.2 Renúncia e desaposentação; 3.3 Ato jurídico perfeito e desaposentação; 3.4 O princípio da legalidade e desaposentação; 3.5 Decadência e desaposentação; 4 Solidariedade do sistema previdenciário e equilíbrio financeiro atuarial; 5 Jurisprudência dos Tribunais Superiores; 6 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto de estudo o instituto da desaposentação frente ao regramento jurídico do Regime Geral de Previdência Social. Pauta-se na análise da estrutura previdenciária brasileira, os princípios constitucionais, sob o enfoque da legalidade dos atos do poder público e a possibilidade ou não de renúncia do benefício de aposentadoria para obtenção de outro mais vantajoso. Fundamenta-se na análise das concessões judiciais com suas repercussões jurídicas e financeiras dentro do regime geral de previdência social, com suporte na doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores. Busca-se demonstrar que, além da existência do artigo 181-B do Decreto 3048/99 que trata da irrenunciabilidade das aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social e, apesar das concessões judiciais de desaposentação, o instituto não está amparado em texto expresso de lei, acarretando celeumas jurídicas acerca da possível lesão ao princípio da legalidade dos atos do poder público (artigo 37 da Constituição Federal) frente ao Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desaposentação. Direito Previdenciário. Renúncia. Aposentadoria. Ato Jurídico Perfeito. Princípio da Legalidade.

## INTRODUÇÃO

A Seguridade Social consubstancia-se no conjunto integrado de ações de iniciativas do poder público, com o fim de assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, promovendo os direitos sociais, conforme os ditames da Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, o Estado e a sociedade, em ação conjunta, financiam o sustento dos trabalhadores e da população carente, assegurando o mínimo existencial. A Previdência Social, por meio de contribuições obrigatórias, acoberta eventos como morte, invalidez, idade avançada, desemprego involuntário e recolhimento à prisão.

Dentro dessa perspectiva, aposentadoria desponta como benefício previdenciário que assegura àquele que, por ter atingido idade mínima ou tempo de contribuição, o direito à inatividade remunerada. Ocorre que, muitos aposentados retornam à atividade, contribuindo para o sistema, com o objetivo de renunciar à aposentadoria futuramente, efetuando novo cálculo com as contribuições pós jubilação ou utilizando o tempo para averbar em outro regime de previdência. Nesse contexto, surge a desaposentação, instituto que não possui previsão legal expressa, mas que vem sendo desenhado pela doutrina e jurisprudência diante das inúmeras ações que vem sendo propostas com o pedido de desfazimento de aposentadoria para concessão de outra mais vantajosa. Há uma demanda social impulsionada por esses segurados que impele



a construção do instituto, de forma a tornar urgente a regulamentação legislativa da matéria.

Com efeito, a desaposentação consiste na renúncia da aposentadoria pelo segurado que retornou à atividade formal de trabalho efetuando contribuições previdenciárias, com o fim de somar essas novas contribuições para a obtenção de novo benefício mais vantajoso. MARTINEZ<sup>1</sup> define a desaposentação como: ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção das mensalidades da aposentadoria.

Na atual legislação, inexistente qualquer dispositivo expresso de lei, aqui leia-se lei em sentido estrito que trate especificamente da desaposentação ou da renúncia de aposentadoria regularmente concedida. A única norma que menciona a renúncia de aposentadorias está inserida no Decreto nº 3.048/99, art. 181-B, que estabelece: as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. Ocorre que em se tratando de um decreto, regulamentando a irrenunciabilidade das aposentadorias não prevista em lei de hierarquia superior, remanesce a dúvida sobre sua legalidade e constitucionalidade. Indispensável se torna averiguar se a irrenunciabilidade estabelecida na aludida norma extrapola os limites da legislação previdenciária brasileira e das regras e princípios constitucionais. Em outras palavras: a norma em questão, frente aos princípios do Estado Democrático de Direito, é suficiente para balizar a negativa administrativa dos pedidos de desaposentação?

Em razão do supracitado dispositivo, bem como da ausência de previsão na lei de benefícios, a autarquia previdenciária vem negando todos os pedidos de desaposentação. Essa interpretação administrativa, contudo, não é pacífica ou inconteste. Tanto é assim, que inúmeros segurados postulam em juízo o direito de obter outra aposentadoria com a renúncia da anterior e, em muitos casos, esse pedido é acolhido sob o fundamento de que a ausência de lei específica não implica em óbice ao direito, já que esse decorre de interpretação do arcabouço de normas e princípios constitucionais e previdenciários e não unicamente do aludido decreto. Mas as decisões judiciais não são uníssonas. Há, também, muitas improcedências pautadas na lesão ao princípio da legalidade dos atos do poder público, pois na ausência de lei específica que assegure o direito, ele inexistente. E, dentre as concessões, também há disparidades quanto à devolução dos proventos da aposentadoria desfeita, ora negam essa possibilidade sob o fundamento de que se tratam de verbas alimentares e, como tais, irrepetíveis, ora determinam a devolução para que não haja enriquecimento ilícito do segurado.

E, diante de tantas possibilidades que a desaposentação apresenta, o presente trabalho tem como escopo geral analisar o atual cenário jurídico dos pedidos de desaposentação, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema.

1 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 10.

Para isso, serão analisados os valores constitucionais envolvidos, a força normativa do regulamento que trata da irrenunciabilidade da aposentadoria, os fundamentos doutrinários, a jurisprudência dos tribunais superiores, pautando-se sempre nos questionamentos: a renúncia da aposentadoria é constitucional? o ato jurídico perfeito de concessão de aposentadoria pode ser modificado? a ausência de lei específica que autorize a desaposentação fere o princípio da legalidade dos atos do poder público? Vale aqui elucidar que o trabalho fez uma tentativa de não se limitar não ao conceito de legalidade estrita, qual seja, que ao particular só e dado fazer só o que a lei expressamente autoriza, já que isso seria explorar a desaposentação sob um único viés dentre outros possíveis. Buscando uma visão mais ampla do conceito de legalidade, adotou-se a ideia de que, embora não haja lei em sentido estrito possibilitando a desaposentação, são válidas as interpretações que decorrem do ordenamento jurídico como um todo, em especial por se tratar a aposentação de direito social previsto constitucionalmente. Esse escopo de legalidade é o que mais se afina com o nosso Estado Democrático de Direito.

E, para atingir seu mister, o trabalho vai tratar, introdutoriamente, da Seguridade Social e Regimes de Previdência, enfatizando o benefício da aposentadoria. Sobre a desaposentação propriamente dita, estará dedicado o capítulo 3, onde serão exploradas as espécies de desaposentação, a renúncia, o ato jurídico perfeito, o princípio da legalidade e a decadência à luz do Estado Democrático de Direito e ditames constitucionais. O capítulo 4 tratará da solidariedade do sistema de seguridade social e o equilíbrio financeiro atuarial, como prováveis empecilhos às concessões judiciais de desaposentação. O capítulo 5 faz breves apontamentos sobre os dilemas jurisprudenciais existentes.

Busca-se, nas considerações finais, contribuir, ainda que de maneira singela, na elucidação da celeuma ainda existente sobre legalidade da desaposentação, já que o tema possui grande repercussão social e carece de previsão específica em lei.

## 1 A SEGURIDADE SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 194<sup>2</sup>, caput, define a seguridade social brasileira como um conjunto integrado de ações de

---

2 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;

iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.

Segundo BALERA<sup>3</sup>:

Para uma completa compreensão da seguridade social, é necessário vislumbrar-se a importância e alcance dos valores do bem-estar e justiça sociais, os quais são, de fato, bases do Estado brasileiro, assim como diretrizes de sua atuação. A seguridade social é então meio para atingir-se a justiça, que é o fim da ordem social.

Foi a Constituição de 1998 que determinou como meta para o Estado uma sistema de Seguridade Social que abrangesse as áreas de saúde, assistência e previdência. As contribuições sociais, portanto, são destinadas para as três áreas e não exclusivamente para a previdência.

O artigo 195 da Constituição<sup>4</sup> define as bases de financiamento da seguridade social. A Carta Magna estabeleceu um sistema misto de

---

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

3 BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 15.

4 Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998) I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados

financiamento, de forma que a seguridade social deve ser suportada por toda a sociedade. Assinala MARTINEZ<sup>5</sup>:

[...] que sob o ponto de vista da participação do beneficiário, quando diretamente ausente, é assistencialista, pois o custeio pessoal não sobrepaira, a despeito de a relação jurídica ser plena e oferecer direito subjetivo às prestações. Todos contribuem na medida de sua capacidade de adquirentes. A clientela é ilimitada, abarcando toda a população, sem distinção, desfeitas as concepções tradicionais de filiação ou inscrição e inobservadas técnicas atuariais, como carência ou regime financeiro de repartição ou capitalização. O plano de prestações depende exclusivamente da economia do País e se mede pelas necessidades habituais do ser humano.

Financiamento indireto e unificado, realizado mediante tributos e contribuições sociais recolhidos ao governo, entregue a gestão ao Estado, autarquizada ou não e cogerida com os destinatários.

O objetivo principal continua sendo o indivíduo socialmente tido, não se estendendo ao seu patrimônio.

Sistema nacional universal e uniforme, mantém a hierarquia social dos salários e oferece prestações capazes de substituir inteiramente a remuneração, absorvendo em seu bojo a previdência complementar, privada ou pública.

Já o artigo 201<sup>6</sup> da Constituição Federal que trata especificamente da Previdência, define que seja organizada de forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios

---

permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

5 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2013. p. 286.

6 Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998) I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Há, ainda, a previsão do direito da seguridade social inserta nos artigos 194 e 204<sup>7</sup>. Trata-se de um direito social, como dispõe o art.6º, traduzindo-se em prestações sociais inseridas no rol de direitos fundamentais.

Nesse contexto, o artigo 1º da Lei n. 8.213/1991 veio dispor que a previdência social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, de forma que se ateu aos limites traçados no artigo 201 da Constituição Federal.

Para o presente trabalho, o benefício de interesse é a aposentadoria, com delineamentos legais e constitucionais, sob a ótica da desaposentação (desfazimento do ato em busca de nova aposentadoria mais vantajosa). Se o direito à aposentadoria é assegurado àqueles que cumprirem os requisitos legais, o direito à desaposentação não tem expressa previsão legal, decorre de interpretação sistemática e teleológica do ordenamento. O presente trabalho visa analisar a desaposentação diante do caráter contributivo e da participação solidária no financiamento da Seguridade Social, bem como investigar eventual quebra do equilíbrio financeiro atuarial.

## 1.2 Regimes da Previdência Social

No Brasil, o regime previdenciário subdivide-se em Regime Geral de Previdência Social- RGPS, Regime Próprio dos Servidores Públicos - RPSP, Regime Próprio de Previdência dos Militares - RPPM e o Regime de Previdência Privada Complementar - RPPC. Nesse trabalho, o enfoque será dado ao Regimes Geral de Previdência Social, pois o objetivo é tratar das aposentadorias concedidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

---

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

7 Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - despesas com pessoal e encargos sociais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - serviço da dívida; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

O RGPS abrange os trabalhadores da iniciativa privada, os trabalhadores da administração pública que estão submetidos ao regime da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, além dos funcionários públicos não concursados, sendo que o órgão responsável é o INSS. Todos esses trabalhadores, cumpridos os requisitos legais, têm direito de usufruir das prestações previdenciárias constantes no artigo 18 da Lei 8213/91.

O RGPS é formado por contribuintes obrigatórios e facultativos. Os primeiros são empregados, empregados domésticos, contribuintes individuais, trabalhadores avulsos e o segurado especial. Os facultativos são pessoas físicas que, desprovidos de renda e desvinculados de outro regime de previdência, discricionariamente contribuem para o sistema (dona de casa, estudante, estagiário).

Miguel Horvath Júnior preleciona: “A filiação à previdência decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para segurados obrigatórios e da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo<sup>8</sup>.”

Já o Regime Próprio de Previdência Social abrange os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Conforme dispõe o artigo 40 da Constituição Federal, a esses servidores será assegurado um regime de previdência de caráter contributivo e solidário, a partir da contribuição ao respectivo ente público. Cada ente federativo administra seus próprios regimes e a Lei 9717/98 dispõe sobre as regras gerais de organização e funcionamento.

A desaposentação pode ocorrer dentro do mesmo regime de previdência, bem como em regimes distintos. Isso porque o segurado aposentado por um sistema pode retornar à atividade dentro do regime geral ou de regime próprio de previdência, o que trará consequências jurídicas distintas. O presente estudo abordará a compensação entre regimes distintos quando o segurado que pretende obter nova aposentadoria retorna à atividade em regime de previdência distinto do que lhe concedeu a aposentadoria. Além disso, dentro do mesmo regime, será analisada a controvertida jurisprudência acerca da necessidade de devolução dos valores recebidos na primeira aposentadoria.

## 2 APOSENTADORIA E SUAS ESPÉCIES

Os benefícios abrangidos pelo Regime Geral de Previdência Social estão elencados no artigo 18 da Lei 8213/91<sup>9</sup>. Contudo, a aposentadoria

8 JUNIOR, Miguel Horvath. *Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 147.

9 Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado:

a) aposentadoria por invalidez;

b) aposentadoria por idade;

c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006)

é o benefício de interesse para o presente trabalho, de forma que se passa sobre ele a discorrer.

O artigo 7º da Constituição Federal<sup>10</sup> garante a aposentadoria aos trabalhadores urbanos e rurais. Trata-se de benefício substitutivo da renda, de caráter permanente, salvo em se tratando de invalidez, favorecendo o segurado em razão de sua idade, tempo de contribuição, incapacidade e atividade especial.

Com efeito, a aposentadoria seria a contraprestação que o Estado dá àquele trabalhador que cumpriu os requisitos legais após sua dedicação ao labor. Trata-se de um direito subjetivo dos segurados, amparado constitucionalmente, consistente em prestações pecuniárias mensais para custear a inaptidão para o trabalho ou o atingimento da idade e tempo de contribuição para jubilação.

Contudo, embora seja um benefício substitutivo da renda, não há, necessariamente inaptidão ao trabalho, de forma que não há impedimento legal para que o aposentado retorne ao trabalho. CASTRO e LAZZARI definem<sup>11</sup>:

A aposentadoria é a prestação por excelência da Previdência Social, juntamente com a pensão por morte. Ambas substituem, em caráter permanente (ou pelo menos duradouro), os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência e daqueles que dele dependem. Em que pese as opiniões de vanguarda, que sustentam a ampliação do conceito de aposentadoria a todo e qualquer indivíduo, como benefício da seguridade social, e não apenas da previdência social (atingindo somente a parcela economicamente ativa da população), o modelo majoritário de aposentadoria está intimamente ligado ao conceito de seguro social – benefício concedido mediante contribuição).

No ordenamento brasileiro existem as seguintes modalidades de aposentadoria: invalidez, idade, tempo de contribuição e especial. Dentre elas, somente a invalidez não tem caráter definitivo, posto que o segurado

---

d) aposentadoria especial;

e) auxílio-doença;

f) salário-família;

g) salário-maternidade;

h) auxílio-acidente;

II - quanto ao dependente:

a) pensão por morte;

b) auxílio-reclusão;

III - quanto ao segurado e dependente:

a) pecúlios; (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

b) serviço social;

c) reabilitação profissional.

10 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXIV – aposentadoria

[...]

11 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006. p. 543.

pode ser submetido a perícias periódicas para verificar se houve recuperação da capacidade de trabalho com a consequente cessação da aposentadoria.

A aposentadoria por idade é concedida ao homem de 65 (sessenta e cinco) anos e à mulher de 60 (sessenta anos), cumpridos os demais requisitos legais, por força de idade avançada. Aos trabalhadores rurais há redução em 5 (anos) na idade, em razão do legislador ter adotado um critério de discriminação positiva.

A aposentadoria por tempo de contribuição é concedida por tempo de serviço prestado na qualidade de contribuinte para a previdência social. São necessários 35 (trinta e cinco) anos de contribuição para o homem e 30 (trinta) anos para a mulher. Há, neste caso também, critério diferenciado para os professores do ensino infantil, fundamental e médio, com redução de 5 (cinco) anos no tempo de contribuição.

Há, ainda, a aposentadoria especial é concedida aos trabalhadores que se submeteram a condições nocivas de trabalho em razão de insalubridade do ambiente. Esses trabalhadores, por força de lei, possuem uma contagem diferenciada para aposentadoria, de forma a serem compensados pela ameaça de lesão à saúde.

Assim, por mais de uma razão, os segurados da previdência estão amparados na inatividade, contrapartida de suas contribuições ao regime.

### 3 DESAPOSENTAÇÃO – DEFINIÇÃO

A desaposentação é instituto recente, ainda carecendo de contornos, em especial porque não há previsão expressa na Constituição Federal ou nas leis previdenciárias. A doutrina e jurisprudência vem se encarregando de construir o instituto do ponto de vista técnico demandadas pelas inúmeras ações judiciais que postulam o desfazimento de uma aposentadoria com vistas a obtenção de benefício mais vantajoso.

Em contraposição à aposentadoria que nada mais é do que o direito à inatividade remunerada, a desaposentação é o desfazimento da aposentadoria por ato volitivo de seu titular com o fim de contar tempo de serviço para obtenção de aposentadoria mais vantajosa.

Para CASTRO e LAZZARI<sup>12</sup>:

É direito do segurado ao retorno à atividade remunerada com desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para a nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Para MARTINEZ<sup>13</sup>:

<sup>12</sup> CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 44.

<sup>13</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 38.



Basicamente, então, desaposentação é uma renúncia à aposentação, sem prejuízo do tempo de serviço ou do tempo de contribuição, per se irrenunciáveis, seguida ou não de volta ao trabalho, restituindo-se o que for atuarialmente necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos com o aproveitamento do período anterior no mesmo ou em outro regime de Previdência Social, sempre que a situação do segurado melhorar e isso não causar prejuízo a terceiros.

Com efeito, o que se busca através da desaposentação é a renúncia de uma aposentadoria para obtenção de benefício mais vantajoso. A motivação do ato é a busca do benefício mais vantajoso, como fica claro na definição dada por MARTINEZ. Definido, então, o instituto, passa-se à análise de suas espécies, atributos e consequências jurídicas.

### 3.1 Espécies de desaposentação:

#### 3.1.2 Dentro do regime geral de Previdência Social

Quando entrou em vigor a EC 20/98, muitos segurados requereram administrativamente a concessão de aposentadoria proporcional, posto que não cumpriam o requisito etário de 48 (quarenta e oito anos) para mulher e 53 (cinquenta e três) anos para homem. Ocorre que, muitos desses segurados, quando completam 30 (trinta) anos de trabalho para mulheres e, 35 (trinta e cinco) para homens, postulam a desaposentação, visando a obter benefício mais vantajoso, qual seja, aposentadoria com proventos integrais. MARTINEZ<sup>14</sup> elucida:

O fator previdenciário da Lei 9876/99, enquanto mantido na legislação, levou e leva alguns trabalhadores desempregados e com dificuldades financeiras a solicitarem um aposentadoria por tempo de contribuição, com renda mensal inicial menor (de 70% do salário de benefício). Posteriormente acabaram reunindo condições para continuarem contribuindo (às vezes, na mesma empresa), arrependendo-se da solicitação daquele primeiro benefício e pensam na aposentadoria integral.

A desaposentação, a posteriori permitiria a eles tornar a se aposentar com um fator previdenciário mais elevado e melhorar sua renda mensal inicial (claro, com expectativa de vida menor).

14 MARTINEZ, op. cit., p. 67-68.

### 3.2 Do Regime geral de Previdência Social para regime próprio de Previdência Social

A outra modalidade de desaposentação, que é a mais comum, ocorre quando há mudança de regime previdenciário pelo segurado. Normalmente, quando o aposentado pelo RGPS toma posse em cargo efetivo pertencente a regime próprio de previdência. Intuitivamente seria caso de averbação do tempo de contribuição no novo regime, contudo, a aposentadoria no regime de origem torna-se óbice para tanto. É que neste caso existiria a necessidade de compensação financeira entre os regimes envolvidos, de forma que o regime que custeará a nova aposentadoria não sofra desequilíbrio financeiro atuarial.

### 3.3 Renúncia e desaposentação

A possibilidade ou não de renúncia à aposentadoria é o fundamento que ilumina os estudos sobre desaposentação. A questão principal é saber se a aposentadoria enquadra-se na definição de direito patrimonial, o que lhe conferia sua renunciabilidade ou ao contrário, direito público irrenunciável.

O direito de renúncia está adstrito aos direitos patrimoniais. Os direitos públicos são indisponíveis. Renúncia é extinção de direitos e, via de regra, abandono voluntário de direito subjetivo, independente de anuência de outrem. Plácido e Silva<sup>15</sup> define renúncia como: “o abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa.”

A extinção de direitos em forma de renúncia implica o abandono do direito por seu titular sem que haja transferência desse direito. A renúncia típica pressupõe que nenhum outro sujeito de direito possa se apoderar do direito despojado. Disso decorre que o ato de renúncia depende exclusivamente da vontade unilateral do titular do direito, sendo desnecessário o abandono material da coisa ou da anuência/aceitação do direito por pessoa que venha dele se favorecer.

Vista sob esse prisma, a renúncia do direito poderia ser exercida pelo titular por simples ato volitivo. Contudo, em se tratando de renúncia à aposentadoria, a questão amolda-se não só na esfera particular, pois envolve os interesses de toda a massa de contribuintes do sistema de Previdência Social. É que um ato desses, visto sob o prisma de um regime de contribuições solidário, afeta todos os demais segurados em razão do desequilíbrio financeiro que pode gerar, como se demonstrará mais adiante.

Há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais nos dois sentidos. Os que entendem que a aposentadoria é irrenunciável, pautam-se no argumento que a aposentadoria é ato administrativo, por isso de caráter público indisponível. Já os que defendem a possibilidade de

15 DE PLÁCIDO e SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 4. ed. Rio-Sao Paulo: Forense, 1975. p. 1346.

renúncia alegam que não se trata de pura desistência do direito, mas de busca de um benefício mais vantajoso, reconhecendo a aposentadoria como direito patrimonial disponível.

ROCHA e BALTAZAR JÚNIOR<sup>16</sup> defendem a disponibilidade do direito:

A renúncia é o ato jurídico mediante o qual o titular de um direito dele se despoja, sem transferi-lo a outra pessoa, quando inexistente vedação legal. Trata-se de uma modalidade de extinção de direitos aplicável, basicamente, aos direitos patrimoniais, pois ninguém está obrigado a exercer direito que possui considerando o fato de a aposentadoria ser um benefício de prestação continuada destinada a substituir os proventos auferidos pelo trabalhador – enquanto exercia atividade laboral, assegurando-lhe o mínimo indispensável para a sua subsistência – é inquestionável que se trata de direito patrimonial, e, portanto, disponível [...].

[...] Assim, sendo a renúncia ato privativo de vontade o aposentado, não há que se cogitar de interesse público a condicionar a vontade do renunciante.

A definição de renúncia acima a possibilita sempre que não haja vedação legal. Primeira questão que se põe é da legalidade. Basta inexistir vedação legal para que a renúncia seja possível? Envolvendo interesse público, a ausência de norma impeditiva significaria permissão? E a norma inserta no Decreto 3048/99 que, no seu artigo 181-B, incluído pelo Decreto 3.265/99, diz ser a aposentadoria irrenunciável? Se existe essa previsão, estamos falando mesmo de ausência de norma impeditiva? Quais os efeitos dessa norma? Essas questões serão aprofundadas no estudo da legalidade feito adiante, mas não é só essa problemática que a renúncia à aposentadoria apresenta. É que a desaposentação não se traduz em simples ato de despojamento de um direito, mas um instrumento para obtenção de um benefício maior e talvez seja isso que mais descaracterize a renúncia nos casos de desaposentação.

Ocorre que, uma situação é a pura renúncia da aposentadoria (direito patrimonial disponível), que pode ser exercida pelo segurado sem qualquer óbice, outra, a renúncia para posterior obtenção de aposentadoria mais vantajosa. Há, aqui, um ponto de conflito. É que se a renúncia é extinção de direitos, sem transferência, uma vez operada, nada resta acerca da prerrogativa legal da qual se abdicou. Em outras palavras, nenhum outro efeito decorre do ato unilateral de eliminação do direito, o que é contrária à ideia de desaposentação, que visa sempre obtenção de benefício mais vantajoso.

<sup>16</sup> ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 321.

No sentido de que a renúncia não poderia ser assim configurada, já que dependente de anuência da administração, destaca-se a lição de COLNAGO<sup>17</sup>:

É de suma relevância lembrar que um fato jurídico ingressa no mundo jurídico através de um suporte que, geralmente, é uma norma. No caso da aposentadoria, o fato natural: inatividade remunerada pelos cofres públicos torna-se jurídica e exigível através de um ato administrativo vinculado: aposentação, que necessita de um agente capaz, de expressa previsão legal, de objeto lícito e moral, além do interesse público.

Assim, para que o fato jurídico aposentadoria seja retirado do ordenamento, pelo princípio da paridade das formas, necessário se fará um outro ato administrativo vinculado: o ato da desaposentação, com requisitos idênticos à emissão do ato de aposentação, veículo introdutor da aposentadoria.

Embora haja o interesse do segurado, no caso da desaposentação, não há interesse público, previsão legal, e, nem mesmo, objeto lícito e mora – face à aferição de vantagem em detrimento do equilíbrio financeiro dos Regimes de Previdência, ou seja, o enriquecimento ilícito do segurado.

A renúncia pura e simples da aposentadoria estaria dentro da possibilidade do particular de se despojar de um direito disponível. A renúncia da aposentadoria com a obtenção de outra, depende da anuência da administração, o que poderia desvirtuar o próprio instituto da renúncia (que é ato volitivo), invadindo a dimensão do interesse público.

Disso decorre que, nos casos de desistência da aposentadoria, é suficiente ao segurado comunicar o fato à Previdência Social. E, como ato incondicional, não depende de qualquer particularidade resolutiva ou suspensiva. A Previdência só pode anuir à pretensão. Contudo, como a desaposentação visa sempre a obtenção de outro benefício que lhe seja mais vantajoso, de forma que a segunda pretensão está praticamente embutida na primeira, a renúncia serviria não como um ato em si, mas como o instrumento para atingir a concessão de novo benefício.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do processo 2009.61.83.0012763-8, Apelação Cível nº 00027631520094036183/SP, Relatora Desembargadora Vera Jucovsky enfrenta essa questão, vejamos:

Na verdade, existe imbricada (arquitetada de modo praticamente torná-la inseparável da primeira) uma segunda intenção, a saber, a obtenção de nova benesse (com majoração do respectivo coeficiente de cálculo), para tanto, porém, utilizadas circunstâncias fáticas e de direitos satisfeitas por ocasião da consecução da primeira prestação previdenciária, da qual, em tese, está a renunciar (v.g., consoante a hipótese: idade, carência/

17 COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Desaposentação. In: *Revista de Previdência Social*, ano XXIX, n. 301, dezembro de 2005. p. 793. São Paulo: LTR.

contribuições e/ou, ainda, tempo trabalhado já aproveitados para concessão de aposentadoria primitiva).

[...]

É que se cuida de particular que, conforme definição doutrinária para renúncia, não está a abdicar singela, unilateral e incondicionalmente de direito, que inclusive, desaproveita a quem quer que seja. Ao contrário, sua postulação é absolutamente condicional, consubstanciando pseudo abandono de beneplácito, à medida que pretende contar com a continuidade de todos os efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais deverão ser suportados pela Administração Pública.

A jurisprudência que defende a possibilidade da renúncia não explora a relação de interdependência entre o ato da renúncia e a obtenção de benefício mais vantajoso, deixando de lado a unilateralidade do instituto. Na verdade, o fundamento mais utilizado para justificar a renúncia é que a aposentadoria é direito patrimonial do aposentado e, portanto, disponível e renunciável. Essa, é inclusive, a posição majoritária do C.STJ, que não se prende a detalhar se, de fato, a unilateralidade do ato é preservada na desaposentação, como se infere de inúmeros arestos (AgReg no RESP 1270481/125, Min. Marco Aurelio Bellinze, 5ª T., j.26/08/2013; AgReg no RESP 1241805/SC. Min.Laurita Vaz, j.08/11 ; AgReg no RESP 1304593/PR, Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 03/05/2012, fonte: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)).Ao que parece, o Superior Tribunal de Justiça não enfrentou a questão de renúncia com os contornos da sua unilateralidade, mas tão somente considerando a natureza jurídica patrimonial da aposentadoria do ponto de vista do aposentado.

Há, ainda, entendimentos de que a renúncia é possível justamente porque o segurado visa obter vantagem maior, o que lhe conferiria uma maior proteção social e, nesse aspecto, não seria lícito à Administração negar a desaposentação. Aqui vale transcrever a visão de MARTINEZ<sup>18</sup>:

Embora a questão não tenha sido desenvolvida no Direito Previdenciário com a importância que se reveste, por se submeter à norma pública, é válido admitir em que circunstância seria possível a desistência do benefício, se o objetivo do titular do direito seja de obter melhor proteção. Ou seja, não seria viável isso suceder se houver diminuição da proteção. Valeria limitar o próprio direito do aposentado. O pressuposto de tal entendimento é que o legislador sempre quer o melhor para o segurado.

Nesse mesmo sentido, IBRAHIM<sup>19</sup>:

18 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 127.

19 IBRAHIM, op. cit., p. 714-715.

Não se pode negar a existência de desaposentação com base no bem-estar do segurado, pois não se está buscando o desfazimento puro e simples de seu benefício, mas sim a obtenção de nova prestação, mais vantajosa. Este é o verdadeiro conceito da desaposentação.

Visto sob esse prisma, parece que o que se busca com a desaposentação é corrigir alguma insuficiência de cobertura previdenciária, o que levaria a crer que a primígena aposentação seria insuficiente para suprir o mínimo existencial. Mas não se pode olvidar que desaposentação não é revisão de benefício com vistas a corrigir defasagens ilegais. Ademais, o segurado que postula desaposentação dentro do mesmo regime, como se sabe, é aquele que optou, por sua exclusiva conveniência, aposentar-se proporcionalmente com redução de valores, porém precocemente, auferindo os proventos desde então e cumulando com o salário por retorno ao mercado de trabalho. Se esse mesmo segurado optasse por permanecer na ativa até atingir os requisitos para aposentar-se integralmente, receberia naturalmente o acréscimo nos seus proventos, por outro lado, posteriormente. Essa é a lógica do sistema previdenciário, que busca sempre compensações entre as fontes de custeio e os benefícios, preservando, assim, o equilíbrio financeiro atuarial.

Inegável, porém, que em um Estado Democrático de Direito, em que são assegurados constitucionalmente os direitos e garantias individuais, sem dúvida a obtenção de benefício mais vantajoso é argumento forte o suficiente para se entender a desaposentação como legítima e constitucional. É que o arcabouço de normas, inclusive previdenciárias, deve estar em consonância com os fundamentos da República Federativa do Brasil assegurando a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (artigo 1º, III e IV da Constituição Federal). Em outras palavras, o Estado é o promotor do bem estar social, garantindo aos brasileiros existência digna com mínimo existencial.

O Direito Previdenciário é protetivo, disso não há dúvidas. Isso significa que deve prestar sempre a melhor benesse ao segurado, quando se está diante de possibilidades legais, mas será que garantir vida digna significa criar benefício não previsto em lei? É importante se ter em mente que o aposentado já auferir proventos que lhe asseguram o mínimo existencial, além de salário, de forma que é questionável classificá-lo como um cidadão em situação de desproteção social ou vulnerabilidade a ser amparada pelos direitos sociais.

E, em se tratando de aposentadoria por tempo de contribuição o objeto mais frequente de pedidos de desaposentação, ainda mais duvidosa é afirmação de que há risco social, pois o tempo de contribuição não é nenhuma das contingências passíveis de proteção pelo sistema de seguridade. Vale aqui transcrever VIANNA<sup>20</sup>:

Tormentosa é a discussão sobre necessidade social protegida pela aposentadoria por tempo de contribuição. Veja-se que a aposentadoria

20 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 6 ed. São Paulo: Altas, 2013. p. 503-504.

por tempo de contribuição não está prevista entre os eventos tipificados no artigo 201, I, da Constituição Federal: doença, invalidez, morte e idade avançada. Este último risco social é objeto da aposentadoria por idade. Essa realidade levou Eduardo Rocha Dias e José Leandro de Macêdo a afirmarem que “o tempo de contribuição, na verdade, não se constitui verdadeira contingência social, visto que, por si só, não diminui nem elimina a capacidade de autossustento do segurado.

E, citando IBRAHIM, continua<sup>21</sup>:

A aposentadoria por tempo de contribuição é um benefício que sofre constantes ataques, sendo que um número razoável de especialistas defende sua extinção. Isso decorre de conclusão de não ser este benefício tipicamente previdenciário, pois não há qualquer risco social sendo protegido – o tempo de contribuição não traz presunção de incapacidade para o trabalho.

E, se a aposentadoria é um direito constitucionalmente previsto, social e fundamental, igualmente constitucionais são os princípios de que os benefícios não podem ser criados ou majorados sem prévia fonte de custeio, bem como deve ser preservado o equilíbrio financeiro atuarial. Há, aqui, conflito aparente de dois princípios, um que visa garantir o bem estar do segurado que postula a desaposentação, outro que visa preservar toda a manutenção do regime de previdência social. Estando o segurado já amparado pela previdência, pois auferindo proventos de aposentado, o interesse coletivo deveria prevalecer.

Note-se que, analisar a desaposentação apenas sob o ponto de vista do segurado que a postula, pode não ser a maneira mais correta de privilegiar esses mesmos direitos sociais, pois o benefício mais vantajoso não pode ter o condão de desequilibrar o sistema que custeará benefícios aos demais contribuintes e assistidos.

A despeito dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, não se pode esquecer que existe norma proibitiva da renúncia da aposentadoria, qual seja, o Decreto 3048/99 que, no seu artigo 181-B, incluído pelo Decreto 3.265/99, assim dispõe: “As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma do Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.” E essa norma complementa o artigo 18, parágrafo 2º da Lei 8213/91 que, expressamente obsta, ao aposentado que retornar à ativa, a concessão de outros benefícios que não a reabilitação profissional e o salário-família.

Há quem defenda a ilegalidade do Decreto em questão, alegando que extrapolou o que a Lei 8.213/91 pretendia dizer. Os argumentos em abono dessa tese pautam-se na ideia de que a lei previdenciária não traz em seu bojo nenhum dispositivo que diga, expressamente, sobre irrenunciabilidade da aposentadoria. Neste sentido, ROCHA e BALTAZAR JUNIOR<sup>22</sup>:

<sup>21</sup> IBRAHIM, op. cit.

<sup>22</sup> ROCHA; BALTAZAR JUNIOR, op. cit.

Compete ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis, mas sem o poder de alterar o conteúdo da lei. Assim, naquilo que o decreto contrariar a lei, não sera aplicado pelo Poder Judiciário, estando a ele vinculado, porém, o administrador.

Entendem esses autores, acompanhados de parte expressiva da doutrina e jurisprudência, que o Executivo não pode restringir os direitos dos administrados por meio do decreto, pois isso seria ilegal e inconstitucional. Ademais, o decreto em questão violaria também a separação dos poderes ao vedar a renúncia ao direito patrimonial disponível.

Segundo esse entendimento, estaria sendo violado o artigo 84, IV da Constituição Federal que delimita o campo de atuação regulamentar, pois normas de hierarquia inferior não poderiam ter interpretações divergentes da constituição. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA NO RGPS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. (ARTIGO 5º, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REMESSA OFICIAL DESPROVIDA

É possível a renúncia à aposentadoria no regime geral da previdência por se tratar de direito patrimonial disponível. Precedentes do STJ e desta Corte. 2. A irreversibilidade e irrenunciabilidade do benefício previstas no Decreto 3.048/99 não podem servir de óbice à desaposentação pretendida pelo impetrante, em face da vedação constitucional à Administração de impor restrição ao exercício do direito de disposição do benefício sem amparo em Lei ordinária a regulamentar tal vedação. 3. Remessa oficial a que se nega provimento. REO MS 0023941- 14.2000.4.01.0000 / DF, Rel. JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU, 3ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.819 de 11/04/2013(BRASIL, 2013b, grifo nosso).

Por outro lado, o artigo 181- B, embora fale da irrenunciabilidade não expressa na Lei 8213/91, não tem tão clarevidente a sua ilegalidade. É que uma leitura mais atenta desse dispositivo, pode mostrar que foi recepcionado pelo artigo 7º, XXIV, da Constituição Federal de 1988 que inclui a aposentadoria no rol dos direitos sociais.

É que, em se tratando a aposentadoria de um direito social e, portanto, fundamental, é irrenunciável pela sua essência. Essa afirmação decorre da fundamentabilidade material dos direitos, o que induz a pensar que sua eficácia objetiva não importa apenas ao seu titular, mas à toda coletividade. Assevere-se que os direitos sociais são tidos pela doutrina como cláusulas pétreas, já que não é possível apartá-los da essência da Constituição, o que lhes confere imantabilidade e caráter de irrenunciabilidade, como descreve BRANCO<sup>23</sup>:

23 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 258-259.



De outro lado, argúi-se que os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua idéia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma “lacuna de formulação”, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos.

Nesse sentido, ao tecer considerações sobre a doutrina de Paulo Bonavides, Flávia Piovesan dá à expressão “direitos e garantias individuais” o sentido de englobar todos os direitos fundamentais<sup>24</sup>:

Cabe ainda mencionar que a Carta de 1988, no intuito de proteger maximamente os direitos fundamentais, consagra dentre as cláusulas pétreas a cláusula “direitos e garantias individuais”. Considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição de retrocesso social, o valor da dignidade humana e demais princípios fundamentais da Carta de 1988, conclui-se que essa cláusula alcança os direitos sociais. Para Paulo Bonavides: “os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art. 60”. São, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que a afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais padecerão do vício de inconstitucionalidade.

Destacada, portanto, a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais, entende-se que é impossível sua renunciabilidade visando apenas o interesse particular de seu titular. Em se tratando da aposentadoria, a renúncia individual pura e simples, pode gerar efeitos apenas para o aposentado, porém, a concessão de novo benefício, já

24 PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

atinge a coletividade de segurados. Não é possível reduzir a questão da renúncia apenas ao fato da aposentadoria gerar efeitos patrimoniais ao aposentado. A aposentadoria não se trata simplesmente de direito individual disponível, mas direito social fundamental.

Acrescente-se a isso o fato de que o artigo 201 da Constituição Federal estabelece as bases do Regime Geral de Previdência Social delegando ao legislador ordinário aprovar o plano de previdência capaz de prover os cidadãos em suas necessidades básicas. Diante disso, a Lei 8.213/91, formada por normas de direito público estabelece as relações entre beneficiários e o Estado<sup>25</sup>:

O legislador dá atenção especial à prestação e cerca-a de muitos cuidados (v.g., definitividade, continuidade, irrenunciabilidade, indisponibilidade, intransferibilidade, inalienabilidade, impenhorabilidade), constituindo-se no principal instituto jurídico previdenciário. Devendo-se acrescentar a substitutividade e a alimentaridade, dados essenciais à relação. A razão de ser da relação jurídica de prestações, são benefícios e serviços, isto é, atividade fim da Previdência Social: propiciar os meios de subsistência da pessoa humana conforme estipulado na norma jurídica.

A relação jurídica entre o segurado e o Estado fica clara. Se ocorridas as hipóteses legais, o Estado deve conceder a prestação previdenciária. Ao segurado, por sua vez, não é possível a renúncia de seu benefício. Como leciona Ruggiero, sempre que haja a participação estatal direta na relação jurídica, estaremos diante de uma relação de direito público. Se a aposentadoria é uma relação entre particular e Estado é irrenunciável. E, se não há qualquer norma que permita a renúncia à aposentadoria, o Poder Público não pode com ela concordar, já que está adstrito ao princípio da legalidade estrita, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, como adiante será demonstrado.

### 3.4 Ato jurídico perfeito e desaposentação

A ato administrativo de concessão de aposentadoria configura-se em um ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI), pois se aperfeiçoa com fundamento na legislação da época da concessão. Em se tratando de ato jurídico perfeito, seria imutável não só pela vontade das partes, mas também por nova legislação. Assim, se a aposentadoria já está gerando seus efeitos, em tese, não poderia ser desfeita por simples vontade das partes, pois uma vez inserido no artigo 5º da Constituição, o ato jurídico perfeito trata-se de cláusula pétrea, que não pode ser modificada sequer por emenda constitucional (artigo 50, inciso IV do parágrafo 4º da CF).

25 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. Tomo I – Noções de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr, 1997. p. 201.

Os benefícios previdenciários, em regra, são regidos pelas normas vigentes à época da aposentação, pois como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, a prestação previdenciária está adstrita ao *tempus regit actum*, vejamos a Repercussão Geral reconhecida no RE 597.389:

REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE E PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.032/95 O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Min. Gilmar Mendes, Presidente, em recurso extraordinário interposto pelo IN SS, do qual relator, para: a) reconhecer a repercussão geral da questão constitucional analisada — revisão de pensão por morte constituída antes da edição da Lei 9.032/95 —, pela inegável relevância jurídica e econômica do tema, com reflexos sobre uma multiplicidade de processos que ainda tramitam nas instâncias ordinárias e especial; b) reafirmar a jurisprudência da Corte no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei 9.032/95, não pode ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal; c) dar provimento ao recurso extraordinário; d) devolver aos respectivos tribunais de origem os recursos extraordinários e agravos de instrumento, ainda não distribuídos nesta Suprema Corte e os que aqui chegarem, versando sobre o tema em questão, sem prejuízo da eventual devolução, se assim entenderem os relatores, daqueles que já estão a eles distribuídos (RISTF, art. 328, parágrafo único), com a ressalva do voto do Min. Marco Aurélio, quanto à não-aplicação do regime da repercussão geral aos recursos protocolados em data anterior à regulamentação do referido instituto; e e) autorizar os Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização a adotar os procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC, especificamente a retratação das decisões ou a inadmissibilidade dos recursos extraordinários, sempre que as decisões contrariarem ou se pautarem pela jurisprudência desta Casa e forem contrastadas por recursos extraordinários.

Leading case : RE 597.389-QO, Min. Gilmar Mendes

É bem verdade que o próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou de maneira a mitigar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido em matéria previdenciária, dando a aparência de que teria contrariado o *tempus regit actum*. Um exemplo polêmico disso foi a decisão proferida na ADIN 3105/03 que considerou, por maioria, constitucional a EC 41/03 que instituiu a contribuição de inativos. Todavia, tal decisão foi proferida com base na ideia de que essas cláusulas pétreas não devem sempre ser invocadas em favor de um segurado apenas, mas de toda a manutenção do regime previdenciário, ou seja, o interesse da coletividade de segurados prevalece em razão do princípio da solidariedade do sistema previdenciário.

A decisão em questão não é incoerente com o posicionamento do Supremo de que, em matéria previdenciária, aplica-se a lei vigente no ato da

concessão do benefício. Na verdade, nos dois casos o que se preserva é o pacto social de manutenção financeira do regime previdenciário, por entender que isso é preservação do interesse público em detrimento do particular.

O Ministro Joaquim Barbosa, ao proferir o seu voto, explicitou que o caráter do sistema solidário de contribuições deve preponderar, pois o que está em situação de proteção é o interesse social, ou seja, não comprometer o custeio das futuras gerações de segurados. Vejamos:

A tese da exacerbação do direito adquirido protegido por cláusulas pétreas, no presente caso, é também absolutamente desarrazoada e antijurídica. Em primeiro lugar, porque não faz sentido sustentar, em um estado democrático e social, que alguém possa adquirir o direito de não pagar tributos.

[...]

Por outro lado, trata-se de uma concepção não razoável porque não faz sentido não querer isentar de contribuição previdenciária solidária os milhares de pessoas que se aproveitaram de um sistema iníquo de privilégios, de normas frouxas e excessivamente generosas que permitiram a jubilação precoce de pessoas no ápice de sua capacidade produtiva [...]

Analisando o voto, LIMA, explica<sup>26</sup>:

Nessa ponderação de princípios – direito adquirido e o da solidariedade-, deve prevalecer este, segundo o ministro, uma vez que “guarda total coerência com a matriz filosófica da nossa Constituição”. Além disso, diz que a emenda não aboliu nem suprimiu o “núcleo central intangível” dos princípios protegidos por cláusula pétrea. Apenas os corrigiu com o fim de manter a viabilidade do sistema previdenciário que, da forma como estava sendo perpetuado, comprometeria o bem-estar das futuras gerações de agentes estatais. Assim, o seu entendimento de solidariedade abarca este caráter intergeracional. Arremata: “em suma, entendo que a solidariedade deve primar sobre o egoísmo.” Vota pela improcedência da ação.

Como se vê, o Ministro eleva o princípio da solidariedade da seguridade social para que sejam preservados os interesses de todos os segurados, ainda que mitigando as cláusulas pétreas do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. E então, não há incoerência entre essa decisão e a que determinou que, no caso de majoração do coeficiente de pensão, deve prevalecer a lei da data da concessão, pois ambas visam preservar o equilíbrio financeiro do sistema, fundamento esse que ampara também as negativas dos pedidos desaposeção. Em todos essas decisões, o pano

26 LIMA, Alberto Barbosa. *Reformas da Previdência e Contribuições dos Servidores Inativos e Pensionistas*. Como o STF lida com um problema econômico que conflita com os direitos adquiridos? (Uma análise da ADI 3105), 2007. p. 21. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/310\\_Alberto%20Barbosa%20Lima.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/310_Alberto%20Barbosa%20Lima.pdf).

de fundo é a manutenção financeira do sistema, cujo cunho é solidário, preservando o pacto entre as gerações de segurados.

Ademais, a questão de ser a aposentadoria um ato jurídico perfeito nos remete à legalidade do ato e serve como fundamento para aqueles que defendem a irrenunciabilidade da aposentadoria, pois não há disposição legal expressa que autorize o desfazimento do ato, bem como o artigo 11, § 3º da Lei 8213/91 prevê a possibilidade do aposentado recolher contribuições previdenciárias, estando, portanto, incluído no rol de segurados obrigatórios quando retorne à atividade laboral.

O ato de concessão de aposentadoria é um ato administrativo, instituto de direito público e, como tal, blindado pelo interesse público e princípios constitucionais que ordenam a Administração Pública. Havendo um interesse público envolvido, haveria indisponibilidade do ato por interesse do particular. Claro que essa presunção de que o ato está cumprindo sua finalidade é relativa, tanto que sempre há possibilidade do Judiciário analisar a legalidade do ato, sendo esse o fundamento das ações judiciais que postulam a desaposentação.

ARAÚJO apud CARVALHO explica que: “a interpretação que se dá ao preceito constitucional em lume é equivocada, tendo em vista que este deve ser utilizado para proteger o direito do segurado em face de atos da Administração Pública. O autor adverte que a alegação da Autarquia, quanto à impossibilidade de desconstituir a aposentadoria sob o manto do ato jurídico perfeito, é um entendimento desvirtuado<sup>27</sup>.”

MARTINEZ preleciona: “O órgão gestor empreende atividade-meio e não fim; instrumento, ele deve servir aos administrados e não postar conveniências sobre os interesses destes<sup>28</sup>.”

Mas a ideia de que as garantias constitucionais devam ser sempre invocadas em favor do particular contra o Estado não é uma unânime. Cite-se, em contraponto, MOSER<sup>29</sup>:

De outro lado, há quem entenda que as constitucionais garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito existem em favor do cidadão, não podendo ser interpretado o direito como obstáculo prejudicial a esse cidadão. Entretanto, esta linha de pensamento incide no inescusável erro de se afirmar que as garantias constitucionais somente seriam invocáveis pelo particular, deixando à margem o Estado. Todavia, a Constituição não faz qualquer distinção.

27 ARAÚJO, 2007 apud CARVALHO, 2006. p. 4.

28 MARTINEZ, op. cit., p. 836.

29 MOSER, Jacqueline Maria. *O direito adquirido e sua repercussão no direito previdenciário*. Tese de Mestrado, PUC/PR, Curitiba: abr. 2005. p. 45.

Registre-se, também, que, de acordo com o art. 96 inciso III da Lei nº 8.213/91, não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro.

Quando o segurado formula um requerimento administrativo de benefício, marca com esse ato a aplicação da lei vigente à época, lei essa que definirá não só a data de início do benefício, como sua forma de cálculo, bem como os contornos do direito adquirido. Portanto, os benefícios que foram concedidos na égide da Lei 8213/91 são por elas regidos e, uma vez que essa norma não autoriza expressamente o desfazimento da aposentadoria, poderia entender-se que o ato jurídico está perfeito e acabado sem possibilidade de reversão.

Há, ainda, quem sustente a tese de que o segurado poderia escolher a lei mais benéfica para aplicação da sua prestação previdenciária, mas isso poderia gerar insegurança jurídica e discrepâncias no campo fático e não isonômicas, além de contrariar o pronunciamento pacífico do C.STF de que os benefícios previdenciários submetem-se ao *tempus regit actum*. Nesse sentido, vale transcrever IBRAHIM, no artigo intitulado “Desaposentação – Novos Dilemas”:

Tenho visto com preocupação situações das mais diversas em que o segurado, ao postular a desaposentação com conseqüente novo benefício, não visa tão somente agregar novo tempo contributivo a sua prestação, mas, em verdade, postular prestação previdenciária dentro de novas regras legais existentes desde que mais vantajosas.

Da mesma forma, há sempre a hipótese de o segurado aposentado por tempo de contribuição que postula desaposentação, mesmo com tempo de contribuição posterior pífio, mas visando unicamente à melhoria de sua renda mensal devida, por exemplo, ao incremento do fator previdenciário, haja vista a majoração de sua idade e respectiva redução da expectativa de sobrevida.

Em minha opinião, tais situações são patologias desenvolvidas a reboque do instituto da desaposentação. De minha parte, ao menos, vislumbrei tal instrumento como mecanismo de justiça social para todos os segurados que haviam se jubilado antes do afastamento efetivo de suas atividades, ou mesmo para aqueles que haviam mudado de regime previdenciário e poderiam conjugar todo o tempo contributivo de suas vidas para fins de aposentadoria. Por isso a pretensão de desaposentar-se visando unicamente obter vantagens em razão de um novo regime jurídico, ou ainda, devido a uma nova configuração fática não relacionada com o tempo de contribuição como maior idade, parece-me indevida.

A crítica acima é pertinente para que se faça dialética com aqueles que defendem a tese de que o ato jurídico perfeito não pode ser invocado contra o segurado. É que não se trata exclusivamente de de impingir “prejuízos” ao segurado ante a aplicação da lei vigente em contraposição

à lei mais benéfica, mas de segurança jurídica e exaltação de um insstituto de ordem pública que é o ato jurídico perfeito, cuja proteção está prevista no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. A insegurança jurídica aqui mencionada diz respeito à possibilidade do segurado desaposentar-se com intenção de ver aplicadas regras posteriores à lei vigente no ato de sua aposentação, buscando vantagens que não lhe seriam devidas se respeitado o ato jurídico perfeito da concessão do aposentadoria. Imagine essa possibilidade ampliada para todos os aposentados no universo jurídico!

Acrescente-se que, ao adquirir o direito à jubilação, tal direito passa a integrar o patrimônio jurídico do segurado, de forma que não há possibilidade de alteração posterior. Como preleciona FRANÇA<sup>30</sup>:

É a conseqüência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo, conseqüência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.

[...]

Qualquer que seja a índole dos fatos mediante os quais se adquirem os direitos, é princípio geral o de que os fatos aquisitivos se devem verificar por inteiro, antes que se possam dizer adquiridos os direitos que os mesmos fatos são destinados a produzir. Ora, sempre que tais fatos não se verificam por inteiro, estamos diante de mera expectativa.

Disso conclui-se que, se o ato concessivo da aposentadoria apresentou-se revestido de todos os elementos necessários para lhe dar validade, sem qualquer vício que pudesse maculá-lo, está protegido pela imantabilidade do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, donde decorre sua imutabilidade, reiterada na LICC, artigo 6º, parágrafo 1º.

O escopo da norma é assegurar a estabilidade jurídica e a paz social no seio da comunidade, valores intransponíveis. Consumado um ato jurídico sob determinada norma legal, esse ato reputa-se perfeito e acabado, não podendo mais ser alterado por qualquer das partes. Isso é o que se deve ter em mente quando da análise judicial dos casos de desaposentação.

É oportuno nos reportarmos à lição de SILVA<sup>31</sup>:

Vimos que, se o direito subjetivo não for exercido imediatamente, e sobrevier lei nova, ele se transforma em direito adquirido. Se, porém, o direito subjetivo foi exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica definitivamente constituída (direito satisfeito, direito realizado, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Exemplo, quem tinha o direito de aposentar-se, aposentou-se, seu direito foi exercido, consumou-se; lei nova

30 LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 208.

31 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 76.

não tem o poder de desfazer o direito assim exercido; não pode desaposentar o aposentado nem os efeitos jurídicos dela, só porque estabeleceu regras diferentes para a aposentadoria. Aqui o direito subjetivo recebeu consagração definitiva por meio de um ato do Poder Público, gerando uma situação jurídica mais forte do que o direito adquirido, porque se dá o encontro entre o direito subjetivo, direito já incorporado no patrimônio do titular, e um ato jurídico do Poder Público que o consagra em definitivo, ato jurídico esse que, expedido regularmente, consolida definitivamente a situação jurídica subjetiva de vantagem no patrimônio do titular com a força inderrogável do ato jurídico perfeito e acabado. Vale dizer, o direito subjetivo já exercido não é direito meramente adquirido, porque passa a ser uma situação jurídica subjetiva definitivamente constituída, em que se conjugam o direito adquirido com o ato jurídico perfeito, transmudando-se, portanto, em novo tipo de relação jurídica, que não pode desfazer-se nem ser simplesmente modificada em qualquer de seus elementos. Em princípio, até mesmo o poder constituinte originário, que pode afastar a incidência do direito adquirido em caso determinado, não pode atingir os direitos já exercidos, consolidados, consumados, definitivamente constituídos, porque seria uma violência. Assim, por exemplo, se tem o direito subjetivo de casar-se, casou-se, exerceu-se o direito, consumou-se a situação jurídica subjetiva; não se colocará mais essa situação à vista da superveniência de nova lei sobre o casamento, como certamente se colocaria no caso de o casamento já estar marcado, com proclamas lavrados, afixados e devidamente publicado. O mesmo se dá com a aposentadoria, como foi exemplificado acima.

### 3.4 O Princípio da legalidade e desaposentação

O princípio da legalidade, na sua visão clássica, seria a completa submissão da Administração às leis, como preleciona MIRELLES<sup>32</sup>: “enquanto aos particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”

Diante da inexistência de texto legal expresso que autorize a desaposentação, a sua prática feriria a legalidade administrativa prevista no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, conforme a concepção citada de legalidade estrita. Não há qualquer dispositivo legal (lei em sentido estrito) autorizando a Administração Pública a desfazer uma aposentadoria que vem produzindo todos os seus efeitos, inclusive, com prestações de vencimentos não pagos na atividade, por isso, a princípio, haveria ilegalidade. É que a lei que trata da concessão de benefícios é silente quanto à possibilidade de reversão do ato de aposentação.

32 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 87.



O artigo 194 da Constituição Federal que é a base constitucional do Sistema de Seguridade Social, em seu parágrafo único, determina que “compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos[...].” No mesmo sentido, os artigos 201 e 203, também reforçam a estrutura do RGPS nos termos da lei.

Disso decorre que, toda a organização e estrutura, além dos princípios basilares da Previdência Social, se dará em estrita obediência à lei.

Não obstante, o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, prevê que “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”. Com base nesse dispositivo legal, observa-se que é vedado, após o início da aposentadoria, o retorno do aposentado na qualidade de beneficiário do RGPS, salvo para auferir salário-família ou reabilitação profissional, o que torna a aposentação irreversível.

Como se vê, os indeferimentos administrativos dos pedidos de desaposentação estão baseados na ausência de lei em sentido estrito que possibilite o desfazimento da aposentadoria, bem como na existência das aludidas normas que permeiam sua impossibilidade. O tema parece tortuoso, pois em se tratando de ato bilateral, a desaposentação somente se legitimaria com aceitação da Administração que, por força do princípio da legalidade estrita, não poderia existir. Pensando que a Administração só poderia agir quando amparada em lei, a única possibilidade de desfazer uma aposentadoria seria no caso de vícios no ato concessório, mas não por ato volitivo do aposentado.

Contudo, o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, como expressamente consta na Constituição. Disso decorre que, quando o Estado age em conformidade com a lei e os princípios constitucionais está promovendo estabilidade nas relações jurídicas. O princípio da legalidade e a estabilidade nas relações jurídicas deve alcançar todos os indivíduos, seja nas relações privadas, seja nas relações entre particular e Estado. Dessa forma, obtém-se isonomia no tratamento dos cidadãos.

Seria interessante fazer uma pausa aqui para analisar os limites da segurança jurídica levando em conta as transformações sociais pelas quais o Estado atravessa. Como dito, a segurança jurídica é relevante no Estado Democrático de Direito. Contudo, não é valor soberano, a tudo imune, vez que a igualdade e justiça também são valores de grande importância na Consituição Federal, sendo certo, que não raras vezes esses valores conflitam. Trazendo essa visão para os casos de desaposentação, temos que, ao conceder tal benesse àqueles segurados que ingressam em juízo, o Judiciário cria situação de desigualdade perante aqueles que, em situação similar, tem seus pedidos indeferidos pela administração.

Discorrendo sobre o direito adquirido, MOSER<sup>33</sup> faz essa análise sobre o conceito de segurança jurídica:

Entendemos, assim, que a segurança jurídica do direito adquirido protegida ao máximo implica um substancial comprometimento na tutela da justiça e da igualdade substantiva, e vice-versa, quando, na verdade, o correto é dar ao tema uma interpretação menos fechada para o universo dos valores.

É por isso que atualmente o valor da segurança jurídica tem ganho um novo conceito, de forma a se aproximar da idéia de Justiça e incorporando o aspecto social. A segurança jurídica, até pouco tempo atrás identificada como sendo um direito absoluto e intangível, com a proteção da propriedade e dos direitos patrimoniais em face do arbítrio estatal, caminha para a segurança de direitos sociais básicos para os cidadãos, assim como em face das novas tecnologias e riscos ecológicos na chamada «sociedade de riscos». Assim, não há mais razão para que a garantia do direito adquirido, criada pelo Estado Liberal, seja mantida de modo a se encontrar alheia à mudança dos tempos e protegida de toda sorte de compressões e relativizações decorrentes de conflitos com outros bens jurídicos revestidos de estatura constitucional. Na verdade, entendemos que o direito adquirido deve ser sempre ponderado diante da existência de interesses contrapostos e que tenham a mesma envergadura.

Atualmente a legalidade, substrato da segurança jurídica, também vem sendo lida frente à concepção do Estado Democrático de Direito, resta saber se, diante dessa releitura do princípio subsistem fundamentos para a negativa da autarquia em conceder a desaposentação.

A concepção moderna de legalidade tem o prisma de um Estado Regulador, em que as expectativas públicas devam conviver com a economia do mercado. Disso decorre que o ato administrativo, potencialmente visto como um ato de gestão pública, deve se conformar com o ordenamento jurídico como um todo e não somente em relação a uma única norma ou ausência dela. Encara-se a legalidade dentro de um arcabouço de normas, cujo fundamento de validade está na Constituição, e não somente como um pressuposto de que à Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza expressamente (lei aqui vista em sentido estrito).

Em outras outras palavras, se não existe norma que autorize expressamente o ato desaposentação, não necessariamente haveria impedimento para se concedê-la. Tudo dependeria da interpretação de todo o arcabouço de normas, cujo fundamento de validade retira-se da Lei Maior. E como a desaposentação pode ser lida diante desse novo conceito?

A visão da legalidade contemporânea e, por que não dizer, mitigada em seus efeitos, normalmente é aplicada em razão de um risco

33 MOSER, op. cit., p. 24-25.

social. Aqui vale transcrever a visão de SOUZA, no artigo intitulado “Eficiência e Legalidade na Administração Pública Contemporânea<sup>34</sup>”:

A própria sociedade de risco, nos moldes atuais em que se apresenta, onde “o risco pode ser definido como um modo sistemático de lidar com perigos e inseguranças da própria modernidade”, não comporta o princípio da legalidade encarado como um pressuposto onde à Administração Pública só é lícito fazer o que a lei autoriza. Quando se fala em sociedade de risco, não se trata apenas de probabilidades possíveis de ocorrência de um malefício. Por vezes, e de forma mais marcante nos dias atuais, o próprio malefício e sua causa sequer são conhecidas publicamente, sendo absolutamente imprescindível que a Administração tenha condições de atuar em um ambiente onde o papel subsuntivo da lei não obste a pronta e recomendada intervenção estatal.

Inegável que o princípio da legalidade evoluiu em decorrência da dinâmica social, mas será que um segurado que se aposenta e volta contribuir com o sistema previdenciário está sob situação de risco social? É que segurados aptos a trabalhar, acabam por desvirtuar a natureza da aposentadoria de substituição de salário, atuando os proventos como um complemento de renda. Essa visão permitiria excluir a desaposentação da classe de direito social subjetivo, passível de ser amparada pelo dirigismo judicial ou por uma atuação da Administração fora da legalidade estrita. Outra possibilidade é a existência de um risco social nas concessões de desaposentação, pois a satisfação plena desses pedidos poderia impossibilitar as concessões de benefícios à grande massa de segurados no futuro, tudo em razão do desequilíbrio financeiro atuarial, como será tratado em tópico específico.

Disso decorre que, mesmo sob a perspectiva recente do princípio da legalidade, há motivos legítimos para que a autarquia indefira os pedidos, pois o interesse público envolvido (massa de contribuintes) não pode ser preterido em relação ao interesse particular do aposentado. Não é o particular que está sob situação de risco social, mas a coletividade.

Mais adiante, no mesmo artigo segue o autor fazendo um importante contraponto que não exclui a concepção clássica da legalidade, embora reconheça suas debilidades:

Se, por um lado, o princípio da legalidade, em sua concepção clássica, apresenta deficiências no contexto do Estado Democrático de Direito, nem por isso o mesmo deve ser abolido enquanto princípio configurador dos atos administrativos. Pelo contrário, é possível que hoje, face as inseguranças e instabilidades da vida moderna, a maior observância à legalidade seja efetivamente e justamente o que sustente o Estado Nacional como figura central nas relações jurídico-sócio-econômicas.

[...]

34 SOUZA, Carlos Magno de. *Eficiência e Legalidade na Administração Pública Contemporânea*.

O professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz nos lembra, com maestria, que o postulado “segurança jurídica” não é um princípio jurídico sujeito à ponderação de direitos em conflito, tais como o seriam, por exemplo, os princípios da eficiência ou o princípio da publicidade. Segundo o professor mineiro, a “segurança jurídica” é pressuposto da própria existência de uma ordem jurídica. Em outras palavras, se existe o <Direito> ou o <Estado de Direito> este seria justamente, para estabelecer a “segurança jurídica”, e posto isto, o princípio da legalidade ganha especial destaque, pois é o meio mais ordinário e habitual onde se traduz a segurança jurídica. “

Como se vê, a aplicação da legalidade tanto na concepção clássica como na mais atual evidencia que é legítima a negativa da autarquia aos pedidos de desaposentação. Os que defendem que não há afronta à legalidade na concessão de desaposentação apóiam-se no argumento de que o silêncio legislativo significa permissão para o ato, como preleciona MARTINEZ<sup>35</sup>: “a ausência de lei autorizativa não torna ilícita a desaposentação; para que isso sucedesse, era preciso que contraditasse alguma norma positiva, o que não acontece. Imoralidade não há, nem mesmo simples esperteza; se há o direito, ele é lícito e moral.”

Vale questionar: será que a ausência de norma autorizativa implicaria em permissão para o ato? Em outra obra, o mesmo autor destaca (2013, fls.957/958):

Embora aparentemente frágil o argumento, convém argui-lo. Se não há vedação legal para a desaposentação, subsiste permissão.

Realmente, quando a norma pública pretende impedir determinado fato-por consistir essa medida em restrição à liberdade -, deve contemplá-lo clara e expressamente; a princípio, se não está proibindo, enquanto convier ao titular do direito, é porque deseja acontecer.

É imprescindível prescrutar o caráter do silêncio da regra em apreço. Normatizaria pela eficácia jurídica da norma não positivada ou não passaria de simples lacuna? Na disposição proibitiva, a omissão nem sempre quer dizer permissão, e na prescrição autorizativa nem sempre a abstenção significa vedação.

Os anais da legislação não contêm observação a respeito e, assim, torna-se incognoscível o designio do legislador, restando ao intérprete, consoante o sistema tentar alcançar a mens legis.

Sem sombra de dúvida, a liberdade é tema a ser cuidado explicitamente, não podendo ser inferida ou deduzida, disciplinada por omissão ou contrario sensu. Trata-se de bem fundamental e carece, quando afetado pela norma jurídica, de prescrição claríssima, exigindo disciplina objetiva e expressa. Caso contrário, não existe ou não pode ser considerada na interpretação.

35 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 123.

Embora ponderável, o próprio autor destaca a fragilidade do argumento no sentido de que, ante a ausência de expressa proibição legal, subsistiria a permissão, tendo em vista que a limitação da liberdade individual deve ser tratada explicitamente, não podendo ser reduzida ou diminuída por omissão.

Embora o princípio da legalidade possua vertentes distintas de interpretação, não pode se tornar letra morta na nossa Constituição. Ao que parece, a regra é: ao Poder Público só e dado fazer o que a lei expressamente autoriza. Naqueles casos em que a ausência de lei cause sérios gravames aos administrados (o que não parece ser o caso da desaposentação, ante a ausência de risco ou vulnerabilidade daquele que auferê salário e aposentadoria), o silêncio poderia ser interpretado como possibilidade.

Ainda sobre a necessidade de previsão legal para a desaposentação, esclarece SARRUF<sup>36</sup>:

Não se pode negar que o que se busca com a desaposentação é, em princípio, de iniciativa louvável, vez que os direitos sociais existem em favor de seus destinatários e, no caso específico do sistema da Seguridade Social, visa a proteção ao segurado. Por outro lado, também é incontestável que o mecanismo utilizado para tal consecução não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, e admitir o instituto da desaposentação sem que haja tratamento legal adequado é violar a teoria do desfazimento dos atos administrativos.

Ora, a aposentadoria legitimamente concedida não pode ser desfeita sem que esteja eivada de algum vício. Se o ato de aposentação é vinculado à lei, não se admite, por decorrência lógica, seu desfazimento sem estrita observância dos critérios legais. Nesse caso, parece que a melhor interpretação do silêncio da norma é a negativa do direito.

E, se o ato de aposentação é revestido de formalidades legais para sua validade, seu desfazimento não pode ser de forma distinta em razão do princípio do paralelismo das formas que, na dicção de BONAVIDES, um ato jurídico só se modifica mediante o emprego de formas idênticas àquelas adotadas para elaborá-la<sup>37</sup>.

E não se trata aqui de invocar o princípio da legalidade contra os administrados de forma a restringir seus direitos. É que como já se disse, o aposentado que retorna à atividade não está em situação de vulnerabilidade, fazendo uma simples opção de melhorar seus proventos. Ademais, se não há previsão legal, sequer há o direito e, a eventual concessão judicial da desaposentação, traduz-se em violação dos direitos de todos os outros aposentados que não postularam em Juízo tal

36 CARDOSO, Rodrigo Felix Sarruf. A desaposentação do servidor público. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1429, 31 maio 2007.

37 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

benesse, bem como de todos os outros segurados que custeiam o sistema previdenciário.

Vale aqui transcrever a lição de SILVA<sup>38</sup>:

O princípio da legalidade é a nota essencial do Estado de direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito [...] porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda sua atividade fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão dos poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, senão em virtude de lei. Ademais, além de ausência de norma autorizadora, há obstáculos normativos expressos, como o inciso II do artigo 96 da Lei 8213/91 que determina a impossibilidade de se contar tempo de serviço por um sistema para concessão de aposentadoria em outro, bem como o o artigo 181-B do Decreto 3048, que somente permite a desistência do pedido de aposentadoria desde que a intenção seja manifestada antes do recebimento da primeira prestação do benefício. Ultrapassado tal prazo, torna-se a aposentadoria irretratável e irrenunciável.

Não é demais esclarecer que a presunção de legitimidade dos atos administrativos é decorrência da observância da legalidade. E, em se tratando de princípio constitucional, a legalidade, quando observada estritamente, torna o ato imutável. Os atos administrativos se subordinam à Constituição e, assim, tornam-se válidos e de observância obrigatória. Aqueles que defendem a possibilidade de desaposentação, arrimam-se no argumento que o artigo 181-B do Decreto 3048/99 é inconstitucional, pois extrapola os lindes normativos, o que não se sustenta.

Vale aqui transcrever os ensinamentos de BARROSO E BARCELOS sobre “o princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do poder público<sup>39</sup>”:

A Constituição contém o código de conduta dos três Poderes do Estado, cabendo a cada um deles sua interpretação e aplicação no âmbito de sua competência. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se

38 SILVA, op. cit, p. 172.

39 BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes. O princípio da presunção de constitucionalidade, portanto, funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

É no caso do artigo 181-B do Decreto 3048/99, não existe inconstitucionalidade patente, tanto é assim que há grandes discussões e dissensos jurídicos a seu respeito. Também não há ilegalidade, pois a Lei de Benefícios não prevê a desaposentação, donde se conclui que a desaposentação é uma criação do Judiciário sem previsão legal expressa. Talvez a interpretação dada pelo Judiciário, inovando ao conceder a desaposentação, possa ferir a separação dos Poderes, pois exerce atividade legiferante. O fato do segurado ter continuado a trabalhar após a aposentadoria, continuando a contribuir para o RGPS, não lhe gera o imediato direito de exigir novo benefício, pois esse direito não está previsto em lei expressamente, mas decorre de interpretação jurídica. Se para a concessão da aposentadoria é necessário o implemento de condições estabelecidas em lei, na desaposentação não poderia ser diferente, não existindo no nosso ordenamento previsão para tal procedimento. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte aresto do C. TRF da 3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. PRELIMINAR JUSTIÇA GRATUITA. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. I - Pedido de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria percebida pela parte autora por outra mais vantajosa, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, sem restituição dos proventos percebidos. II - Preliminar rejeitada. O art. 4º, § 1º da Lei 1060/50 dispõe que a mera declaração da parte a respeito da impossibilidade de assunção dos encargos decorrentes da demanda gera presunção relativa do estado de hipossuficiência. III - O recorrente recebe benefício de aposentadoria, no valor de R\$ 2.495,07 (competência 06/2013). IV - Resta afastada a presunção juris tantum da declaração de hipossuficiência apresentada na demanda previdenciária. IV - O tempo de serviço posterior à aposentadoria não gera direito à nova aposentadoria dentro do Regime Geral de Previdência Social nem pode ser computado para fins de aumento de coeficiente de aposentadoria proporcional. V - Se a lei de regência somente previu o aproveitamento da atividade e das contribuições recolhidas posteriormente à aposentadoria para fins de salário-família e de reabilitação profissional, não pode o Poder

Judiciário, em evidente quebra do princípio da Separação de Poderes, exercer função legislativa e permitir que o segurado substitua o benefício em manutenção. VI - Pretensão não encontra amparo no ordenamento jurídico vigente, afrontando o princípio da estrita legalidade que norteia os atos administrativos. VII - O fato de o aposentado se tornar contribuinte não leva à necessidade de o Estado oferecer contraprestação, já que vigora, no sistema previdenciário, o princípio da solidariedade entre indivíduos e gerações. VIII - Não se ignora o julgamento proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça no RESP nº 1.332.488/SC, submetido à disciplina do artigo 543-C do Código de Processo Civil, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 08/05/2013, DJe 14/05/2013. IX - A matéria em debate também é objeto de análise pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 661256/SC, Rel. Min. Ayres Britto, que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional. X - O artigo 102, da Constituição Federal, determina que uma vez reconhecida a existência de repercussão geral da matéria constitucional, a competência para exame da matéria é constitucionalmente atribuída à Corte Suprema. XI - Da manifestação do então Ministro Relator constou ser “oportuna a submissão do presente caso ao Plenário Virtual, a fim de que o entendimento a ser fixado pelo Supremo Tribunal Federal possa nortear as decisões dos Tribunais do País nos numerosos casos que envolvem a controvérsia”. XII - O artigo 543-C, do Código de Processo Civil, não impede o julgamento do tema de maneira diversa, posto que “mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial” (art. 543-C, § 8º, CPC). XIII - Apelo da parte autora desprovido. XIV - Sentença mantida.

(Apel. Cível nº 177/933, processo nº 00309364220124039999. 8ª Turma, Juíza Raquel Perrini, j.26/08/2013).

### 3.5 Decadência e desaposentação

O artigo 103 da Lei de Benefícios da Previdência Social, 8213/91, prevê o prazo decadencial dez anos para que o segurado possa postular a revisão do ato de concessão de seu benefício, a contar do primeiro dia do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar ciência da decisão indeferitória no âmbito administrativo.

Houve pequena celeuma jurisprudencial acerca do cabimento desse prazo decadencial para os pedidos de desaposentação, mas a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso repetitivo interposto pelo INSS (REsp 1340381) afastou essa possibilidade. O fundamento para que se afaste a contagem do prazo de decadência nos casos de desaposentação, é que não se trata de revisão no ato de concessão do benefício, mas renúncia de uma aposentadoria com a concessão de novo benefício mais vantajoso ao segurado. Vale transcrever o aresto:



PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA. INAPLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA DA DESAPOSENTAÇÃO. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR. SENTENÇA DECLARATÓRIA.

1. O prazo decadencial aplica-se nas situações em que o segurado visa a revisão do ato de concessão do benefício. A desaposentação não consiste na revisão desse ato, mas no seu desfazimento, tendo em vista tratar-se de direito patrimonial personalíssimo disponível. Assim, não há prazo decadencial para a desaposentação.

2. É pacífico o entendimento de que a aposentadoria, direito patrimonial, se insere no rol dos interesses disponíveis, razão por que não há como negar o direito do segurado de renunciar ao benefício de aposentadoria a que faz jus.

3. O art. 181-B do Dec. n. 3.048/99, acrescentado pelo Decreto n.º 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita, porquanto somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos (inciso II do art. 5º da CRFB).

4. O provimento concedido tem natureza e eficácia meramente declaratórias, uma vez que a condenação da autarquia em deferir a renúncia da aposentadoria, mediante a devolução dos valores recebidos, importaria em entrega de título judicial condicional, o que é vedado por lei.

5. Se o segurado pretende renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos com correção monetária.

6. As quantias devem ser repetidas integralmente e em ato único.

7. Impossibilidade de compensação dos valores a serem devolvidos ao INSS com os proventos do novo benefício a ser concedido, sob pena de burla ao § 2º do art. 18, uma vez que as partes já não mais seriam transportadas ao status jurídico anterior à inativação (por força da necessidade de integral recomposição dos fundos previdenciários usufruídos pelo aposentado).

#### **4 SOLIDARIEDADE DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO E EQUILÍBRIO FINANCEIRO ATUARIAL**

As contribuições da atividade laborativa do segurado aposentado destinam-se ao custeio do sistema, conforme reza o artigo 11, parágrafo 3º da Lei 8213/91, sendo-lhes vedada outra destinação, salvo para custear o salário-família e reabilitação profissional (artigo 18, parágrafo 2º da

Lei 8213/91). Assim, não seria permitida a concessão ao aposentado de qualquer outro benefício, inclusive a aposentadoria.

Ocorre que o sistema previdenciário brasileiro é pautado na solidariedade, de forma que as contribuições são destinadas a custear todo o sistema e não assegurar individualmente os benefícios dos contribuintes. Como ensina MARTINS<sup>40</sup>:

A solidariedade pode ser considerada um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social, previsto implicitamente inclusive na Constituição. Sua origem é encontrada na assistência social, em que as pessoas faziam uma assistência mútua para alguma finalidade e também com base no mutualismo, de se fazer um empréstimo ao necessitado. É uma característica humana, que se verifica no decorrer dos séculos, em que havia uma ajuda genérica ao próximo, ao necessitado.

Assim, a base da Seguridade Social está no sentido de que todos os segurados participam do custeio para cobrir contingências sociais de quem necessitar. Os sinistros são custeados por todos, já que o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil é: “constituir uma sociedade livre, justa e solidária” (art.3º, I, CF/88). As cotizações de todos custeiam o sistema, sendo que a base de financiamento é diversificada. O princípio do solidarismo é constitucional.

Nesse contexto, as contribuições destinadas ao custeio geral do sistema previdenciário não pressupõem benefícios diretos à pessoa do contribuinte. As contribuições sociais vertem para um único fundo, cujo escopo é financiar qualquer beneficiário que atenda aos requisitos legais. Trata-se de um pacto entre gerações em que a atual geração de ativos paga as contribuições que garantem os benefícios dos inativos. Assim, a obtenção de benefícios não é consequência automática do recolhimento de contribuições individualmente efetuadas.

Se a Constituição Federal, em seus artigos 195, 195 e 40 determina a participação solidária, não há dúvidas sobre a existência de contribuintes que não sejam beneficiários, como bem elucida MARTINS<sup>41</sup>:

Há solidariedade entre as pessoas na cotização do sistema para a concessão do futuro benefício. Existe um contrato entre gerações... A massa de recursos arrecadada de todos é que paga os benefícios dos trabalhadores.... O aposentado que volta a exercer atividade remunerada tem relação de contribuinte, embora já esteja protegido pelo sistema, tanto que recebe benefício. (grifos nossos)

E como fica a questão à luz da desaposentação? Nesse aspecto, há muitas questões que se apresentam, como: as contribuições que são

40 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 53-54.

41 *Ibidem*, p. 54.

vertidas após a aposentação são suficientes para custear o novo benefício? A não restituição dos valores pagos na primeira aposentadoria quando da concessão do benefício fere o equilíbrio financeiro atuarial?

Com efeito, um dos argumentos mais fortes contra a desaposentação é a inexistência de fonte de custeio que gera desequilíbrio atuarial. O artigo 201 da Constituição Federal, em seu caput, estabelece que devem ser preservados o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social. A jurisprudência oscila em três sentidos: 1) não é possível a desaposentação, já que não há autorização legal e respaldo financeiro-actuarial; 2) admite a desaposentação, desde que haja restituição das parcelas recebidas do benefício renunciado; 3) admite a desaposentação, sem restituição dos valores.

Sobre o tema, parte expressiva da doutrina entende que, se a desaposentação ocorre em regimes previdenciários distintos, não há fonte de custeio, porém, quando se dá dentro do mesmo regime, não há óbices, como pondera IBRAHIM<sup>42</sup> no artigo já citado, Desaposentação – Novos Dilemas:

Quando a desaposentação ocorre dentro do mesmo regime, em especial o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, não acredito haver maiores problemas, pois o segurado, ao retornar ao trabalho, volta a contribuir propiciando um ingresso de receita imprevisto no sistema e, portanto, justificador de um recálculo de sua aposentadoria que é ao final a razão de ser da desaposentação.

No entanto, quando a desaposentação objetivar a averbação do tempo de contribuição em Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, a situação gera maior resistência, pois não é incomum que tal procedimento venha originar benefícios vultosos no RPPS com averbação de contribuições mínimas ao RGPS.

Apesar de impressionar, o argumento não convence. Não é necessária uma demonstração matemática para expor que a desaposentação, nessas hipóteses, claramente propiciará benefícios de aposentadoria sem a correspondente fonte de custeio adequada, ou seja, sem embasamento atuarial.

Entende esse autor que, dentro do mesmo regime, as cotizações posteriores ao jubramento, por serem imprevistas, geram um acréscimo que serviria de lastro para a nova aposentadoria. Mas há de se questionar se há suficiência dessas contribuições para o fim almejado, questão essa que deve ser vista sob o enfoque da restituição dos valores do benefício renunciado. Vale enfatizar que muitos que defendem a desaposentação não são favoráveis à restituição de valores, já que legitimamente recebidos como verbas alimentares, além da suposta inviabilidade financeira do segurado que seria obrigado a devolver somas vultosas.

42 IBRAHIM, op. cit.

Parece ser consenso na doutrina que, em se tratando de regimes diversos, o desequilíbrio financeiro atuarial está presente. Isso porque o regime que custeava a aposentadoria renunciada terá que indenizar o regime que concederá o novo benefício, de forma que a mesma massa de contribuições seria responsável por duas despesas: os proventos da aposentadoria renunciada e a indenização do outro regime mediante contagem recíproca. Claras são as explicações de FIGUEIRA e OLIVEIRA<sup>43</sup>:

Por exemplo: um segurado já aposentado pelo RGPS faz concurso público e é aprovado, passando a ocupar cargo público efetivo, do que decorre sua filiação a regime próprio de previdência social. Chegando aos setenta anos de idade, é compulsoriamente aposentado, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art.40, parágrafo 1º, II da Constituição). Observando ele que, se a aposentadoria do regime próprio fosse integral, a diferença entre a aposentadoria proporcional que já recebe e a aposentadoria integral que receberia no regime próprio supera o valor da aposentadoria do RGPS de que é titular, irá pretender desaposentar-se no RGPS, para que o tempo de contribuição prestado pelo RGPS seja computado no regime próprio, e assim sua aposentadoria no regime próprio passará a ser integral.

Isto gerará clara despesa em duplicidade ao RGPS: as contribuições recebidas pelo RGPS já foram transferidas, ao menos parcialmente, se não integralmente, se já aposentado desde longa data, ao segurado, na forma de proventos de aposentadoria, de modo que o lastro financeiro à aposentadoria não está mais em poder do RGPS, que ainda assim acaba obrigado a transferir essas contribuições ao regime próprio, mediante compensação (art.201, parágrafo 9º da Constituição). Aí reside o desequilíbrio: de um mesmo fato gerador de receita (contribuições), exsurtem, para o RGPS, duas obrigações, quando o correto é que a existência de uma obrigação exclua a outra.

Em se tratando da desaposentação dentro do mesmo regime, a questão é bem controvertida. Na realidade, esse seria um caso de revisão de benefício desatrelada de qualquer erro na concessão, mas por incorporação de fatos posteriores ao início da aposentadoria. Isso porque a nova aposentadoria contará com outro período contributivo, acréscimo de idade do segurado e novos salários-de-contribuição.

Os mesmos autores explicitam que o desequilíbrio dentro do mesmo regime decorre do fato de que as aposentadorias são calculadas considerando a soma de contribuições e a massa de proventos dos contribuintes. Se a desaposentação fosse permitida, o cálculo da nova aposentadoria seria feito como se não houvesse o segurado recebido qualquer valor de aposentadoria.

43 FIGUEIRA, Adriano Almeida; OLIVEIRA, Rafael Machado. *Memorial tópico sobre a tese da desaposentação com novos argumentos*. Rio de Janeiro: Advocacia Geral da União – PFE- INSS, 2012.

Para demonstrar essa assertiva, os autores popõem um modelo hipotético e depois chegam à seguinte conclusão<sup>44</sup>:

Esse resultado, ademais, é um fato um tanto previsível, já que a segunda aposentadoria adota elementos de cálculo próprios a segurados que nada retiraram a título de proventos previdenciários. Ou seja, a segunda aposentadoria é calculada como se fosse a primeira aposentadoria que o segurado irá fruir. A tese da desaposentação parece ignorar que as bases financeiras que latreiam a nova aposentadoria, ou o incremento da aposentadoria, se vista com revisão daquela primeira aposentadoria, foram consumidas no pagamento dos proventos relativos ao período entre o início da primeira e o início da segunda aposentadorias.

[...]

Por isso que a defesa da Previdência Social postula, em juízo, que eventual desaposentação seja condicionada à restituição dos proventos recebidos antes da nova data de início de benefício pretendida: não é que o recebimento dos proventos fosse indevido, mas sim que isto seria necessário ao reequilíbrio entre as contribuições feitas pelo segurado e os proventos que irá receber. Tal equilíbrio é condição exigida pelo art. 201 da Constituição.

Além dessa questão, há de se levar em conta os efeitos do ato de desfazimento da aposentadoria. Por força do disposto no parágrafo 2º do artigo 18 da Lei 8213/91, o segurado aposentado que permanecer em atividade não faz jus à aposentadoria. Sendo assim, não é dado desaposentar-se sem retornar ao status anterior, o que equivaleria à restituir os valores recebidos pela primeira aposentadoria.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, no pedido de uniformização nº 2008.72.58.00.2292-9, assim se pronunciou:

Assim sendo, este dispositivo legal veda que o segurado já aposentado possa fazer jus a nova aposentadoria, vedando, conseqüentemente, a desaposentação sem retorno ao status quo ante, ou, noutros termos, vedando a desaposentação sem desfazimento do ato jurídico perfeito que o ato de concessão da primeira aposentadoria encerrou.

E isto é uma decorrência lógica-sistemática da aplicação combinada de dispositivos da Constituição Federal: o art.5º, inciso.XXXVI (quanto ao ato jurídico perfeito), o art.194, parágrafo único, inc.IV (equidade na forma de participação no custeio) e o caput e parágrafo 5º do art.195 (equilíbrio atuarial entre benefícios e custeio).

Ora, embora como, já referido, a imutabilidade do ato jurídico perfeito (art.5º, XXXVI, CF/88) consubstancie uma garantia do administrado contra o Estado, e não o inverso, o seu desfazimento não pode acarretar prejuízo ao Estado, como aquele acarretado no caso.

44 FIGUEIRA; OLIVEIRA, op. cit.

Isto por ser evidente o prejuízo ao sistema de custeio do RGPS a causar inegável desequilíbrio atuarial, pois aquele que se aposenta proporcionalmente com determinados proventos e continua trabalhando ou volta ao trabalho deixa de ser um simples contribuinte, recebendo benefício e recolhendo contribuição previdenciária apenas sobre a sua remuneração. Diferentemente, se não tivesse se aposentado proporcionalmente, mas aguardando o implemento dos requisitos para a aposentadoria integral, seria um simples contribuinte até então, e não um receptor.

Em sentido oposto, contudo, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça pacificado pela Primeira Seção no REsp 1.334.488/SC (julgado pelo rito do art. 543-C do CPC) no sentido de que:

É possível a renúncia à aposentadoria por tempo de serviço (desaposentação) objetivando a concessão de novo benefício mais vantajoso da mesma natureza (reaposentação), com o cômputo dos salários de contribuição posteriores à aposentadoria anterior, não sendo exigível, nesse caso, a devolução dos valores recebidos em razão da aposentadoria anterior.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou concretamente sobre o tema, já que está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário – RE 661256 que reconheceu a repercussão geral no que diz respeito à questão constitucional suscitada sobre a validade jurídica da desaposentação. Transcreve-se a ementa:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º do ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/ CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso.

Enfim, como não há norma que regulamente a desaposentação, a jurisprudência é que se encarregará de dar os devidos contornos do instituto, o que deverá ser feito com o julgamento da questão de repercussão geral citada.

## 5 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os nossos tribunais ainda são vacilantes quanto ao tema. Há posicionamentos que defendem a desaposentação sem devolução dos

valores, outros entendem que é devida a restituição e por fim, parte das decisões negam o direito.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou concretamente sobre o tema, já que está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário – RE 661256 que reconheceu a repercussão geral no que diz respeito à questão constitucional suscitada sobre a validade jurídica da desaposentação. A controvérsia que o Supremo pretende pacificar está pautada nas seguintes questões: 1) o segurado pode renunciar à aposentadoria?; 2) em caso positivo, está compelido a devolver os valores recebidos?; 3) após o retorno à atividade, é possível recalcular a parcela de aposentadoria? e 4) é constitucional o artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8213/91?.

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) entende que a desaposentação somente é possível mediante a devolução dos proventos já recebidos. Cite-se, por exemplo, o PEDILEF 2008.72.58.002292-9/SC, em que há didática explanação sobre o desequilíbrio financeiro atuarial gerado pela possibilidade de desaposentação da aposentadoria proporcional para obtenção de aposentadoria integral. Transcreve-se trecho com relevante fundamentação nesse sentido:

[...]

Além disso, admitir a desaposentação sem a devolução dos proventos já recebidos em virtude da primeira aposentadoria (proporcional) significaria tornar letra morta o direito a aposentadoria proporcional previsto na Lei 8213/91 até o advento da EC nº 20/98, pois significaria admitir que a concessão de aposentadoria proporcional somente produziria efeitos a favor do segurado - que, na prática, deixaria de ser um simples contribuinte (passando a ser um recebedor)-, não estabilizando a relação de benefício-custeio em face do RGPS, incorrendo em violação direta ao princípio da equidade na forma de participação do custeio (art.195, parágrafo único, inc. V, da Constituição Federal), mesmo porque o segurado que esperou para se aposentar intergalmente teria sido prejudicado em relação àquele que se aposentou proporcionalmente e depois de desaposentou sem devolução para se aposentar integralmente, pois o próprio STF já decidiu que o inverso não é possível, ou seja, que aquele que se aposentou integralmente não pode desfazer o ato de concessão de sua aposentadoria para fins de obtenção de aposentadoria proporcional, concluído que:

“... O que acontece é que o autor, na época própria, não se aposentou com proventos proporcionais. Aposentou-se com proventos integrais, cerca de quatro anos depois da data em que poderia aposentar-se com proventos proporcionais. Não seria possível, então, o desfazimento do ato que o aposentou, com proventos integrais, para lavrar-se outro, com proventos proporcionais.”

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado pela Primeira Seção no REsp 1.334.488/SC (julgado pelo rito do art. 543-C do CPC) no sentido de que

É possível a renúncia à aposentadoria por tempo de serviço (desaposentação) objetivando a concessão de novo benefício mais vantajoso da mesma natureza (reaposentação), com o cômputo dos salários de contribuição posteriores à aposentadoria anterior, não sendo exigível, nesse caso, a devolução dos valores recebidos em razão da aposentadoria anterior”.

Os Tribunais Federerais ainda não são coesos sobre o tema. Ao que parece, até que o STF julgue o Recurso Extraordinário – RE 661256 haverá decisões nos três sentidos: impossibilidade da desaposentação, possibilidade com ou sem restituição dos proventos.

## 6 CONCLUSÕES

Por fim, pode-se concluir que, enquanto não for suprida a lacuna legislativa, as concessões judiciais de desaposentação não encontram guarida nos princípios constitucionais. Como exaustivamente explicitado, a renúncia da aposentadoria legitimamente concedida não é possível, já que se trata de ato jurídico perfeito e acabado, cláusula pétrea e, como tal, inalterável. Sem autorização legislativa para desfazimento do ato, há lesão ao princípio da legalidade dos atos públicos, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal.

Inobstante ainda haja grande controvérsia sobre o tema, o judiciário vem se inclinando a conceder as desaposentações rechaçando o argumento da autarquia previdenciária sobre a lesão ao princípio da legalidade. Contudo, demonstrou-se que, além de não haver norma que autorize a desaposentação, o Decreto 3048/99, que foi recepcionado pela Constituição, confere claro caráter de irrenunciabilidade das aposentadorias. É que a busca de um benefício mais vantajoso por parte do segurado não tem o condão de desequilibrar todo o sistema de seguridade social, concedendo benefício sem a fonte de custeio adequada e, assim, prejudicando toda a classe de contribuintes.

Esse desequilíbrio financeiro fica ainda mais evidente quando as decisões judiciais determinam a desaposentação sem a devolução dos valores auferidos em razão da primeira aposentadoria. O interesse de um segurado em auferir benefício mais vantajoso não pode causar prejuízos a toda a massa de contribuintes, pois o interesse público deve prevalecer sobre o individual. Da mesma maneira, a invocação dos princípios do Estado Democrático de Direito, em especial a obrigação de assegurar o mínimo existencial aos cidadãos não se sustenta, pois como demonstrado, o aposentado que auferir salário e proventos já está amparado, não se configurando situação de risco social. Conceder as desaposentações sem devolução dos valores seria perpetrar enriquecimento ilícito do segurado.



Como se não bastasse, chancelar os casos de desaposentação nesse cenário controvertido da jurisprudência pode favorecer aqueles que pretendem, ao postular nova aposentadoria, beneficiar-se de legislação posterior mais benéfica, em detrimento do tempus regit actum observável nas concessões de benefícios previdenciários, causando grande instabilidade jurídica.

Enfim, espera-se que, ao final do presente trabalho, tenha se estabelecido parâmetros ainda que mínimos para abordagem da desaposentação dentro da ordem jurídica vigente, direcionando-se as questões legais e sociais que o tema envolve. Vale a ressalva de que, ainda que haja suposto direito de busca de benefício mais vantajoso pelo aposentado, tal direito deve ser visto dentro de duas perspectivas: a primeira, das possibilidades legais e princípios da administração pública, a segunda, dentro da dimensão social que envolve o equilíbrio do sistema de seguridade social.

#### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARAÚJO, Isabella Borges de. *A desaposentação no direito brasileiro*. disponível em: [www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_marco2007/.../dis6.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2007/.../dis6.doc).

BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Felipe Epaminondas de. *Desaposentação: uma luz no fim do túnel*. Disponível em: <http://www.foreNSE.com.br/Artigos/Autor/FelipeCarvalho/desaposen-tacao.html>.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Desaposentação. São Paulo: LTR. In: *Revista de Previdência Social*, ano XXIX, nº 301, dez. 2005.

FIGUEIRA, Adriano Almeida; OLIVEIRA, Rafael Machado. *Memorial tópico sobre a tese da desaposentação com novos argumentos*. Rio de Janeiro: Advocacia Geral da União – PFE- INSS, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JUNIOR, Miguel Horvath. *Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LIMA, Alberto Barbosa. *Reformas da Previdência e Contribuições dos Servidores Inativos e Pensionistas*. Como o STF lida com um problema econômico que conflita com os direitos adquiridos? (Uma análise da ADI 3105). Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/310\\_Alberto%20Barbosa%20Lima.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/310_Alberto%20Barbosa%20Lima.pdf).

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: RT, 1982.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Previdenciário*. Tomo I – Noções de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr, 1997.

\_\_\_\_\_. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOSER, Jacqueline Maria. *O direito adquirido e sua repercussão no direito previdenciário*. Tese de Mestrado, PUC/PR, Curitiba: abr. 2005.

DE PLÁCIDO e SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 4. ed. Rio-São Paulo: Forense, 1975.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (org.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Carlos Magno de. *Eficiência e Legalidade na Administração Pública Contemporânea*.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: Altas, 2013.

---

## UMA ANÁLISE SOBRE A LIMITAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA PREVISTO NO ARTIGO 20 PARÁGRAFO PRIMEIRO DA LEI 8.742/93 (LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL - LOAS), SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

---

*Carolina Bellini Arantes de Paula*  
*Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Capítulo 1 - O Benefício assistencial de prestação continuada; 1.1 O panorama constitucional da Assistência Social; 1.2 A previsão constitucional e a eficácia normativa do benefício de prestação continuada 1.3 Requisitos do benefício de prestação continuada ; 1.3.1 O critério da renda per capita; 1.3.2 O grupo familiar; 1.3.2.1 “Viver sob o mesmo teto”; 2 Capítulo 2 - O dever alimentar da família; 2.1 O conceito amplo de família no ordenamento; 2.2 Relações de parentesco e obrigação alimentar; 3 Capítulo 3 - A essencialidade da adequação do grupo familiar no benefício assistencial de prestação continuada; 3.1 A família como provedora assistencial primária; 3.2 A moldura contemporânea do grupo familiar e a concessão do benefício de prestação continuada; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** No Estado Democrático de Direito anunciado pela Constituição Federal de 1988 os contornos do conceito constitucional de família norteiam todo o sistema jurídico em vigor. O presente estudo, sem a intenção de esgotar o tema, tem o escopo de questionar a validade das limitações ao conceito de família para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, prescritas no artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8742/93, face ao contido nos artigos 203, inciso V e 226 e seguintes da Constituição Federal. Para tanto, aprecia a Assistência Social e sua atuação subsidiária na guarida dos hipossuficientes, diante do dever primário de sustento da família. Ademais, analisa os ditames constitucionais e legais, em especial os prescritos no Código Civil, acerca da estrutura familiar e dever alimentar. Outrossim, verifica os requisitos do benefício assistencial de prestação continuada, para, ao final, pregar a sua concessão atrelada à sua matriz constitucional, ou seja, apenas aos idosos e deficientes que, não possam promover a própria subsistência e nem contar com a ajuda de seus familiares, nesses englobados todos aqueles que possuam o dever de assisti-los com pagamento de alimentos, em virtude de laços de sangue, adoção, socioafetividade, afinidade ou, ainda, qualquer relacionamento de comunhão plena de vida embasado na afetividade.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a estrutura da Seguridade Social (artigos 194 a 204)<sup>1</sup>, inserida no contexto da Ordem Social, possuindo como fundamentos e objetivos a prestação de serviços e benefícios nas áreas da Saúde, Assistência e Previdência Social.

Especialmente no que concerne à Assistência Social, o constituinte impôs dentre os seus objetivos a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.<sup>2</sup>

A Lei 8.742/1993 (LOAS) disciplinou a organização da Assistência Social, notadamente prescrevendo os requisitos para a concessão deste benefício de prestação continuada.

Em síntese, estabeleceu que são sujeitos ativos do mencionado benefício os idosos (pessoas com 65 anos ou mais) e os deficientes (pessoas com impedimentos de longo prazo, qual seja pelo prazo mínimo de 2 anos, de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem

1 O direito à segurança social foi preconizado, expressamente, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 22, que prescreve: "Artigo XXII – Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade."

2 Artigo 203 inciso V da Constituição Federal

obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas) que não possam prover a sua manutenção ou tê-la provida por sua família.

Ocorre que limitou o conceito de família, restringindo-o ao grupo composto pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Nesse contexto, insere-se o tema da presente pesquisa, qual seja, a apreciação dos contornos constitucionais dos requisitos legais do benefício assistencial de prestação continuada, em especial a moldura do grupo familiar a ser considerada, porque a sua concessão depende da aferição da miserabilidade em função dos membros que a integram.

De fato, sob os auspícios das prescrições constitucionais que regem a Assistência Social, evidencia-se o caráter secundário do dever alimentar do Estado, pois a obrigação primária de sustento do hipossuficiente, que não possui amparo na Previdência Social, é de sua família, conforme expressamente consigna o artigo 203, inciso V da Constituição Federal.

Já os contornos do conceito de família serão questionados com espede nas modernas concepções do instituto, a fim de comprovar a invalidade do ditame legal disposto no parágrafo primeiro do artigo 20 da Lei 8.742/93, que limita os familiares àqueles que residam sob o mesmo teto ou, para alguns membros, que tenham o estado civil de solteiro. Isso porque afasta os parentes que não residam sob o mesmo teto ou sejam casados e, que, segundo a Constituição e o Código Civil, possuam obrigação alimentar, impedindo a efetiva mensuração, no caso concreto, da condição de miserabilidade do grupo familiar.

O artigo 203 inciso V da Constituição Federal, ao criar tal benefício, estabeleceu que a sua concessão apenas será efetuada pelo Estado, se a família do requerente não dispuser de meios para provê-lo. Outrossim, não restringiu o dever alimentar aos familiares que residam na mesma moradia ou sejam solteiros. No mesmo norte, os artigos 227 e seguintes da Constituição Federal que expressa e amplamente tutelam o direito de família.

Nesse diapasão, o Código Civil disciplina a obrigação alimentar entre parentes estabelecendo que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às despesas de sua educação<sup>3</sup>.

Emerge, portanto, a seguinte pergunta: se o solicitante do benefício possuir parentes legais que possuam meios de sustentá-lo, mas não se enquadrem nos parâmetros fixados no parágrafo primeiro do artigo 20 da Lei 8.742/93, notadamente não residam sob o mesmo teto, fará ele jus ao

<sup>3</sup> Artigo 1.694 do Código Civil. Dita, ainda, o Código Civil, acerca das relações de parentesco, que são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes e na linha colateral, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra, conforme artigos 1.591 e 1.592.

benefício? Procedendo à leitura pelos ditames constitucionais acerca do direito de família e do dever sucessivo estatal de concessão do benefício de prestação continuada, parece-nos que não.

Exemplificando, qual seria a razão de isentar os filhos, com condições econômicas que não residam com seus pais idosos desamparados, do dever de alimentos? Ou, ainda, de afastar o dever de alimentos dos parentes com possibilidades financeiras de amparar algum deficiente carente?

Com isso, considerando ser o benefício assistencial de prestação continuada condicionado às necessidades do indivíduo e das possibilidades econômicas de sua família, relevante é a definição da composição desta.

Daí a premência do tema do estudo em apreço que é desenvolvido ao longo de três capítulos.

O primeiro capítulo examina os requisitos legais do benefício de prestação continuada, sob o prisma constitucional da Assistência Social, mormente do ditame contido no artigo 203 inciso V da Constituição Federal.

Nesse cenário, destaca o caráter residual de atuação da Assistência Social e por outro lado o dever primário da família em zelar pelo sustento dos seus, a fim de melhor compreender o benefício em apreço.

No mesmo norte, ao apreciar a regra do artigo 203 inciso V da Constituição Federal, verifica-se a existência de paradigma de controle de validade e vetor de orientação interpretativa.

Sob tais considerações constitucionais, analisa as exigências legais para a concessão da benesse, em especial o critério da renda per capita e do grupo familiar, pela pertinência ao presente trabalho.

O segundo capítulo visa ao estudo, com supedâneo nos ditames da Constituição Federal e do Código Civil, do conceito de família no ordenamento, as relações de parentesco e a obrigação alimentar primária dela decorrente. Para então, no terceiro capítulo propor a adequação do conceito de família previsto na lei que rege o benefício de prestação continuada ao viés contemporâneo, vale dizer, sem se proceder a restrições de residência sob o mesmo teto ou, ainda, em razão do estado civil dos seus membros.

Nessa ordem lógica de ideias, almejamos alcançar o objetivo principal da presente pesquisa, cujas conclusões foram ordenadas ao final, na esperança de ter contribuído para a introdução de novos elementos para a discussão do tema e, num espectro mais amplo, para a conscientização de todos os operadores do Direito na busca da concretização da justiça social.

No desenvolvimento do tema proposto, foi privilegiado o método dialético, por meio da análise e discussão das posições doutrinárias antagônicas em face de cada argumento ou problema<sup>4</sup>, bem como pela discussão dos posicionamentos jurisprudenciais, possibilitando uma abordagem dinâmica e total do objeto investigado.

<sup>4</sup> MARCHI, E. C. S. *Guia de metodologia jurídica: teses, monografias e artigos*. Lecce (Itália): Edizioni Del Grifo, 2000. p. 105.

E, na elaboração do presente, além das fontes formais do Direito, foram utilizados livros, artigos de revistas especializadas e demais documentos que se mostraram úteis e concernentes ao tema, sem qualquer pretensão exaustiva, primando-se pela visão crítico- contemporânea do tema.

## 1 CAPÍTULO 1 - O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

### 1.1 O panorama constitucional da Assistência Social

Assistência, etimologicamente, ensina a doutrina<sup>5</sup>, quer dizer “sentar-se perto”. Semanticamente é “favor”, “esmola” e, tecnicamente, “a forma de solidariedade, incondicionada a qualquer prestação equivalente à retribuição ou preço, destinada a socorrer, ajudar ou amparar os homens em suas necessidades vitais.”

A Assistência Social tem, portanto, o intuito de diminuir as diferenças sociais, prover os mínimos sociais e atender às necessidades básicas do indivíduo, servindo a quem dela necessitar.

Assim, é definida por Marcelo Leonardo Tavares como sendo:

[...] um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida. É um direito social fundamental e, para o Estado, um dever a ser realizado por meio de ações diversas que visam atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas da existência humana, tais como a maternidade, infância, adolescência, velhice e para as pessoas portadoras de limitações físicas.<sup>6</sup>

A Carta de 1988 propugna um projeto de sociedade inspirado na busca do bem comum, através da edificação da “igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”, conforme dita o seu preâmbulo<sup>7</sup>. Neste contexto, o Estado e a sociedade devem envidar seus esforços para concretizar a justiça distributiva esperada, não se tratando, portanto, de escopo isolado do Estado, mas sim de missão destinada a toda a sociedade.

5 SIMÕES, Aguinaldo M. *Princípios de Segurança Social*. São Paulo, 1967. p. 43.

6 TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 215.

7 Transcreve-se a seguir o preâmbulo constitucional: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

E, sob esse panorama, a Assistência Social foi prevista como direito social fundamental<sup>8</sup> e, ao mesmo tempo, como diretriz política<sup>9</sup> a ser prestada aos cidadãos que dela necessitarem.

Na verdade, no contexto da Seguridade Social, a Assistência Social tem o intuito de preencher a lacuna deixada pela Previdência Social, pois é gratuita, ou seja, não exige qualquer contribuição para que o indivíduo vulnerável faça jus aos serviços (sociais, habilitação e reabilitação profissional<sup>10</sup>), aos projetos de enfrentamento da pobreza<sup>11</sup> e aos benefícios (eventuais e benefício de prestação continuada) por ela prestados.

Wagner Balera prelaçiona: “Onde não é devida a proteção previdenciária, é de ser oferecida alguma espécie de cobertura sanitária ou assistencial, tudo em prol do dever da universalidade da cobertura e do atendimento.”<sup>12</sup>

A Assistência Social, na verdade, é residual, ou seja, só haverá Assistência Social quando inexistir Previdência Social e, ainda, somente quando estiverem ausentes o auxílio familiar, o dever de alimentos e, inclusive, a filantropia, dependendo do caso.

Nesse sentido, observa Miguel Horvath Júnior<sup>13</sup>:

A assistência social é direito do cidadão e dever do Estado, é política de seguridade social não contributiva que provê os mínimos sociais. É realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Os sujeitos protegidos são todos aqueles que não têm renda para fazer frente a sua própria subsistência, *nem família que o ampare*, ou seja, pobre na acepção jurídica do termo. (grifo nosso)

Como observa Ingo Wolfgang Sarlet, ao analisar o exercício dos direitos fundamentais prestacionais:

[...] conectando com a reserva do possível e com a distribuição das competências no campo do sistema estatal comunitário, de um modo geral, no que diz com os deveres prestacionais vinculados aos direitos fundamentais, importa mencionar o papel do princípio da subsidiariedade, cuja operatividade transcende a sua já tradicional importância no âmbito do sistema federativo.

8 Artigo 6º. da CF. José Afonso da Silva ensina acerca dos direitos sociais previstos no artigo 6º. : “...podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.” *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 806.

9 Artigo 194 a 203 da Constituição Federal.

10 Artigo 89 da Lei 8.213/91.

11 Artigo 25 da Lei 8.742/93.

12 BARELA, Wagner. Da proteção social à Família. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 13, p. 264, jan. 2003.

13 HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 94.



[...]

Sem que se possa também quanto a este ponto aprofundar o debate, há que se recordar – de acordo com a precisa e oportuna lição de Jörg Neuner – que o princípio da subsidiariedade assume, numa feição positiva, o significado de uma imposição de auxílio, e, numa acepção negativa, a necessária observância, por parte do Estado, das peculiaridades das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si as competências originárias daquelas. Neste sentido, ainda na esteira da lição de Neuner, *o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da autoresponsabilidade” (sic), que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família.*<sup>14</sup> (grifo nosso)

Nesse cenário, a Assistência Social lastreia-se no princípio da solidariedade que alicerça toda a Seguridade Social, ao promover um conjunto de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, com financiamento de todos os cidadãos, amparando todos os necessitados, concretizando a construção da sociedade livre, justa e solidária enunciada pelo artigo 3º inciso I da Constituição Federal.

Ademais, o artigo 1º da Lei 8.742/1993 esclarece que a Assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é política pública de Seguridade Social não contributiva que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade civil, para garantir o atendimento às necessidades básicas de grupos vitimados pela pobreza e pela exclusão social.

A Assistência Social, portanto, como sistema de inclusão social, uma vez que abriga os hipossuficientes, embasa-se essencialmente no princípio vetor da dignidade da pessoa humana. Tal princípio, todavia, não se reduz à imputação de obrigações ao Estado e abstenções aos indivíduos. Muito ao contrário, conforme ensina Igor Ajouz, dele resulta o exercício ativo por parte dos cidadãos em relação aos seus pares. O Estado apresenta-se de forma subsidiária<sup>15</sup>.

O paradigma do Estado oniprovvedor merece ser afastado<sup>16</sup>. Propugna-se a sujeição passiva, direta e horizontal de todos os cidadãos, à efetivação do direito fundamental à assistência, em especial em relação aos parentes com os quais mantêm relações obrigacionais alimentares<sup>17</sup>.

A matriz da solidariedade passa a não ser mais limitada à participação tributária no custeio, destacando-se os papéis assistenciais da família e do Estado.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

15 AJOUZ, Igor. *O Direito fundamental à assistência social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família*. Florianópolis: Modelo, 2012. p. 68.

16 *Ibid.*, p. 68.

17 *Ibid.*, p. 68.

Igor Ajouz, sobre esse tema, questiona: “Se o indivíduo despreza o suporte de seus parentes – tendo eles condições materiais de contribuir com a sua subsistência – não se pode cogitar, caso dirija uma pretensão assistencial em face do Estado, esteja exercendo abusivamente um direito social?”<sup>18</sup>

O papel do Estado, no âmbito da Assistência Social, revela-se residual ao da família, efetivando, na verdade, um refinamento do princípio da seletividade<sup>19</sup>.

Marcelo Leonardo Tavares destaca:

A responsabilidade pelo sustento das pessoas é inicialmente do círculo familiar (arts. 229 e 230 da Constituição c/c art. 1.694, do Código Civil) e, supletivamente, do Poder Público. Sendo assim, somente haverá direito às prestações assistenciais se não houver meios próprios ou familiares de sustento da pessoa.<sup>20</sup>

Ratificando ser a Assistência Social residual, Fábio Lopes Vilela Berbel prelaçona que: “A família é o primeiro grupo social promotor de assistência”<sup>21</sup> e destaca:

A racionalidade do sistema caracteriza a assistência social como residual, pois sua efetiva aplicação está adstrita à ineficiência das outras formas de assistência (familiar e privada). A sociedade age no indivíduo, portanto, somente depois da deficiência ou ineficácia das outras formas de assistência. É hierarquia sistemática, onde a ação é transferida, em princípio, ao primeiro e mais próximo grupo social, isto é, a família. É a família que tem o primeiro dever de assistir, ante a necessidade, o indivíduo familiar (social). A falha ou ineficácia dessa forma de assistência impõe, diante do caráter residual, a ação social. A responsabilidade assistencial que pertencia ao grupo familiar é transferida ao grupo social.<sup>22</sup>

No mesmo sentir, Hermes Arrais Alencar<sup>23</sup> destaca o dever de a família ser a primeira obrigada a socorrer o idoso ou deficiente necessitado, ressaltando:

A obrigação civil dos filhos maiores prestarem alimentos aos pais necessitados deve, quando possível, ser privilegiada pelo Poder Judiciário. A propósito, colacionamos trecho do julgado proferido no processo no. 1999.61.07.003686-7: IX – Note-se que, conforme dispunha o art. 397 do Código Civil/1916, em vigor quando da propositura do feito – 30 de julho de 1999-, os filhos têm a obrigação de prestar alimentos aos pais, nada tendo sido especificado, de forma clara e insofismável, sobre

18 AJOUZ, op. cit., p. 78.

19 Carlos Alberto de Castro e João Batista Lazzari ensinam acerca do princípio da seletividade prescrito no artigo 194 inciso III da CF: “O princípio da seletividade pressupõe que os benefícios são concedidos a quem deles efetivamente necessite, razão pela qual a Seguridade Social deve apontar os requisitos para a concessão de benefícios e serviços. *Manual de Direito Previdenciário*. 13. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 114.

20 TAVARES, op. cit., p. 215-216.

21 BERBEL, Fábio Lopes Vilela. Direito Subjetivo à Assistência Social: conhecimento teórico dos pressupostos concessórios do benefício de assistência social. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, n. 20, out./dez. 2005. p. 50

22 Ibid., p. 52.

23 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 4. ed. São Paulo: Leud, 2009. p. 573.

sua eventual inviabilidade. X – É de se observar, nesse sentido, que o benefício em causa não tem por fim a complementação da renda familiar ou proporcionar maior conforto ao beneficiário, mas, sim, destina-se ao idoso ou deficiente em estado de penúria, que comprove os requisitos legais, sob pena de ser concedido indiscriminadamente em prejuízo daqueles que realmente necessitam, na forma da lei. (TRF 3ª. Região – Apelação Cível – 936345; Órgão Julgador: Nona Turma; Data da Decisão: 06/09/2004; DJU; 5/11/2004 página 426; Relatora: Juíza Federal Marisa Santos)

No mesmo norte, o Estatuto do Idoso<sup>24</sup> explicita o dever do Poder Público, no âmbito da Assistência Social, a prover o sustento dos idosos, apenas e tão somente se o idoso ou seus familiares não possuírem tal condição econômica.

Portanto, o desamparado, antes de buscar a benesse assistencial, deve, sim, previamente pedir alimentos à sua família, conforme ditam também os artigos 227, 229 e 230 da Constituição Federal, o artigo 1.694 do Código Civil e o artigo 14 do Estatuto do Idoso.

## 1.2 A previsão constitucional e a eficácia normativa do benefício de prestação continuada

O Estado brasileiro insere-se no modelo de Estado Democrático de Direito<sup>25</sup>, possuindo por vocação a garantia da pessoa humana. Assim, a dignidade da pessoa humana assume a característica de princípio-matriz no Estado brasileiro, orientando a hermenêutica e a aplicação de todas as regras constitucionais, de modo a assegurar coerência e unidade material à ordem constitucional<sup>26</sup>.

Sob esse prisma, a Assistência Social, na Constituição de 1988, apresenta, amparada na necessidade, dentre seus objetivos<sup>27</sup>, a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que

24 Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.

25 O artigo 1º da Constituição Federal expressamente consigna que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

26 Nelson Rosenvald afirma que “fundamental é perquirir a íntima vinculação entre a dignidade da pessoa e o Estado Democrático de Direito. Há uma relação de conteúdo e continente, haja vista que o ser humano apenas receberá condições adequadas para o seu desenvolvimento em um ambiente comprometido com modificações sociais, em que se verifique uma aproximação entre Estados e sociedade, a fim de que o direito se ajuste aos interesses coletivos. A consagração do Estado Democrático representa a superação ideológica da visão individualista do antigo Estado liberal, incapaz de mitigar conflitos sociais e pacificar o trabalho e o capital”. ROSENVALD, N. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.

27 O artigo 203 da Constituição Federal dita os objetivos da assistência social, nos seguintes termos: “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integridade ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei, segundo dita seu artigo 203 inciso V<sup>28</sup>.

A previsão constitucional do benefício assistencial de prestação continuada teve o condão de inaugurar uma nova era<sup>29</sup> para a Assistência Social, integrando-a à Seguridade Social e a concretizando na ordem social como política pública<sup>30</sup>.

O Poder Legislativo regulamentou essa norma constitucional ao editar a Lei nº. 8.742, que entrou em vigor em 08.12.1993 e em seu artigo 20 estabeleceu os requisitos para a concessão de tal benefício assistencial (LOAS).

Historicamente, esse benefício substituiu<sup>31</sup> a “renda mensal vitalícia” que fora instituída pela Lei 6.179/74, conforme prescrito pelo artigo 139<sup>32</sup> da Lei 8.213/91.

Atualmente está inserido dentre as políticas do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, integrando o âmbito do Sistema Único de Assistência Social - SUAS (Decreto 6.214/07 artigo 2º).

As suas linhas mestras foram fixadas, como acima transcrito, constitucionalmente, prescrevendo diretrizes vinculativas ao legislador, sob pena de completa inversão do princípio da hierarquia das leis e transformação da norma constitucional em mera norma programática.

Nesse sentido, preciosas as lições de Gilmar Ferreira Mendes:

A exigência de que o âmbito de proteção de determinado direito somente pode sofrer restrição mediante lei ou com fundamento em uma lei (reserva legal) já seria suficiente para ressaltar a importância vital da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Se a ele compete, em determinada medida, fixar os exatos contornos de dado direito fundamental, mediante o estabelecimento de limitações

28 Sérgio Fernando Moro configura tal direito como “o único direito constitucional antipobreza”. MORO, Sérgio Fernando. *Questões controvertidas sobre o benefício de assistência social*. In: ROCHA, Daniel Machado (org). *Temas atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 144.

29 Cabe destacar que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento pátrio já começara a atribuir as prestações assistenciais tratamento jurídico de direito subjetivo, como se vê pela edição em 1974 da Lei 6.179, que havia instituído o benefício da renda mensal vitalícia, benefício assistencial de caráter não-contributivo, de amparo em favor de pessoas idosas e inválidas, conferindo o direito a uma renda mensal vitalícia de valor equivalente a meio salário mínimo nacional, em prol de maiores de 70 anos e indivíduos incapacitados para o trabalho.

30 Para Fabio Konder Comparato, política não é uma norma nem um ato, mas acaba por englobá-los como seus componentes, sendo ela, antes de tudo, uma atividade, ou seja, “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, unificada pela sua finalidade, de modo que os atos, decisões ou normas que a compõem são submetidos a um regime jurídico que lhes é próprio, sendo que, por decorrência, uma lei editada no campo de uma determinada política pode ser inconstitucional sem que a política em si o seja e, por outro lado, caso a finalidade da política não atenda aos objetivos constitucionais vinculantes para o Estado, a própria política pode ser inconstitucional sem que os atos normativos que a regem o sejam. COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 35, p. 39-48, abr./jun. 1998. p. 45.

31 A extinção da renda mensal vitalícia e sua “substituição” pelo benefício assistencial de prestação continuada foi objeto de questionamentos, pois a renda mensal vitalícia era devida aos destinatários que contribuíram para o sistema ou que tivessem trabalhado, mas, em certo momento, estivessem sem remuneração para sobrevivência, sem a comprovação de renda mensal per capita. De outro lado, o benefício de prestação continuada previsto na Lei 8.742/93 estabelece requisitos como a comprovação da renda per capita, que pode ser visto como um retrocesso legislativo.

32 Art. 139 A Renda Mensal Vitalícia continuará integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que seja regulamentado o inciso V do artigo 203 da Constituição Federal. (Este artigo já vinha sem efeito desde 1.1996, em decorrência do Decreto n. 1.744/1995).

ou restrições, mister se faz que tal tarefa seja executada dentro dos limites prescritos pela própria Constituição. O legislador deve ater-se aqui não só ao estabelecido na Constituição (reserva legal simples/reserva legal qualificada), mas também aos chamados limites dos limites (Schranken-Schranken), especialmente ao princípio de proteção do núcleo essencial (Wesensgehaltsgarantie) e ao princípio da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsprinzip).<sup>33</sup>

Afinal, a atribuição do status de norma jurídica à norma constitucional foi uma das grandes mudanças de paradigmas ocorridas ao longo do século XX, o que culminou com o desfrute dos atributos de sua imperatividade e eficácia, conforme doutrina Luís Roberto Barroso<sup>34</sup>.

Assim, a regra em comento impõe ao Estado a implantação da proteção das pessoas idosas e deficientes necessitadas, mas também abriga paradigma de controle de validade e vetor de orientação interpretativa.

### 1.3 Requisitos do benefício de prestação continuada

O benefício de prestação continuada, conforme moldura constitucional já transcrita, garante um salário-mínimo a pessoas deficientes e idosas que comprovem não possuir meios de assegurar por si ou por sua família a sua subsistência.

Para fazer jus à sua concessão, deve o requerente comprovar i) ser pessoa idosa ou deficiente, bem como ii) a sua necessidade, através de sua incapacidade de manutenção por seus próprios meios ou de sua família que, pela literalidade da lei<sup>35</sup>, resta configurada pela demonstração da renda per capita familiar inferior a um quarto do salário-mínimo.

A Lei 8.742/1993, em seu artigo 20, explicita ser idosa a pessoa com 65 anos ou mais, define o conceito de família, deficiência e impedimentos de longo prazo e, ainda, estabelece a renda mensal per capita do grupo familiar, para a concessão da benesse assistencial. Acresce, também, que o solicitante não pode estar vinculado a nenhum regime de Previdência Social e não pode auferir benefício de nenhuma espécie.

Quanto ao idoso, necessário destacar que, a despeito de o Estatuto do Idoso defini-lo como a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, essa mesma lei destaca em seu artigo 34<sup>36</sup> que só fará jus à benesse em apreço aqueles com idade superior a 65 anos.

33 MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 27, p. 33, abr. 1999.

34 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 241 e 245.

35 Art. 20 parágrafo terceiro da Lei 8742/93.

36 Art. 34 da Lei 10.741/1003: "Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social. Parágrafo único. O benefício já

No tocante ao deficiente<sup>37</sup>, deve ser compreendido como o incapaz de exercer atividade remunerada. A lei o define como a pessoa que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas. E, impedimentos de longo prazo, aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.<sup>38</sup>

Outrossim, determina que o benefício deverá ser revisto<sup>39</sup> a cada dois anos, para avaliação da manutenção das condições que lhe deram origem, sob pena de sua cessação. Por fim, também é causa de sua extinção a morte do beneficiário e, sendo benefício personalíssimo, não gera direito à pensão por morte a herdeiros ou sucessores.

### 1.3.1 O critério da renda per capita

Merecem destaque as discussões acerca da constitucionalidade do requisito financeiro fixado no parágrafo terceiro do artigo 20 da Lei 8.742/1993 que estabelece ser incapaz de prover a manutenção da pessoa idosa ou deficiente a família cuja renda mensal per capita seja inferior a um quarto do salário-mínimo.

Tal critério de apreciação da situação de carência do requerente foi objeto de inúmeras demandas judiciais<sup>40</sup> e, recentemente, solucionado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar a Reclamação 4.374.

---

concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS.

37 Cabe destacar ainda acerca da compreensão de deficiente a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde – CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no. 54.21, aprovada pela 54ª. Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001 e o artigo 3º, I do Decreto 3.298/99, que regulamenta a Lei 7.853/99, que define a deficiência como “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”, atrelado às hipóteses taxativas previstas no artigo 4º do mencionado decreto.

38 Art. 20, parágrafo segundo, incisos I e II.

39 Art. 21 da Lei 8742/93.

40 O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, já entendia que o preceito contido no artigo 20 parágrafo terceiro da Lei no. 8.742/93 não era o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade prescrita no artigo 203 inciso V da Constituição Federal. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa de julgado de sua lavra: “Processual Civil. Previdenciário. Recurso Especial. Prequestionamento. Assistência Social. Benefício da Prestação Continuada. Requisitos legais. Art. 203 da CF. Art. 20, parágrafo terceiro, da Lei no. 8.742/93. [...] II – A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência. III – O preceito contido no art. 20 parágrafo terceiro da Lei n. 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a um quarto do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor. (RESP 397943/SP, 5ª. Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ do dia 18/3/2002, p. 300). No mesmo sentido, prescrevia a Súmula 11 do Conselho da Justiça Federal: A renda mensal, per capita, familiar, superior a um quarto do salário-mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante. DJ 14/04/2004 – CANCELADA DJ 12/05/2006.

Neste julgado, o Supremo Tribunal Federal houve por bem solucionar a celeuma declarando a inconstitucionalidade parcial sem pronúncia de nulidade do mencionado artigo legal.

Com isso, o real estado de miserabilidade das famílias com entes idosos ou deficientes pode ser atestado por outros meios além do critério objetivo e único da renda per capita de um quarto do salário-mínimo<sup>39</sup> Art. 21 da Lei 8742/93.

Reconheceu-se no julgado que o critério objetivo legal de um quarto do salário-mínimo permitia que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

É bem verdade que, em julgado anterior, nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo havia reconhecido a constitucionalidade de tal critério objetivo legal para atestar a hipossuficiência alegada.

No julgado atual, contudo, o Supremo esclarece que a sua primeira decisão não pôs termo à controvérsia acerca da mensuração da renda familiar per capita estabelecida pela LOAS, reconhecendo que o parâmetro legal não é inconstitucional, todavia, é insuficiente para possibilitar a efetividade do benefício assistencial prescrito no artigo 203, inciso V da CF.

Nessa linha, vislumbrou câmbios substanciais na interpretação do parâmetro financeiro previsto na Lei 8.742/93 advindos de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (advento de novas leis fixando outros patamares econômicos para a concessão de outros benefícios assistenciais). De fato, foram editadas outras leis com critérios mais flexíveis para concessão de outros benefícios assistenciais, como a Lei nº. 10.836/2004 que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003 que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01 que criou o Bolsa Escola e, ainda, a Lei nº 9.533/97 que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima, associados a ações socioeducativas.

Concluiu, portanto, o Supremo, em reconhecida evolução hermenêutica, que se a renda familiar é inferior a um quarto do salário-mínimo, a presunção de miserabilidade é absoluta, sem que isso, por outro lado, impeça sua comprovação por outro modo. Ou seja, afastou tal critério como absoluto, a fim de possibilitar a concessão do benefício assistencial à grande parte dos destinatários do benefício assistencial protegido pelo artigo 203, V da Constituição Federal.

Digno de nota, por fim, que, no âmbito do Poder Legislativo o critério de renda está sendo rediscutido. De fato, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 924/07 que aumenta para um salário-mínimo per capita a renda familiar exigida para a concessão do benefício de prestação continuada. Tal projeto está apensado ao PL 3.967/97 e a outras 55 proposições sobre o mesmo tema.<sup>41</sup>

41 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/113165.html>>. Acesso em: 09 jan. 2014.

Todavia, desde já se verifica que, ainda que aprovado o mencionado projeto de lei, permanecerá a celeuma, pois o critério de aferição da miserabilidade permanece o numérico, qual seja de um salário-mínimo per capita, ou seja, se mantém verdadeira “linha de corte” já julgada insuficiente pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

### 1.3.2 O grupo familiar

Desde a edição da Lei 8.742/1993, houve a delimitação do conceito de família para apreciação da concessão do benefício assistencial.

Na edição da lei, o artigo 20 parágrafo primeiro prescrevia: § 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.

Com a alteração promovida pela Lei 9.720, de 30.11.1998, tal parágrafo sofreu a seguinte alteração: §1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto.

E, recentemente, a Lei 12.435 de 2011 reformou a composição da família, para o disposto na lei em comento, nos seguintes termos:

§1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Dessa forma, em todas as prescrições contidas na Lei 8.742/93 existe a obrigatoriedade de os integrantes da família “viverem sob o mesmo teto”. Trata-se, na verdade, de restrição ao conceito de família, como defenderemos, sem lastro constitucional.

De fato, contraria a moderna concepção de família cada vez mais elástica, como abaixo se exporá.

Na verdade, o artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8.742/93 apenas computa no grupo familiar o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto, afastando, assim, componentes do grupo familiar que têm obrigação civil<sup>42</sup> de prestar alimentos.

Igor Ajouz critica tal delimitação familiar:

Assim, restaram ignoradas, por exemplo, configurações familiares que ponham sob convívio avós e netos, sendo certo que entre estes, sem qualquer restrição etária, existe permanentemente um estado de sujeição às obrigações alimentares,

<sup>42</sup> Art. 1.694 e seguintes do Código Civil.



explícito tanto no texto constitucional (arts. 227 e 230) como na legislação ordinária (artigo 1.696 do Código Civil).

Quanto aos irmãos e filhos do requerente assistido, embora o novel preceito do art. 20 parágrafo 1º, da LOAS, tenha eliminado a restrição etária para a inclusão no grupo familiar, segue a norma condicionando a inserção à efetiva coabitação, em flagrante descompasso com o regime jurídico civil da obrigação alimentar.<sup>43</sup>

Nesse norte, o entendimento do enunciado 51 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais considera que: “O art. 20, parágrafo primeiro, da Lei 8.742/93 não é exauriente para delimitar o conceito de unidade familiar”<sup>44</sup>.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgado cuja ementa abaixo se transcreve, reconheceu expressamente, no tocante à concessão do benefício de prestação continuada e apreciação do grupo familiar, o dever de acatamento ao prescrito no artigo 1.696 da Lei Civil, no que diz respeito à reciprocidade de alimentos entre pais e filhos, bem como a obrigação de sustento e de alimentos, existente entre ascendentes, descendentes e irmãos, conforme previsto no art. 229 da Constituição Federal.

No caso cuja ementa segue abaixo transcrita, o idoso requereu a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, que, contudo, lhe foi negada, uma vez que residia com sua esposa, filha, genro, dois netos e um filho, sendo que a filha, o genro e o filho auferiam renda. Assim, prevaleceu o dever primário de sustento da família pela pessoa idosa hipossuficiente, afastando a literalidade do artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8.742/93 que apenas consideraria para composição do grupo familiar o filho solteiro.

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO LEGAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. NÃO DEMONSTRADO O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I- Recurso de embargos de declaração recebido como agravo legal. Incidência do princípio da fungibilidade recursal, em atenção aos postulados da celeridade e razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), a fim de que o Julgado seja submetido, desde logo, à análise da E. Oitava Turma.

II - Não procede a insurgência da parte agravante.

43 AJOUZ, op. cit., p. 143.

44 Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/Lista%20completa%20dos%20enunciados%20do%20Fonajef.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

45 De outro modo já decidiu a TNU: “Considera-se componente do grupo familiar para o cálculo da renda mensal per capita apenas e tão-somente o cônjuge ou companheiro; o filho não emancipado menor de vinte e um anos ou inválido; os pais, bem como os irmãos também não emancipados e menores de 21 anos ou inválido; não havendo que se falar em interpretação extensiva das normas sob comento, computando-se a renda mensal de outros componentes do grupo familiar, ainda que vivam sob o mesmo teto, considerando que inexistente previsão legal expressa para tanto.” (PU no. 2005.63.06.002012-2/SP, DJU de 13.11.2006).

III - Não demonstrado o preenchimento de um dos requisitos necessários para concessão do benefício assistencial, à luz do inciso V, do art. 203 da Constituição Federal, c.c. o art. 20 da Lei nº 8.742/93, quais sejam: 1) ser pessoa portadora de deficiência que a incapacite para o trabalho, ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, conforme o artigo 34, do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.471/2003) e 2) não possuir meios de subsistência próprios ou de seus familiares, cuja renda mensal per capita deve ser inferior a um quarto do salário-mínimo.

IV - Deve ser observado o conceito de família, para fins de apuração de renda per capita, conforme o disposto no artigo 20, § 1º da Lei nº 12.435/11.

V - Parâmetro da renda previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 já foi questionado no Egrégio Supremo Tribunal Federal, que, por ocasião do julgamento da ADI n.º 1.232/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, reconheceu a constitucionalidade da norma.

VI - Proposta a demanda em 15.03.2011, o(a) autor(a) com 68 anos (data de nascimento: 18.08.1942), instrui a inicial com os documentos, dos quais destaque: comunicado de indeferimento de benefício assistencial formulado na via administrativa em 21.10.2010.

VII - Estudo social, datado de 05.10.2011, indica que o requerente reside com a esposa, a filha, o genro, dois netos e um filho (núcleo familiar de 7 pessoas), em imóvel próprio. A renda familiar declarada, R\$ 3.500,00 (6,42 salários-mínimos), é composta pela atividade de garçomete da filha (R\$ 50,00 por semana - R\$ 200,00 ao mês - 0,36 salários-mínimos), o salário de sacristão recebido pelo genro (R\$ 1.700,00 - 3,12 salários-mínimos), os vencimentos do neto que trabalha como vendedor (R\$ 800,00 - 1,47 salários-mínimos) e pelo salário do filho que atua como atendente de pedágio (R\$ 800,00 - 1,47 salários-mínimos). Relata que o requerente e a esposa não auferem renda alguma, bem como um dos netos, de 14 anos, que apenas estuda. Salienta que o imóvel é pequeno, com apenas dois dormitórios. Faz consignar que o autor faz tratamento de saúde em São Paulo e possui despesas com medicação e viagens.

VIII - As informações do Sistema Dataprev indicam a remuneração do genro do autor como sendo de R\$ 4.900,74 - em outubro de 2011 (8,99 salários-mínimos).

IX - Na trilha do entendimento espelhado na decisão recorrida, não há no conjunto probatório elementos que possam induzir à convicção de que o(a) autor(a) está entre o rol dos beneficiários.

X - O conjunto probatório mostra que o(a) requerente, hoje com 70 anos, não logrou comprovar a miserabilidade, essencial à concessão do benefício assistencial, já que a família, composta por 7 integrantes, de acordo com os elementos dos autos (estudo social e informações do sistema Dataprev), possui renda aproximada em torno de 12 salários-mínimos.

XI - Deve ser observado o disposto no art. 1.696 da Lei Civil no que diz respeito à reciprocidade de alimentos entre pais e filhos, bem como, o dever de sustento

e de alimentos, existente entre ascendentes, descendentes e irmãos, conforme previsto no art. 229 da Constituição Federal.

XII - Não merece reparos a decisão recorrida.

XIII - Decisão monocrática com fundamento no art. 557, caput e § 1º-A, do CPC, que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário à jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

XIV - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

XV - Agravo não provido.

Apelação Cível 1851324, Processo n. 0011236-46.2013.4.03.9999. Oitava Turma. Juíza Relatora Raquel Perrini. e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/10/2013. (grifos nossos)

De outro modo, todavia, leciona Fábio Zambitte Ibrahim<sup>46</sup>, contrário à ampliação do conceito de família para o benefício de prestação continuada, conforme prega:

Não se deve aqui aplicar o conceito mais amplo de família previsto nas leis nos 10.219/01 e 10.689/03, que é exposto como “a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e mantendo sua economia pela contribuição de seus membros. A LOAS possui conceito específico para os fins do benefício assistencial de prestação continuada, e a tentativa de adoção de conceitos outros, ainda que previstos em leis assistenciais diversas, é evidente tentativa de restringir uma garantia social assegurada pela Constituição. Ainda que o conceito de família da LOAS seja claramente falso, pois permite que uma pessoa receba o benefício mesmo tendo família abastada, o que deve propor a alteração legislativa competente que propicie uma definição mais apropriada aos fins da assistência social.

Embora ele expressamente reconheça, conforme trecho acima transcrito, que o conceito de família previsto na Lei n. 8.742/93 é “claramente falso, pois permite que uma pessoa receba o benefício mesmo tendo família abastada.”

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, da mesma forma, conforme trechos das ementas de seus julgados a seguir transcritas,

46 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 14. ed. São Paulo: Impetus, 2009. p. 20.

defende nestes a plena aplicação da restrição do grupo familiar, conforme descrito no artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8.742/93.

No caso objeto da ementa abaixo colacionada, entendeu-se que o filho maior e casado do autor idoso não integra o conceito de família, conforme prescrevia o artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8.742/93. Assim, o autor fez jus ao benefício assistencial almejado.

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. LEI Nº 8.742. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

1. O benefício de prestação continuada é devido à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

2. A família com renda mensal per capita inferior a um quarto do salário-mínimo não é capaz de prover de forma digna a manutenção do membro idoso ou portador de deficiência física (§ 3º, art. 20, Lei 8.742/93). Contudo, o legislador não excluiu outras formas de verificação da condição de miserabilidade. Precedentes do STJ, da TNU e desta Corte.

3. Outro benefício assistencial ou previdenciário, de até um salário-mínimo, pago a idoso, ou aposentadoria por invalidez de valor mínimo paga à pessoa de qualquer idade, não deverão ser considerados para fins de renda per capita; devendo-se excluir tanto a renda quanto a pessoa do cômputo para aferição do requisito (PEDILEF 200870950021545, JUIZ FEDERAL SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, TNU - Turma Nacional de Uniformização, DJ 15/09/2009).

4. Pelo laudo pericial, de fls. 51/53, constata-se a incapacidade total e permanente do autor portador de insuficiência coronariana crônica progressiva com evolução de angina instável progressiva.

5. Do estudo socioeconômico, de fls. 48/50, percebe-se que o requerente reside sozinho em casa localizada nos fundos do terreno da propriedade de seu filho casado com três filhos menores.

6. Os filhos maiores e casados do autor não integravam o conceito de família, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91, então aplicado subsidiariamente ao caso, nem nos termos do art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei nº 12.435/2011. Ademais, considerando a noticiada renda dos filhos, forçoso reconhecer que os mesmos não dispõem de meios para prover a subsistência do requerente.

7. As parcelas vencidas deverão ser corrigidas nos termos do MCCJF; os juros moratórios são devidos no percentual de 1% a.m. até a edição da Lei nº 11.960/2009, quando então serão devidos no percentual fixado por essa norma.

8. A antecipação de tutela deve ser mantida, porque presentes os requisitos e os recursos eventualmente interpostos contra o acórdão têm previsão de ser recebidos apenas no efeito devolutivo.

9. Apelação e Remessa oficial, parcialmente providas, nos termos do item 7.

Numeração Única: 0007204-39.2006.4.01.4101.

AC 2006.41.01.007205-3 / RO; APELAÇÃO CIVEL (grifos nossos)

De igual modo, no caso objeto da ementa a seguir transcrita, considerou-se a literalidade do artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8.742/93, ao reconhecer que irmão maior e capaz, ainda que resida sob o mesmo teto, não compõe o grupo familiar da requerente.

**BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCEITO DE FAMÍLIA PARA AFERIÇÃO DA RENDA PER CAPITA. EXCLUSÃO DA RENDA DO IRMÃO MAIOR E CAPAZ. APLICAÇÃO DO ARTIGO 20, § 1º DA LEI Nº. 8.742/93 (LOAS) COM A REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº. 12.435/2011. PRECEDENTE. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.**

1. O objeto do presente “mandamus” consiste na determinação à autoridade impetrada - Chefê do Setor de Benefícios da Agência do INSS de Guaxupé, MG, para que reexamine o pedido do impetrante de concessão do benefício assistencial de prestação continuada - LOAS, desconsiderando a renda auferida pelo irmão do impetrante, maior, que, a seu ver, não se inclui no grupo familiar, para fins de apuração da renda familiar “per capita”, na forma da lei.

2. Verifica-se que o objeto do pedido envolve apenas questão de direito, e é passível de solução na via estreita do writ, de vez que não se pretende o exame de questões fáticas tais como a apuração da incapacidade física do impetrante ou mesmo da aferição de sua condição de miserabilidade, senão quanto ao aspecto acima realçado.

3. Na época da impetração do presente mandado de segurança, em 26/11/2010, o art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93 estava em vigor, com a redação atribuída pela Lei nº 9.720/98. Segundo a referida norma, entendia-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, a saber: o cônjuge; o companheiro; o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido; os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.

4. Em que pese a autora ter declarado residir com seu irmão, sendo este maior e capaz, ele não compunha o conceito de família, uma vez que irmãos solteiros não podiam ser considerados para efeito de aferição da renda mensal per capita, por falta de previsão legal.

5. Desta forma, no momento do pedido administrativo do benefício, apresentava-se líquido e certo o direito de o impetrante ter apreciado seu pleito, sem que se

levasse em consideração a renda auferida pelo irmão maior de idade, devendo ser mantida integralmente a sentença que concedeu a ordem.

6. Remessa necessária improvida. Ressalva quanto à possibilidade de revisão do benefício, na forma do artigo 21 da Lei n. 8.742/93, inclusive para a aferição da renda familiar, já sob os parâmetros da Lei n. 12.435/2011, que deu nova redação ao art. 20 da Lei n. 8.742/93.

REOMS 0002266-74.2010.4.01.3805/MG; REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (grifos nossos)

E, também, no caso objeto da ementa a seguir transcrita, considerou-se a literalidade do artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8.742/93, ao reconhecer que os filhos maiores de 21 anos não integravam o conceito de família expressamente prescrito na literalidade do artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8.742/93.

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742, DE 1993 (LOAS). REQUISITOS LEGAIS. IDADE SUPERIOR A 65 ANOS. HIPOSSUFICIÊNCIA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. PEDIDO INICIAL PROCEDENTE.

1. O benefício de prestação continuada é devido à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

2. A família com renda mensal per capita inferior a um quarto do salário-mínimo não é capaz de prover de forma digna a manutenção do membro idoso ou portador de deficiência física (§ 3º, art. 20, Lei 8.742/93). Contudo, o legislador não excluiu outras formas de verificação da condição de miserabilidade. Precedentes do STJ, da TNU e desta Corte.

3. Outro benefício assistencial ou previdenciário, de até um salário-mínimo, pago a idoso, ou aposentadoria por invalidez de valor mínimo paga à pessoa de qualquer idade, não deverão ser considerados para fins de renda per capita; devendo-se excluir tanto a renda quanto a pessoa do cômputo para aferição do requisito (PEDILEF 200870950021545, JUIZ FEDERAL SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, TNU - Turma Nacional de Uniformização, DJ 15/09/2009).

4. À parte autora atendeu aos requisitos legais exigidos: idade superior a 65 anos (fl. 5) tendo em vista que a autora não auferiu qualquer renda (fls. 62/64). Saliento que à época, os filhos maiores de 21 anos de idade não integravam o conceito de família, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.213/91, então aplicado subsidiariamente ao caso.

5. DIB:citação.

6. A correção monetária: a partir do vencimento de cada prestação (Lei nº 6.899, de 8 de abril de 1981, e MCJF).
7. Juros moratórios: 1% a.m. até a edição da Lei nº. 11.960/2009, quando então serão devidos no percentual fixado por essa norma. Contam-se da citação, para as parcelas vencidas anteriormente a ela, e do respectivo vencimento, para as que lhe são posteriores.
8. Honorários advocatícios: 10% sobre o valor da condenação, correspondente às parcelas vencidas até o momento da prolação do acórdão, de acordo com a Súmula n. 111 do STJ e art. 20, § 3º, do CPC.
9. Nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§3º do art. 109 da CF/88), o INSS está isento das custas somente quando lei estadual específica prevê a isenção, o que ocorre nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso.
10. Implantação imediata do benefício, nos termos do art. art. 461 do CPC - obrigação de fazer.
11. Apelação provida, nos termos dos itens 5 a 9. Numeração Única: 0014025-86.2009.4.01.9199  
AC 2009.01.99.014574-9 / MG; APELAÇÃO CIVEL (grifos nossos)

Por derradeiro, embora controvertida a questão e de peso as assertivas pela aplicabilidade da literalidade do grupo familiar prescrito no artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8.273/93, entendemos que o conceito de família contemporâneo, advindo dos princípios vetores da Constituição Federal, não permite afastar da entidade familiar do solicitante do benefício, seja idoso ou deficiente, os seus parentes que possuem obrigação legal de ampará-lo, ainda que com ele não resida sob o mesmo teto, ou que residam e sejam casados, sob pena de flagrante negativa aos preceitos contidos no artigo 203 inciso V da Constituição Federal, artigo 229 da Constituição Federal e artigos 1.694 e seguintes do Código Civil.

#### 1.3.2.1 "Viver sob o mesmo teto"

Na definição do grupo familiar previsto na lei em comento, o seu reconhecimento é condicionado aos membros nele indicados, quais sejam o requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o *mesmo teto*.

Tal condicionante, na verdade, possui guarida nos estudos sociológicos, como se extrai das lições de Monica Araújo Gomes e Maria Lucia Duarte Pereira:

Uma das provas mais evidentes da existência de uma família é o viver juntos sob o mesmo teto. Isto significa que a noção de casa implica compartilhar um determinado modo de vida, constituindo o que pode ser denominado de convivência familiar. Como afirma Sarti (1996), a família compreende a casa; a casa está, portanto, contida na família. Viver sob o mesmo teto, ao limitar o espaço da família, traz também em seu bojo a dimensão de sua complexidade, de seus encontros e desencontros; o fato de a família ser um espaço privilegiado de convivência não significa que não haja conflitos nesta esfera (Vicente, 1994).<sup>47</sup>

Os fatos advindos da coabitação, notadamente a consolidação dos elos familiares daí decorrentes, são incontrovertidos.

Da mesma forma, “o viver sob o mesmo teto” define as entidades familiares em diversas leis assistenciais<sup>48</sup>.

Todavia, para a configuração da família e deveres dela inerentes, no ordenamento jurídico, não se faz premente a residência na mesma moradia, razão pela qual se defende a dispensa desta limitação para o reconhecimento do grupo familiar a ser considerado para a concessão do benefício assistencial em apreço.

47 GOMES, Mônica Araújo; PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. *Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas*. Ciência e Saúde Coletiva, v. 10, n. 2, p. 357-363, 2005. p. 359. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a13v10n2>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

48 Digno de nota o estudo de Eduardo Tonetto Picarelli acerca do conceito de família nas leis de assistência social. Verifica-se que nas leis que estabelecem benefícios assistenciais o conceito de família é restrito e ao menos condicionado à moradia comum dos seus integrantes. Nesse sentido, o “bolsa-alimentação” foi criado pela MP 2.206-1, de 06/09/2001 e apresenta o seguinte conceito de família no inc. I do § 2º do art. 3º, in verbis: “§ 2º Para fins do disposto neste artigo, considera-se: I - família, a unidade nuclear formada pelos pais e filhos, ainda que eventualmente possa ser ampliada por outros indivíduos com parentesco, que forme grupo doméstico vivendo sob a mesma moradia e que se mantenha economicamente com renda dos próprios membros.” O cartão-alimentação foi criado pela MP 108, de 27/2/2003, convertida na Lei 10.869, de 13/6/2003 e estabelece no § 3º do art. 2º, in verbis: “§ 3º Para efeito desta Lei, considera-se família a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e mantendo sua economia pela contribuição de seus membros.” O bolsa-escola foi criado pela Lei 10.219, de 11/4/2001, e define família da mesma forma que o do cartão-alimentação, qual seja, é “a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e mantendo sua economia pela contribuição de seus membros”. O benefício auxílio-gás foi criado pela MP 18, de 28/12/2001, convertida na Lei 10.453/2002, regulamentada pelo Dec. 4.102, de 24/01/2002. Embora para o auxílio-gás não tenha sido estabelecida uma definição legal para família, como uma das condições para ser beneficiário do programa é também ser beneficiário do “Bolsa-Escola” ou do “Bolsa-Alimentação”, a definição de família deve ser a mesma contida nos referidos programas e, como a do “Bolsa-Escola” é mais ampla, é esta a que deve ser adotada. O Bolsa-Família foi criado pela Lei n. 10.836, de 09/01/2004, que tem como objetivo unificar os programas existentes, especialmente as prestações do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação – bolsa-escola, do Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA (cartão-alimentação), do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à saúde – o bolsa-alimentação e do Programa Auxílio-gás. O conceito de família está previsto no inc. I do § 1º do art. 2º da Lei 10.836/2004, nos seguintes termos: “§ 1º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - família, a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantêm pela contribuição de seus membros”. PICARELLI, Eduardo Tonetto. O Conceito de Família na Assistência Social. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 21, dez. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Eduardo\\_Picarelli.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Eduardo_Picarelli.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2013.



Nesse sentido, inúmeros julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça<sup>49</sup> reconhecem, por exemplo, a existência de união estável, embora não haja a residência na mesma casa.

Outrossim, os artigos 1.723 e seguintes do Código Civil, nem o artigo 1º da Lei 9.278/1996, não enumeram a coabitação como elemento indispensável para a caracterização da união estável.

Nesse norte, cabe transcrever os ensinamentos do ilustre ministro do Supremo Tribunal Federal, min. Luiz Fux, acerca do conceito de família pós-Constituição de 1988, em trecho do seu voto proferido na ADIN 4.277-77, em que reconhece a união homoafetiva:

Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de família despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais. O que, então, caracteriza, do ponto de vista ontológico, uma família? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não. O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.[...]. [...] Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de ROBERT ALEXANDER (ob. cit., p. 395 e seguintes), para quem, inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico. Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu preâmbulo (“[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento,

49 Nesse sentido, reconhecem prescindível a coabitação como requisito para comprovar a união estável, os acórdãos proferidos nos seguintes julgados: REsp 1257819 / SP, AgRg no Ag 1318322 / RS, AgRg no EDcl no REsp 805265 / AL, REsp 1107192 / PR e REsp 1096324 / RS.

a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]” e também no inciso IV do art. 3º (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”) e, ainda, no art. 5º, caput (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]). (grifos nossos)

Em tal voto, acima transcrito, o ilustre ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal assevera que a coabitação não é requisito para definir o grupo familiar, questão de relevo para o presente estudo.

A coabitação, aliás, deve ser entendida como um requisito aglutinador e não de exclusão, permitindo, pois, que se some ao rol de indivíduos obrigados a prestar assistência ao idoso ou ao deficiente aqueles que se tornam parentes em razão da afetividade, o que fica ainda mais evidente quando moram sob o mesmo teto.

## 2 CAPÍTULO 2 - O DEVER ALIMENTAR DA FAMÍLIA

### 2.1 O conceito amplo de família no ordenamento

A Constituição Federal de 1988 procedeu à ampliação do conceito de família ao não a limitar às relações que são frutos do casamento. A produção doutrinária e jurisprudencial, sob o impulso constitucional, tem amparado a família essencialmente na afetividade. Com isso, não mais a restringe à união formada pelo matrimônio, passando a englobar as uniões estáveis, as famílias monoparentais, como outras formas de convivência, dentre elas relacionamentos formados por irmãos, por tios e sobrinhos, uniões homoafetivas e quaisquer comunidades que visem à comunhão plena de vida.

Nesse sentido, ensina Maria Berenice Dias:<sup>50</sup>

Faz-se necessário ter uma visão pluralista de família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde o patrimônio, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. [...]

No mesmo norte, concretizando o amplo espectro da família contemporânea constitucional, a Lei Maria da Penha, Lei nº. 11.340/2006, em seu artigo 5º inciso

50 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

II define família: “II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;”.

Na seara previdenciária, por exemplo, de relevo, na concepção moderna do direito de família, para a sua integral proteção, há julgados<sup>51</sup> conferindo o benefício salário- maternidade ao pai viúvo.

Digno de nota, portanto, o conceito contemporâneo de família, que se elastece, a fim de acolher todas as convivências fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas ou não expressamente pelo comando contido no artigo 226 da Carta Maior<sup>52 53</sup>.

## 2.2 Relações de parentesco e obrigação alimentar

No contexto da tutela ampla da família, a Constituição explicita a proteção de todas as relações de parentesco, sem discriminações<sup>54</sup> e estabelece em seu artigo 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”<sup>54</sup>

E, ainda, realça, em seu artigo 230, o dever de amparo às pessoas idosas da família, da sociedade e do Estado.

Desta feita, a Constituição Federal não procede a conceito taxativo de família, albergando a proteção de todas as relações de parentesco, sem discriminações, e com o dever de assistência moral e material entre eles, conferindo, ainda, especial cuidado aos idosos, às crianças e aos adolescentes, notadamente aos deficientes, diante de suas peculiares condições.

51 Nesse sentido, recente julgado do E. Tribunal Regional da 3ª. Região, cuja ementa se transcreve: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LICENÇA-PATERNIDADE NOS MOLDES DO SALÁRIO-MATERNIDADE. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA MANTIDA. ARTIGO 273 E INCISOS DO CPC. ARTIGOS 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1- O risco de dano irreparável ou de difícil reparação é evidente, tendo em vista a situação *sui generis* em que o autor se encontra e considerando a proteção que a Constituição Federal atribui aos direitos da personalidade (vida e integridade). 2- O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. 3- No caso concreto, deve ser levado em conta o verdadeiro objetivo da licença-maternidade e do salário-maternidade que é a proteção do menor. Nada mais razoável que conceder o benefício previdenciário ao pai viúvo, que se deparou com um filho recém-nascido, alijado da proteção e dos cuidados maternos pelo óbito da mãe, sua companheira, em decorrência de complicações pós-parto. 4- Nesta situação, este pai deverá exercer além de suas funções, também as funções que seriam esperadas de sua esposa, em esforço hercúleo para suprir tal ausência, tanto fisicamente quanto emocionalmente, nos cuidados ao seu filho, que agora depende única e exclusivamente do agravado, em todos os aspectos. 5- O art. 226 da CF estabelece que a família, base da sociedade, goza da proteção especial do Estado. A proteção à infância faz parte dos Direitos Sociais, expressos no Art. 6º da Carta Magna. 6- Agravo a que se nega provimento. TRF3 – AI – Agravo de Instrumento 494078 – Processo n. 0036057-75.2012.4.03.0000-SP – Sétima Turma, 21.10.2013, Rel. Desembargador Federal Fausto de Sanctis.

52 FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 37.

53 O artigo 227 parágrafo sétimo da Constituição Federal estabelece: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

54 A Constituição Federal não limita tal dever à coabitação nem ao estado civil de solteiro dos filhos e irmãos.

Os alimentos têm a natureza de direitos da personalidade e são extremamente protegidos, em razão de garantirem a inviolabilidade do direito à vida e à integridade física.

Maria Berenice Dias destaca serem os parentes os primeiros convocados a amparar aqueles sem condições de subsistir por seus próprios meios, sendo esse um dos motivos da especial guarida conferida pela Constituição à família:

[...] Os parentes são os primeiros convocados a auxiliar aqueles que não têm condições de subsistir por seus próprios meios. A lei transformou os vínculos afetivos das relações familiares em encargo de garantir a subsistência dos demais parentes. Trata-se do dever de mútuo auxílio transformado em lei. Aliás, este é um dos motivos que leva a Constituição a emprestar especial proteção à família (CF 226). Assim, parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse ônus. Tão acentuado é o interesse público para que essa obrigação seja cumprida que é possível até a prisão do devedor de alimentos (CF 5º. LXVII).<sup>55</sup>

No Código Civil, a relação de parentesco foi disciplinada primordialmente pelos laços de sangue<sup>56</sup>, bem como por outras situações regidas pelo Direito, como a adoção, a socioafetividade e a afinidade, dentre outras possibilidades.<sup>57</sup>

Maria Helena Diniz ao conceituar o parentesco ensina:

É a relação vinculatoria existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco em comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo.<sup>58</sup>

Nesse cenário, o Código Civil, em seus artigos 1.694 e 1.697, determina a obrigação alimentar entre cônjuges e companheiros, bem como parentes na linha reta (ascendentes e descendentes) e na linha colateral limitada ao segundo grau (entre irmãos)<sup>59</sup>.

Arnoldo Wald esclarece que a obrigação alimentar caracteriza a família moderna. E, prossegue: “É uma manifestação de solidariedade

55 DIAS, op. cit.

56 O artigo 1.593 do Código Civil assevera: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

57 FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 453.

58 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 431.

59 Farias e Rosenvald (op. cit, p. 466) sustentam a ampliação da obrigação alimentar também entre os parentes afins e colaterais até o terceiro e quarto graus: “Ao nosso sentir, o reconhecimento da obrigação alimentícia entre afins e colaterais no terceiro e quarto graus decorre do princípio constitucional da solidariedade familiar e social, conectando-se, por igual, da busca da afirmação da dignidade das pessoas envolvidas. Afinal de contas, o vínculo entre elas existente é, segundo o próprio Código Civil de parentesco, impondo-se que atuem no sentido de resguardar a integridade e bem-estar uns dos outros.”

econômica que existe em vida entre os membros de um mesmo grupo, substituindo a solidariedade política de outrora.”<sup>60</sup>

Rosana Amara Girardi Fachin acerca dos alimentos esclarece:

Os alimentos estão fundamentados no princípio da dignidade humana e no da solidariedade social, constituindo-se em prestações personalíssimas entre as partes que compõem essa relação jurídica, ligadas pelo vínculo do parentesco (inclusive socioafetivo). Mas não apenas por esses vínculos, pois nessa dimensão plural e aberta do conceito de família, trata-se de vínculo extensivo e ampliado, dado que o dispositivo legal se refere aos parentes, cônjuges ou companheiros.<sup>61</sup>

A jurisprudência majoritária do Egrégio Superior Tribunal de Justiça entende que o dever de prestar alimentos é limitado aos ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, estabelecendo que não é cabível a ampliação desse dever para abarcar tios e sobrinhos, ou ainda, pessoas que residam sob o mesmo teto, salvo se essa relação possa ser reconhecida como paternidade ou maternidade socioafetiva ou como união estável<sup>62</sup>.

Assim, os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir uns aos outros alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

O dever de prestar alimentos é sempre calcado no binômio necessidade- possibilidade. Dessa forma, os alimentos são devidos quando quem os pretende não consegue prover a seu próprio sustento e aquele que tem o dever de fornecê-los pode o fazer, sem prejudicar a sua manutenção.

A obrigação alimentar também abarca, como já suscitado, as relações socioafetivas, com amparo no artigo 1.696 do Código Civil, conforme já reconheceu o Enunciado 341<sup>63</sup> das Jornadas de Direito Civil.

Por fim, a relevância do dever de alimentos é de tal magnitude no ordenamento que o seu inadimplemento enseja a prisão civil por dívida, com espeque no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, e ainda, quando devido a cônjuge, a filho menor de 18 anos ou a incapaz para o trabalho, a ascendente inválido ou a maior de 60 anos, constitui o crime de abandono material, conforme previsto no art. 244 do Código Penal.

60 WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43.

61 FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever alimentar para um novo direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

62 Nestes termos, o REsp 1032846/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/06/2009 e HC 12.079/BA, DJ de 16/10/2000.

63 Enunciado 341: Art. 1.696: Para os fins do artigo 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.

### 3 CAPÍTULO 3 - A ESSENCIALIDADE DA ADEQUAÇÃO DO GRUPO FAMILIAR NO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

#### 3.1 A família como provedora assistencial primária

A estrutura constitucional assegurou proteção institucional à família<sup>64</sup>, outorgando-lhe, por outro lado, uma série de deveres.

O dever de amparo primário ao seu integrante idoso ou deficiente privado de meios de manutenção é, como já destacado, expressamente consignado no ditame contido no artigo 203, inciso V da Constituição Federal, que culmina com a atuação residual do Estado.

Todavia, ainda que assim não fosse, a obrigação primária assistencial familiar decorreria do contido no artigo 229 e 230 da Constituição Federal, do artigo 1.694 do Código Civil, do artigo 14 do Estatuto do Idoso e da Lei 5.478/68, bem como dos princípios vetores do ordenamento, notadamente o que prega a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

Vladimir Novaes Martinez<sup>65</sup>, ao discorrer acerca do princípio da solidariedade, ensina que a família é uma das mais “antigas e efetivas técnicas de amparo social”:

[...] A solidariedade social é projeção de amor individual, exercitado entre parentes e estendido ao grupo social. O instinto animal de preservação da espécie, sofisticado e desenvolvido no seio da família, encontra, na organização social, ampla possibilidade de manifestação.

Pequeno o grupo social, a solidariedade é quase instintiva. Vencendo o natural egoísmo, quem ajuda o próximo um dia poderá ser ajudado.

Suplantando o individualismo, a pessoa integra-se na sociedade. Essa ajuda, sem perspectiva de reciprocidade, é moral; com certeza de reciprocidade, é seguro social.

A solidariedade familiar é a primeira forma de assistência conhecida, à qual a pessoa recorre quando da instalação da necessidade; só depois intervêm técnicas mais elaboradas de proteção social.

Nair Lemos Gonçalves a esse respeito, reproduz palavras de Miguel Reale (Lições Preliminares de Direito, p.52): “os descendentes não podem faltar à assistência devida aos pais e avós, toda vez que estes se encontrem em dificuldades econômicas, por motivos que não podem ser superados. É evidentemente, um preceito de ordem jurídica e, ao mesmo tempo, de ordem moral. É o princípio da solidariedade humana, ou melhor, da solidariedade

64 O artigo 226 da Constituição Federal declara que a: “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Assim, ratifica o artigo 16 da Declaração dos Direitos Humanos que traduz a família como sendo o núcleo natural e fundamental da sociedade, e com direito à proteção da sociedade e do Estado.

65 MARTINEZ, Vladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 76.

familiar que dita a regra jurídica consagrada nos códigos” (Novo Benefício da Previdência Social, p. 51).

O Código Civil abriga várias técnicas de proteção social e alguns princípios de seguro social, na parte do Direito de Família, porque a família é uma das mais antigas e efetivas técnicas de amparo social. (grifo nosso)

No mesmo norte, o paradigma integrativo entre o suporte familiar e a assistência pública foi também previsto na Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.<sup>66</sup>

Trata-se, portanto, de reconhecer a obrigação primária de amparo da família e caso essa não possua meios, deve o Estado exercer sua função supletiva no suporte dos idosos e deficientes hipossuficientes.<sup>67</sup>

Nessa seara, digno de nota o relevo conferido ao dever assistencial da família pela Política Nacional de Assistência Social, conforme trecho a seguir descrito:

O grupo familiar pode ou não se mostrar capaz de desempenhar suas funções básicas. O importante é notar que esta capacidade resulta não de uma forma ideal e sim de sua relação com a sociedade, sua organização interna, seu universo de valores, entre outros fatores, enfim, do estatuto mesmo da família como grupo cidadão. Em consequência, qualquer forma de atenção e, ou, de intervenção no grupo familiar precisa levar em conta sua singularidade, sua vulnerabilidade no contexto social, além de seus recursos simbólicos e afetivos, bem como sua disponibilidade para se transformar e dar conta de suas atribuições

[...]

Faz-se primordial sua centralidade no âmbito das ações da política social, como espaço privilegiado e insubstituível de proteção e socialização primárias, provedora de cuidados aos seus membros, mas que precisa também ser cuidada e protegida.<sup>68</sup>

Nesse sentido, ainda, acerca dos papéis do Estado e da família, as lições de Simone Barbisan Fortes:

Conforme já se pontuou acima, a configuração constitucional da Assistência Social aponta para sua atuação subsidiária ao atendimento familiar, especialmente no âmbito do denominado benefício assistencial, que deve ser alcançado a idosos e deficientes “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família” (art.203,V). Assim é que a obrigação estatal põe-se como última via de garantir ao indivíduo os meios necessários à sua subsistência, que, em linha primeira, devem ser fornecidos por seu próprio núcleo familiar. Nesse sentido,

66 Decreto Legislativo 186/2008.

67 AJOUZ, op. cit., p. 131.

68 BRASIL. *Política Nacional de Assistência Social*. PNAS/2004. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social/assistencia-social/usuario/pnas-politica-nacional-de-assistencia-social-institucional>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

aliás, é que o Código Civil dispõe acerca das relações de parentesco e da obrigação alimentar estabelecida a partir dela. [...].<sup>69</sup>

### 3.2 A moldura contemporânea do grupo familiar e a concessão do benefício de prestação continuada

O conceito legal de família afeta diretamente as possibilidades de acesso ao benefício de prestação continuada por parte de seus destinatários, uma vez que o idoso ou deficiente carente precisa demonstrar sua situação de miserabilidade, ou seja, não possuir meios de prover à sua manutenção por seus meios ou de tê-la provida por sua família.

Tal questão recebe especial relevo na atualidade no momento em que o Egrégio Supremo Tribunal Federal reconhece que o critério objetivo<sup>70</sup> de comprovação de renda mensal familiar inferior a um quarto do salário-mínimo trata-se de critério relativo, vale dizer, pode a situação de necessidade ser comprovada por outros meios.

De fato, considerando que os contornos do grupo familiar, a ser analisado para a concessão do benefício de prestação continuada, conforme artigo 20 parágrafo primeiro da Lei 8.732/93, não se encontram condizentes com a definição contemporânea de família, o intérprete deve ampliar os seus contornos, sob pena de autorizar tanto a exclusão de pessoas extremamente pobres do benefício de prestação continuada quanto levar à inclusão de pessoas com parentes com condições financeiras de mantê-las.

Assim, a coabitação como requisito condicionante para o parente integrar o grupo familiar do suposto beneficiário não possui espeque no ordenamento em vigor. No mesmo norte, a restrição ao estado civil de solteiro dos filhos, enteados e irmãos.

A Constituição Federal, conforme já exposto, abriga conceito amplíssimo de família, abarcando inclusive novas entidades familiares calcadas nas relações socioafetivas.

Em sentido oposto, a Lei 8.742/93 arrola conceito diminuto de família, exigindo a moradia sob o mesmo teto para sua configuração. E exige o estado civil de solteiro para os filhos, enteados e irmãos. Cria, assim, um agrupamento como família, apenas para acesso a prestações garantidas dentro da Assistência.

Ocorre que tal conceito, estando em dissonância com os preceitos constitucionais, não pode ter valia no ordenamento jurídico.

Irresignado Igor Ajouz<sup>71</sup> prelaçiona:

69 FORTES, Simone Barbisan. Conceito aberto de família e Seguridade Social. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (orgs.). *Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 268.

70 Artigo 20 parágrafo terceiro da Lei 8.742/1993.

71 AJOUZ, op. cit., p. 144.



O dever de prestar alimentos não se esgota quando o parente passa a residir em local independente, ainda que tenha constituído nova família. Esse fator, quando muito, pesará sobre a avaliação da possibilidade de que seja impelido a cumprir a obrigação alimentar, mas não autoriza a exclusão a priori de um dever que vigora por toda a existência do indivíduo, porque decorrente do parentesco.

Percebe-se, assim, uma quebra na harmonia sistêmica entre a regulação assistencial pública-estatal e a civil-familiar; já que, embora sejam compelidos a prestar alimentos segundo a regulação civil da matéria, os parentes que não vivam sob o mesmo teto que o requerente são afastados da averiguação de renda e miserabilidade que precede a deliberação sobre a concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

Afinal, a aplicação do direito desloca o controle do conteúdo das normas jurídicas para o plano constitucional, tornando a Constituição Federal uma “reserva de justiça”, conforme ensina Canotilho.<sup>72</sup>

Na verdade, o texto constitucional limita a interpretação feita pelo legislador ao concretizar a norma constitucional.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso<sup>73</sup> ensina:

Nesse ambiente, a Constituição passa a não ser apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

Diante do conceito de família traçado pela Constituição, em especial pelos artigos 203, inciso V, 226 e seguintes, bem como princípios vetores, mormente o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade, tentativa “legal” de reduzir os contornos do mesmo não encontra guarida no ordenamento<sup>74</sup>.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Assistência Social, no contexto da Seguridade Social, é política pública não contributiva que se consolida por ações integradas de iniciativa

72 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 114.

73 BARROSO, op. cit., p. 390.

74 Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco ensinam acerca do princípio da unidade da Constituição que “as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema integrado de regras e princípios”. Afinal, a “Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 114..

do Estado e da sociedade civil para o atendimento das necessidades básicas de grupos vitimados pela pobreza e exclusão social.

A atuação da Assistência Social, contudo, é supletiva à da própria família que tem o dever primário de sustentar os seus integrantes carentes.

A concepção de família na Constituição Federal de 1988 foi elasticada, passando a abarcar, além dos matrimônios, as uniões estáveis, as famílias monoparentais, como outras formas de convivência, dentre elas os relacionamentos formados por irmãos, por tios e sobrinhos, uniões homoafetivas e quaisquer comunidades que visem à comunhão plena de vida.

Nesse cenário, todas as convivências fundadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas ou não expressamente pelo comando contido no artigo 226 da Carta Maior, passam a ser entendidas como família.

E, ainda, a Constituição confere a tutela a todas as relações de parentesco, estabelecendo que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”<sup>75</sup> Ademais, realça, em seu artigo 230 o dever de amparo às pessoas idosas da família, da sociedade e do Estado.

As relações de parentesco foram disciplinadas primordialmente pelos laços de sangue, bem como por outras situações regidas pelo Direito, como a adoção, a socioafetividade e a afinidade. O Código Civil, em seus artigos 1.694 e 1.697, determina a obrigação alimentar entre cônjuges e companheiros, bem como parentes na linha reta (ascendentes e descendentes) e na linha colateral limitada ao segundo grau (entre irmãos).

Nesse prisma, o conceito de grupo familiar, estabelecido na Lei 8.742/93 e composto por apenas alguns integrantes que convivam na mesma residência e que possuam estado civil de solteiros, se filhos, enteados ou irmãos, afronta o colorido da caracterização contemporânea constitucional de família. Viola, outrossim, a prescrição constitucional estampada no artigo 203 inciso V que dita o dever primeiro da família no amparo dos parentes carentes. E, por fim, fere as prescrições constitucionais e legais que prescrevem a obrigação alimentar entre os parentes.

A relevância do questionamento ora em apreço já foi objeto de reflexão pelo legislador que, desde a edição da LOAS, já procedeu a duas alterações<sup>76</sup> no conceito de grupo familiar.

A família é a responsável pelo amparo de seus membros hipossuficientes. Limitar o seu contorno impedirá a proteção social pelo Estado através da

75 A Constituição Federal não limita tal dever à coabitação nem ao estado civil de solteiro dos filhos e irmãos.

76 Na edição da lei, o artigo 20 parágrafo primeiro prescrevia: “§1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.” Com a alteração promovida pela Lei 9.720, de 30.11.1998, tal parágrafo sofreu a seguinte alteração: “§1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto”. E, recentemente, a Lei 12.435 de 2011 reformou a composição da família, para o disposto na lei em comento, nos seguintes termos: “§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.”

concessão do benefício de prestação continuada aos reais vulneráveis, entendidos esses como os idosos ou deficientes que não tenham meios de se manter ou de ter sua subsistência provida por seus parentes.

É fato que a adequação do conceito de família à fronteira ora proposta afastará da incidência do benefício assistencial de prestação continuada alguns favorecidos na atualidade.

Nesse cenário, por exemplo, uma família composta por idosos casados com idade superior a 65 anos, sem rendimentos e que possuam netos residentes em outra moradia, mas com possibilidades financeiras de os manterem, não fariam mais jus ao benefício de prestação continuada.

No mesmo norte, no caso de homem maior, sem qualquer rendimento, que padeça de esquizofrenia e resida sozinho, sendo enquadrado como “deficiente” e que possua pais abastados, também deixará de fazer jus à benesse constitucional.

Nas situações exemplificadas, tais cidadãos não farão mais jus à benesse assistencial em apreço, uma vez que deverão obter o seu sustento dos netos ou dos pais com situação econômica suficiente para os manter. Afinal, eles possuem tal dever alimentar precípua.

Desde já cabe frisar que o intuito do presente estudo não é a restrição da benesse assistencial<sup>77</sup>, embora talvez essa seja uma consequência inevitável às situações que se tornarão indevidas. Mas, sim, sob os auspícios do Estado Democrático de Direito que possui dentre seus objetivos fundamentais erradicar a pobreza e a marginalização, embasado em uma sociedade fraterna, a concessão do benefício assistencial de prestação continuada apenas aos que, idosos ou deficientes, não possam se manter com a ajuda dos seus familiares, nesses englobados todos aqueles que possuam o dever de assisti-los com pagamento de alimentos, em virtude de laços de sangue, adoção, socioafetividade, afinidade ou ainda qualquer relacionamento pautado na afetividade.

Só, assim, haverá a subsunção do benefício assistencial de prestação continuada à sua matriz constitucional, culminando, também, com a sintonia do ordenamento que determina a esfera supletiva da Assistência Social e a obrigação alimentar entre os parentes.

Sob pena de, ao invés de se proporcionar a guarida dos idosos e deficientes efetivamente privados do mínimo necessário, se ratificar tacitamente a “omissão” daqueles que, ainda que não houvesse qualquer disciplina constitucional ou legal expressa, por aspectos morais, já deveriam ser os primeiros a acolher os seus.

77 Roberto de Rezende Rocha e outro ensinam que, “de acordo com o IPEA, – a Previdência no Brasil cumpre relevante papel na redistribuição de renda e na redução da pobreza entre idosos. Em particular, as transferências de renda por meio de programas redistributivos – como o programa rural e os benefícios assistenciais, assim como os concedidos em função da LOAS – contribuem para a redução da pobreza da população idosa e fazem que a taxa de pobreza da população com idade superior a 65 anos brasileira seja a menor da América Latina. [...] Com aproximadamente 90% de sua população idosa coberta por algum sistema de proteção social, a taxa de cobertura dos idosos no Brasil é indubitavelmente muito superior à média latino-americana, que se situa em torno de 1/3 da população idosa”. ROCHA, Roberto de Rezende. CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *O sistema previdenciário brasileiro: uma avaliação de desempenho comparada*. Texto para discussão nº 1.331, Brasília: IPEA, 2008. p. 8.

**REFERÊNCIAS**

AJOUZ, Igor. *O Direito fundamental à assistência social e a distribuição de deveres entre o Estado e a família*. Florianópolis: Modelo, 2012.

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 4. ed. São Paulo: Leud, 2009.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BARELA, Wagner. Da proteção social à Família. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 13, jan. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Código civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: DD mês. ANO.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BRASIL. *Política Nacional de Assistência Social*. PNAS/2004. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social/assistencia-social/usuario/pnas-politica-nacional-de-assistencia-social-institucional>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. Direito Subjetivo à Assistência Social: conhecimento teórico dos pressupostos concessórios do benefício de assistência social. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, n. 20, out./dez. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 13. ed. revista e atualizada, São Paulo: Conceito, 2011.

CHAVES, Vitor Pinto. *O direito à assistência social no Brasil*. São Paulo: Elsevier, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 35, abr./jun. 1998.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever alimentar para um novo direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FORTES, Simone Barbisan. Conceito aberto de família e Seguridade Social. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (orgs.). *Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito, 2009.

GOMES, Mônica Araújo; PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. *Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas*. Ciência e Saúde Coletiva, v. 10, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a13v10n2>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 14. ed. São Paulo: Impetus, 2009.

MARTINEZ, Vladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARCHI, E. C. S. *Guia de metodologia jurídica: teses, monografias e artigos*. Lecce (Itália): Edizioni Del Grifo, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 27, abr. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO; Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORO, Sergio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício de assistência social. In: ROCHA, Daniel Machado (org.). *Temas atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PICARELLI, Eduardo Tonetto. O Conceito de Família na Assistência Social. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 21, dez. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Eduardo\\_Picarelli.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Eduardo_Picarelli.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2013.

ROCHA, Roberto de Rezende. CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *O sistema previdenciário brasileiro: uma avaliação de desempenho comparada*. Texto para discussão n° 1331. Brasília: IPEA, 2008.

ROSENVALD, N. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÕES, Aguinaldo M. *Princípios de Segurança Social*. São Paulo: [s. n.], 1967.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

WALD, Arnoldo. *O Novo Direito de Família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

---

## 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 específicos<sup>1</sup>. Logo, é possível afirmar que os direitos sociais se constituem em formas de tutela pessoal<sup>2</sup>, 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. [...]”<sup>3</sup>, 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](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 [...]”<sup>4</sup>.

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 perigosos<sup>5</sup>; Martins, para quem há o objetivo de compensar o exercício de trabalho em condições adversas à saúde ou com riscos superiores aos normais<sup>6</sup>; e Castro e Lazzari<sup>7</sup>, 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 segurado<sup>8</sup>. 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 física<sup>9</sup>. 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 segurado<sup>10</sup>.

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 serviço<sup>11</sup>.

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 normais<sup>12</sup>.

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 legal<sup>13</sup>.

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 nº 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 composição<sup>14</sup>.

Alguns anos depois, o Decreto n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 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.<sup>15</sup>

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 profissões<sup>16</sup>, o que garantiu uma série de privilégios<sup>17</sup> para diversas categorias que não estavam expostas a qualquer tipo de situação que prejudicasse 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 demonstração<sup>18</sup>.

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*”<sup>19</sup>, 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 precedente<sup>20</sup>, 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 nexó 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)<sup>21</sup>.

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.<sup>22</sup>

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<sup>23</sup>.

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.

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

<sup>23</sup> 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 53.831/64<sup>24</sup>.

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 8.213/91<sup>25</sup>.

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*”<sup>26</sup>.

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 afirmado<sup>27</sup>.

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 terra<sup>28</sup>

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 nexa direta com o princípio do *tempus regit actum*<sup>29</sup>.

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 rol<sup>30</sup>.

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 jurídico<sup>31</sup>.

Por outro lado, Aragonés Viana, interpretando o REsp nº 411.309 do Superior Tribunal de Justiça<sup>32</sup>, 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 raciocínio<sup>33</sup>.

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 Barbian; 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.<sup>34</sup>

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 superveniente<sup>35</sup>.

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.<sup>36</sup>

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 9.032/95<sup>37</sup>.

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 serviço<sup>38</sup>.

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, ainda, 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 empregador<sup>39</sup>. Nele, ficava registrado, entre outras informações<sup>40</sup>, 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 especial<sup>41</sup>.

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 ruído<sup>42</sup>, 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.



categoria<sup>43</sup>, 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 habilitado<sup>44</sup>.

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, [...]”<sup>45</sup>

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,...)<sup>46</sup>.

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 Martinez observa que “A lei não esclarece se o laudo pode ser coletivo ou individual, e a Lei n. 9.528/97 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 Social<sup>47</sup>.

## 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 especial<sup>48</sup>.

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”<sup>49</sup>, 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 ideia 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 Barbisani; 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 nocivos<sup>50</sup>.

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 trabalho<sup>51</sup>.

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)<sup>52</sup>.

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 2004<sup>53</sup>.

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 ano<sup>54</sup>.

Desse modo, tendo em vista a completude<sup>55</sup> das informações atestadas no PPP<sup>56</sup>, 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 apresentação<sup>57</sup> 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 8.213/91<sup>58</sup>.

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.<sup>59</sup>

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 PPP<sup>60</sup>.

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 pagamento<sup>61</sup>, 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.<sup>62</sup>

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 especial<sup>63</sup>, 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 documental<sup>64</sup>, 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 Civil<sup>65</sup>, 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 Recursos<sup>66</sup>, 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.*<sup>67</sup>

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 trabalhador<sup>68</sup>.

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”*<sup>69</sup>.

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 especial<sup>70</sup>.

Ainda quanto à utilização da perícia judicial como forma de comprovação da atividade especial, há, inclusive, parcela da doutrina<sup>71</sup> 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 redobrada<sup>72</sup>

Dessa forma, a doutrina e jurisprudência são pacíficas no que tange à utilização indiscriminada<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup>

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 sociais<sup>75</sup>.

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.<sup>76</sup>

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 direito<sup>77</sup>, bem como tem a obrigação de não criar empecilhos<sup>78</sup> 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 previdenciária<sup>79</sup>.

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 principais<sup>80</sup> 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 trabalho<sup>81</sup>, 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 serviço<sup>82</sup>.

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)<sup>83</sup>

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 diária<sup>84</sup>.

Ocorre que a jurisprudência majoritária<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup>

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 53.831/64<sup>87</sup>, 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 83.080/79<sup>88</sup>

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,

<sup>86</sup> Trecho extraído do voto condutor do REsp 414.083/RS

<sup>87</sup> 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.

<sup>88</sup> 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.<sup>89</sup>

Todavia, o entendimento judicial é de que os decretos, ao impor a necessidade de exposição permanente a agentes nocivos, extrapolaram o poder regulamentar<sup>90</sup>.

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).<sup>91</sup>

Desse modo, nos parece correto o entendimento jurisprudencial, endossado por respeitável doutrina<sup>92</sup>, 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 controversa 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 divergente<sup>93</sup> 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)<sup>94</sup>, 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 entendimento<sup>95</sup> 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 Marcelo<sup>96</sup>, Wladimir Martinez<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup>

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 Barbisan; 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 [...]<sup>99</sup>

Por outro lado, há ainda uma terceira corrente<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup>

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 reproduzir<sup>102</sup>

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 brasileiro<sup>103</sup>. 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 trabalho<sup>104</sup>.

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 8.213/91<sup>105</sup>.

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 benefício<sup>106</sup>.

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 produção<sup>107</sup>, 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 física<sup>108</sup>, 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*”<sup>109 110</sup>.

Por outro lado, o entendimento jurisprudencial predominante<sup>111</sup>, respaldado por significativa doutrina especializada<sup>112</sup>, 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 20/2007<sup>113</sup>:

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 jurisprudência<sup>114</sup> tem considerado cabível a comprovação da exposição habitual e permanente, mesmo por presunção<sup>115</sup>, 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*”<sup>116</sup>.

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 emprego<sup>117</sup>, 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 9.032<sup>118</sup>.

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\\_-\\_](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 física<sup>119</sup>.

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. [...] <sup>120</sup>

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 interessado<sup>121</sup>. 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 nº 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 Barbian; 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 formulário<sup>122</sup> 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 especial<sup>123</sup>.

Contudo, é cada vez mais recorrente a indiscriminada realização de prova pericial em qualquer demanda judicial<sup>124</sup> 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 Recursos<sup>125</sup>, ainda hoje endossado pela jurisprudência e parte considerável da doutrina<sup>126</sup>, 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 segurado<sup>127</sup>. 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 profissional gráfico 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 exceção<sup>128</sup>.

Posteriormente, a subsidiariedade da realização de perícia em juízo restou definitivamente consolidada com a edição da Medida Provisória nº 1.523<sup>129</sup>, 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 documento<sup>130</sup>, 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 substitutos<sup>131</sup>, 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 extintas<sup>132</sup>.

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 aceitação jurisprudencial.



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

Por oportuno, importante destacar que eventual irresignação do segurado quanto à veracidade<sup>134</sup> das informações atestadas pelo empregador<sup>135</sup> 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 Trabalho<sup>136</sup> estabelecida pelo artigo 114 da Constituição Federal, a quem caberá eventualmente compelir o empregador a emitir os papéis que espelhem a concreta situação laboral<sup>137</sup>.

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 previdenciária<sup>138</sup>, 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 real<sup>139</sup>.

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-PPP<sup>140</sup>), 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 Lembra-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)

essenciais<sup>141</sup> (atividades/funções desempenhadas pelo segurado, setor de trabalho e lay out da empresa<sup>142</sup>) 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.<sup>143</sup>

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”<sup>144</sup>

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 ressalvou 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\\_-\\_](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](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.

---

## A PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NA PENSÃO POR MORTE

---

*Danilo Von Beckerath Modesto*  
*Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A proteção social estatal no contexto atual e a justiça social; 1.1 A diminuição da proteção social estatal; 1.2 Previdência social e justiça social; 2 A disciplina legal da pensão por morte; 2.1 Balizas legais na concessão da pensão por morte; 2.2 Do rol de beneficiários para pensão por morte – critério adotado pelo legislador; 3 A utilização das presunções no direito; 3.1 Breve conceito e classificação; 3.2 A utilidade das presunções no ordenamento jurídico; 3.3 A utilização da presunção no âmbito do benefício previdenciário de pensão por morte; 3.4 A generalização nociva causada pela presunção absoluta de dependência em identificar o dependente em situação de risco social; 4 A presunção absoluta no benefício de pensão por morte: distorções e possíveis soluções; 4.1 A generalização nociva causada pela presunção absoluta de dependência na concessão do benefício de pensão por morte; 4.2 As mudanças sociais e familiares ocorridas no Brasil, nas

últimas décadas – anacronismo da regra de presunção; 4.3 Sugestões de aperfeiçoamento da legislação brasileira sobre o tema – notas sobre a reforma previdenciária; 5 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem o escopo de analisar a presunção de dependência econômica na pensão por morte, partindo de uma análise sob o viés da transmissão injustificada de encargos ao Estado e da vedação do enriquecimento sem causa. A pergunta que se pretende responder é se seria adequado sustentar a presunção de dependência econômica absoluta em casos geradores de pensão por morte, no atual sistema de Previdência Social. Desta forma, este trabalho busca defender que a solução mais plausível seria revisar a disciplina da concessão de pensão por morte, negando-se o benefício quando se tratar de viúvo(a) ainda em idade laboral e com condições de manutenção própria. A presunção absoluta de dependência quebraria o pacto intergeracional e o equilíbrio atuarial da Previdência Social, gerando um enriquecimento sem causa para o beneficiário, sendo ineficaz como instrumento gerador de justiça social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípios. Lei. Presunção Relativa. Presunção Absoluta. Pensão por Morte. Previdência Social. Sociedade. Direitos Sociais. Benefícios Previdenciários. Dependência Econômica.

**ABSTRACT:** The present work has the scope to examine the presumption of economic dependence in death pension, from an analysis by the unjustified transmission of charges to the State and the seal of unjust enrichment. The question to answer is if would be appropriate to sustain the presumption of absolute economic dependence on cases of death pension, at the current Brazilian Social Security System. Thus, this paper seeks to argue that the most plausible solution would be to revise the discipline of death pension, refusing the benefit in the case of a widow(er) still in working age and conditions of maintenance itself. The presumption of absolute dependence breaks the intergenerational pact and actuarial balance of Brazilian Social Security, generating an unjust enrichment to the recipient, being ineffective as improving factor of social justice.

**KEYWORDS:** Principles. Law. Relative Presumption. Absolute Presumption. Death Pension. Social Security. Society. Social Rights. Social Security Benefits. Economic Dependence.



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar a presunção de dependência econômica, na concessão da pensão por morte.

Ao menos na mens legislatoris, tal instituto visaria resguardar os interesses dos dependentes do segurado falecido, facilitando-os o recebimento do benefício, na medida em que torna certa a necessidade da intervenção estatal na sua manutenção, haja vista o passamento do principal gerador de renda do núcleo familiar.

O recorte temático do trabalho proposto corresponde à descrição das figuras da pensão por morte e da presunção absoluta da dependência econômica e seu uso na concessão de benefícios de pensão por morte.

No capítulo 1, abordaremos a importância da mudança de paradigma constitucional para a alteração da distribuição dos ônus que devem ser suportados pelo Estado e pelos cidadãos. Ainda, apontaremos o porquê da generalização causada pela presunção absoluta de dependência em identificar o dependente em situação de risco social é nociva para o sistema.

No capítulo 2, explicaremos o conceito legal de pensão por morte e o rol de beneficiários para pensão por morte vigente na legislação.

Em seguida, o estudo voltar-se-á para a utilização da presunção no direito e sua classificação, vez que, durante o trabalho, estes conceitos servirão de base para a discussão da necessidade e atualidade da presunção de dependência econômica.

No penúltimo capítulo do trabalho, é a vez de uma breve explanação das mudanças ocorridas no Brasil nas últimas décadas, que tornaram anacrônica a regra de presunção, a distorção atual ocasionada pela aplicação da presunção absoluta de dependência econômica no sistema previdenciário, bem como de sugestões de aperfeiçoamento da legislação brasileira no âmbito de uma desejada reforma previdenciária. Espera-se confrontar a presunção absoluta, usando como pano de fundo a realidade material da sociedade brasileira do Século XXI, a ascensão do trabalho da mulher, o aumento da expectativa de vida, os novos conceitos de família, e o princípio basilar da contributividade e do pacto intergeracional, no âmbito previdenciário.

Como objetivo do trabalho, as questões aqui apresentadas não possuem a pretensão de esgotar o tema, mas justificar a necessidade da revisão do instituto objeto do estudo.

### 1 A PROTEÇÃO SOCIAL ESTATAL NO CONTEXTO ATUAL E A JUSTIÇA SOCIAL

#### 1.1 A diminuição da proteção social estatal

Os sistemas previdenciários, atualmente, mormente em países do hemisfério norte, vivenciam uma série de reformas.

As recentes alterações previdenciárias na França<sup>1</sup>, em 2010, não sem numerosas greves e manifestações populares de repúdio, elevaram a idade mínima para aposentadoria em 02(dois) anos, no intuito de adequar os gastos públicos à necessidade de manter o desenvolvimento e o equilíbrio fiscal.

Em igual sentido, seguiram-se as reformas previdenciárias na Itália, Alemanha, Grécia e Reino Unido<sup>2</sup>. Este último, anunciou que a idade para aposentadoria subirá de 65 para 66 anos em 2020, seis anos antes que o previsto.

Partindo destes exemplos mais atuais, o que se percebe, em alguns países, é uma redução do grau de abrangência das prestações previdenciárias, às vezes como franco retrocesso, mas também como imperativo de uma adequação a uma nova conjuntura econômica, inevitavelmente atrelada ao capital internacional e às novas formas de regulação salarial e financeira.

O Brasil, por enquanto, ainda vive na contramão dessa corrente de minimização de proteção, muito embora economistas já indiquem que essa postura não deve ter uma vida muito longa.

Fabio Giambiagi e Lavinia Barros de Castro, em artigo para o BNDES de 2003, apontaram o momento em que o Estado brasileiro se mobiliza para a questão previdenciária:

Há muitos anos afirma-se que a situação atuarial da Previdência Social do Brasil é delicada, mas, como o desequilíbrio foi durante décadas um problema meramente potencial, não mereceu dos governos maior atenção. Foi só em meados dos anos 90, quando o mencionado desequilíbrio converteu-se em um problema de caixa, que o Poder Executivo mobilizou-se para modificar as regras que regem as aposentadorias e pensões, no sentido de minimizar o desajuste que ameaçava se agravar.<sup>3</sup>

Neste sentido, textos recentes do IPEA demonstram o impacto financeiro dos custos previdenciários no desenvolvimento econômico brasileiro:

Observou-se que, apesar de o Brasil ser um país jovem, os segurados recebem seus benefícios por muito tempo, com valores relativos superiores aos da média internacional. Tal combinação de fatores resulta em despesas previdenciárias elevadas para o perfil demográfico nacional, o que exige altas alíquotas de contribuição para o custeio dos regimes de previdência. De modo semelhante, altas alíquotas e expressivos gastos governamentais impõem limites ao potencial de crescimento do país.<sup>4</sup>

1 FOLHA DE SÃO PAULO. *Senado francês aprova modificações na reforma da Previdência*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/820522-senado-frances-aprova-modificacoes-na-reforma-da-previdencia.html>>. Acesso em: 03 set. 2013.

2 O ESTADÃO. *Europa envelhece e reforma previdência*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,europa-envelhece-e-reforma-previdencia,628961,0.html>. Acesso em: 03 set. 2013.

3 GIAMBIAGI, Fabio; CASTRO, Lavinia Barros de. *Previdência Social: diagnóstico e propostas de reforma*. Revista do BNDES. Rio de Janeiro, v. 10. n° 19, jun. 2003.

4 ROCHA, Roberto de Rezende; CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *O sistema previdenciário brasileiro: uma avaliação de desempenho comparada*. IPEA, Texto para discussão n° 1331, Brasília. 2008.

Essas correntes reformistas, então, parecem dirigir o particular, nas relações previdenciárias, para que este suporte cada vez mais os ônus dos riscos sociais, pessoalmente, ou por meios de previdências privadas ou caixas de assistência, desonerando o sistema previdenciário e de proteção social estatal.

## 1.2 Previdência social e justiça social

A CF de 1988 possui em seu Título VIII, Capítulo II, a começar pelo art.194, as bases normativas para o funcionamento da Seguridade Social.

A Seguridade Social funciona em um sistema tripartite, que engloba a previdência social, a assistência social e a saúde.

O Estado deve organizar a Seguridade Social seguindo os objetivos enumerados no parágrafo único do art.194, da Constituição Federal. Diante destes objetivos, fica claro que o legislador constituinte pretendeu criar bases sólidas que possam atender os cidadãos em suas mais diferentes necessidades.

À Previdência Social, que se encontra disciplinada na Seção III, se reserva os aspectos de gestão de riscos sociais ao trabalhador e família, mediante contribuição mensal, de filiação obrigatória, permitindo ao trabalhador não somente a cobertura de eventos imprevisíveis, como o planejamento da interrupção de suas atividades laborais no futuro, sem a diminuição abrupta da renda familiar.

Contudo, a prestação previdenciária não é absoluta, apresenta limites, fixados pela legislação, mas sempre obedecendo aos princípios retores da Seguridade Social.

Por sua vez, o termo Justiça Social aparece expressamente no Texto Magno nos arts. 170 e 193 e surge com a mudança de paradigma experimentada após o fim da Primeira Guerra Mundial, exprimindo uma preocupação com o bem comum, em adição ao conceito de justiça individual.

Segundo os clássicos ensinamentos do Prof. Miguel Reale:

O valor próprio do Direito é, pois, a Justiça – não entendida como simples relação extrínseca ou formal, aritmética ou geométrica, dos atos humanos, mas sim como a unidade concreta desses atos, de modo a constituírem um bem intersubjetivo ou, melhor, bem comum.<sup>5</sup>

Em uma aplicação mais política sobre o tema, vejamos o seguinte excerto de Sílvio Firmo do Nascimento,

Estabelecida a crise econômica do primeiro pós-guerra, o Estado foi premido pela sociedade a assumir papel ativo, seja como agente econômico (instalando indústrias ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poder econômico e miséria (defendendo trabalhadores em face de patrões, consumidores em face de empresários). A

5 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 272.

partir das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), os modernos textos constitucionais incorporaram as novas preocupações: desenvolvimento da sociedade e valorização dos indivíduos socialmente inferiorizados. O Estado abandona o papel não intervencionista para assumir postura de agente do desenvolvimento e da justiça social.<sup>6</sup>

Então, pode-se concluir que o termo justiça social pode ser compreendido como um princípio densificado na necessidade de oferecer a todos uma existência digna, com acesso igualitário de recursos públicos e de oportunidades.

Essa existência digna passa a ser uma das principais preocupações dos novos sistemas jurídicos.

Como a Constituição Federal possui normas programáticas e principiológicas<sup>7</sup>, mister que se admita a existência de uma previsão obrigatória de respeito à justiça social, que deve ser efetivada pelo Estado, promovendo a dignidade da pessoa humana, a igualdade de oportunidades e a garantia da redução dos desequilíbrios sociais.

Esta conclusão pode ser obtida de uma leitura conjugada dos arts.1º, 3º, inciso I, 170 e 193 da CF de 1988, ao tratarem de justiça e equidade entre os cidadãos.

Destarte, emerge uma compreensão de que, sendo a Previdência Social parte integrante da ordem social (que tem como objetivos o bem-estar e a justiça sociais) e uma das bases da seguridade social, é evidente que a Previdência deve respeitar e homenagear nas suas atividades fins a consecução dos escopos previstos pelo princípio da justiça social.

Ainda, e mais especificamente na seara previdenciária, nos dizeres de Luis Fernando Barzotto:

Assim, para tomarmos um exemplo da previdência social, deve ser buscada, por uma exigência de justiça social, a maior igualdade possível entre os beneficiários: “não corresponde às normas da justiça social e da equidade o estabelecimento de um sistema de seguros e de previdência social para os agricultores, inferior ao das outras categorias sociais. Assim, pois, os regimes de seguro e de previdência em geral *não devem diferenciar-se notavelmente, qualquer que seja o setor em que os beneficiários exerçam a sua atividade ou de que tirem seus proveitos* (grifo nosso)” A previdência deve ser considerada como “um bom instrumento para atenuar a diferença entre as diversas classes sociais.”<sup>8</sup>(grifo do autor).

Logicamente, os imperativos do princípio da justiça social também constituem uma obrigação de não-fazer à Previdência Social, que constitui

6 NASCIMENTO, Sílvio Firmo do. TAVARES, Roberto Rômulo Braga. *Princípios democráticos norteadores do comportamento contemporâneo à luz do jus-filósofo Miguel Reale*. Disponível em: <[http://www.iptan.edu.br/publicacoes/saberes\\_interdisciplinares/pdf/revista09](http://www.iptan.edu.br/publicacoes/saberes_interdisciplinares/pdf/revista09)>. Acesso em: 03 set. 2013.

7 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: ed. Malheiros.

8 BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_48/artigos/ART\\_LUIS.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm)>. Acesso em: 03 set. 2013.

em se abster de aplicar critérios prejudiciais à efetivação deste conteúdo constitucional na concessão e manutenção de benefícios previdenciários.

Destarte, quando tais critérios implicam em um ônus injustificado à sociedade, que não privilegie nem promova a dignidade da pessoa humana, o acesso a recursos ou a redução dos abismos sociais, como a atual configuração da presunção de dependência econômica, existe uma violação constitucional que merece ser reparada.

## 2 A DISCIPLINA LEGAL DA PENSÃO POR MORTE

Como estamos tratando, neste trabalho, de uma nova forma de pensar a presunção de dependência de pensão por morte, neste capítulo iremos discorrer sobre como se disciplina, hoje, este benefício na legislação previdenciária, bem como o rol de beneficiários aceitos atualmente.

### 2.1 Balizas legais na concessão da pensão por morte

O benefício de pensão por morte consiste em estabelecer uma prestação pecuniária aos dependentes do segurado que vier a óbito. No âmbito do RGPS, vem previsto nos arts. 74 e seguintes, da Lei 8.213/91.

Dentro de um sistema securitário, o benefício de pensão por morte é de suma importância para salvaguardar a manutenção alimentar dos dependentes do abrupto falecimento do instituidor e sua importância é tão notória que deveria estar presente em qualquer sistema de cobertura de riscos sociais.

Para a concessão de pensão por morte, a legislação brasileira é bastante benéfica.

Não se exige tempo mínimo de contribuição do instituidor, de modo que o segurado que vier a falecer em seu primeiro dia de vinculação ao Regime Geral de Previdência, pode ser um potencial instituidor do benefício.

Tampouco se determina tempo mínimo de convivência com o dependente. Pessoas com casamento recentemente formalizado, ou com união estável reconhecida, serão, fatalmente, considerados dependentes um do outro para fins previdenciários, independente de designações.

Entretanto, sempre será necessário que o óbito tenha ocorrido enquanto havia a *qualidade de segurado*. Excepcionalmente, por força da lei 10.666/03, havendo, o instituidor, em vida, adquirido o direito à aposentadoria, poderá legar a pensão por morte aos seus dependentes. Neste sentido, é a massiva jurisprudência:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. *PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO*. PENSÃO POR MORTE. *SEGURADO QUE NÃO PREENCHEU OS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA ANTES DO FALECIMENTO*. “A *perda da qualidade de*

*segurado*, quando ainda não preenchidos os requisitos necessários à implementação de qualquer aposentadoria, resulta na impossibilidade de concessão do benefício pensão por morte” (AgRg/EREsp nº 547.202/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, in DJ 24/4/2006). *Acórdão nº 2004/0068345-0 de Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção, 24 de Outubro de 2007*

Em casos de mais de um pensionista, o benefício será rateado igualmente entre todos, em partes iguais, sem distinção de nascimento ou idade do beneficiário, cabendo reversão, em casos como o falecimento de um dos dependentes ou a superação da idade, em favor dos demais dependentes.

Em termos de valores, o montante pago é equivalente à integralidade do benefício percebido pelo falecido, ou o valor que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data do óbito, não sendo relevante a quantidade de beneficiários ou a existência de dependentes menores ou inválidos. É o que dispõe o art.75, da Lei de benefícios:

O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei.<sup>9</sup>

Diferentemente de outros países, no Brasil a cota do benefício não deixa de ser paga pelo novo casamento (ou nova união estável) do cônjuge ou companheiro sobrevivente, podendo ser acumulada com benefícios de outra natureza recebidos em nome do próprio dependente. O pagamento também não cessa para o cônjuge, independentemente da vultuosidade dos recursos que este aufera por fruto próprio de seu trabalho.

## **2.2 Do rol de beneficiários para pensão por morte – critério adotado pelo legislador**

A Lei 8.213/91, que regula o RGPS, considera que são dependentes da pensão por morte, as seguintes pessoas:

[...] I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente

[...];<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

<sup>10</sup> LEI nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Da simples leitura do dispositivo, resta claro que o critério escolhido pelo legislador para a definição daquele que pode gozar da pensão é bem simples: fará jus à pensão aquele que detinha dependência econômica direta com o falecido.

Nesse sentido, muito mais do que somente a relação de parentesco, a Lei fez questão de deixar presente o requisito da necessidade da força econômica do segurado para a manutenção da vida das pessoas elencadas no dispositivo, presumidamente ou não, através de palavras como “inválido”, “menor de 21 anos” ou “absolutamente incapaz”.

Não é a toa que a emancipação, que presume condições de manutenção própria, faz extinguir o direito ao recebimento da pensão<sup>11</sup>.

Ainda, o legislador adotou uma linha de preferência na concessão da pensão, que exclui o dependente localizado logo abaixo. É o que diz o §1º, do art. 16, da Lei 8.213/91, ao determinar que a existência de dependentes de uma classe exclui o direito dos dependentes das classes seguintes.

Destarte, havendo filhos menores, o pai do falecido não pode ser contemplado com a pensão, mesmo quando tais filhos atingirem a idade limite, visto que não existiu direito adquirido dos genitores à época do óbito.

Sobre o tema, a jurisprudência é uníssona:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. RATEIO DO BENEFÍCIO. DEPENDENTES DE CLASSES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. 1. Não é possível o rateio de pensão por morte por dependentes de classes diversas, nos termos do Art. 16, § 1º, da Lei 8.213/91. Precedente desta Corte. 2. Não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada. 3. Recurso desprovido. TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL AC 9060 SP 0009060-31.2012.4.03.9999 (TRF-3) Data de publicação: 23/04/2013

Dessa análise, já se pode deduzir que, na prática, estes critérios elegidos, fatalmente, podem gerar concessões de benefícios àqueles que não são reais dependentes financeiros do instituidor, muito embora, estejam nominalmente contemplados na legislação, situação que se explanará mais adiante.

### 3 A UTILIZAÇÃO DAS PRESUNÇÕES NO DIREITO

O presente trabalho tem o escopo de analisar a presunção de dependência econômica, na concessão da pensão por morte.

Sendo a presunções amplamente usadas na concessão do benefício da pensão por morte, mister que se estabeleça algumas definições e classificações para se concluir pelo tipo correto de presunção que se deva aplicar a este benefício.

11 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

### 3.1 Breve conceito e classificação

Presunção é tudo aquilo que não se busca conhecer, pois se admite que tenha ocorrido de determinada forma. O fato presumido corresponde a uma atividade do juiz ou legislador ao criarem regras jurídicas a serem aplicadas sempre ou quase sempre, a depender do caso.<sup>12</sup>

Ainda sobre o tema, a definição de Cândido Rangel Dinamarco: *Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa.*<sup>13</sup>

De imediato, percebe-se a importância prática na utilização deste mecanismo indutivo na aplicação da norma ao caso concreto.

Conforme Florence Haret, ao citar Pontes de Miranda:

Elucidando em outras palavras, para o autor, a presunção legal orienta a formulação das normas de direito no sentido de permitir a construção de determinados fatos jurídicos, ou melhor, fazer julgamento sobre fatos que se mostrem de difícil prova ou investigação. Logo, a presunção legal admite um fato por outro, como se fosse um só ou o mesmo. Nesta medida, o fato presumido A pode não ser, mas será tido, para o universo do direito, como se fosse; assim como da mesma forma pode ser, no mundo real, ma será observado como se não fosse no domínio das normas jurídicas.<sup>14</sup>

Para os fins desse trabalho, a presunção pode ser classificada em dois grandes grupos: absoluta (*juris et de jure*) ou relativa (*juris tantum*).

A presunção absoluta é uma ficção legal, pois toma como certo determinado fato, independente de haver prova em contrário. A própria lei confere ao fato a condição de imutabilidade.

A presunção relativa<sup>15</sup>, por sua vez, admite prova em contrário, o que significa que, mesmo diante de fatos de improvável prova, puder se constatar que a realidade é diversa, a presunção relativa deve ceder lugar para o real fato constatado na instrução processual.

Na doutrina, são exemplos corriqueiros de presunção absoluta a presunção de violência em crimes sexuais cometidos contra menores de 14(quatorze) anos, a presunção de incapacidade absoluta dos menores de 14(quatorze) anos e a presunção de conhecimento de terceiro sobre a penhora de imóvel registrado na matrícula (art.659, §4º, do CPC)<sup>16</sup>.

12 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Podivm. v. 2, 4. ed. 2009. p. 57.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 2. ed. Malheiros, 2009.

14 HARET, Florence. *Presunções no Direito Tributário: Teoria e Prática*. Disponível em: <www.teses.usp.br/.../ Florence\_Cronemberger\_Haret\_Versao\_final\_Arquivo>. Acesso em: 20 jun. 2013.

15 HARET, op. cit.

16 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Podivm. v. 2, 4. ed. 2009. p. 61.



Nesses casos, o que ocorre é que a lei torna irrelevante qualquer elemento que conteste esta determinação.

Como exemplos de presunção relativa tem-se a própria presunção de inocência, que cede diante de um processo penal devidamente instruído, quando se conclui pela culpabilidade do réu e a presunção de que, no pagamento feito em quotas periódicas, a quitação da última parcela implica na presunção de estarem solvidas as anteriores (art. 322, do CC)<sup>17</sup>. Nestas, o fato é tido como ocorrido até a prova em contrário.

### 3.2 A utilidade das presunções no ordenamento jurídico

O uso do instituto da presunção abunda no ordenamento jurídico, contudo, é no ramo do Direito Público que se percebe sua maior influência e papel social<sup>18</sup>.

Como vigora na nossa tradição judicial o princípio da proibição ao *non liquet*, o aplicador da lei não pode se abster de julgar.

No momento em que o Estado proíbe a autotutela, como regra, na solução de conflitos, (sendo inclusive definida como crime no art.350, do CP) chama para si a responsabilidade de sub-rogar-se aos litigantes, tomando-lhes a frente e pondo fim aos litígios<sup>19</sup>. Neste jaez, como necessidade da tarefa a si atribuída, a jurisdição deve ser indeclinável, o Juiz não pode se abster de julgar, ou seja, não pode, sequer, alegar a ausência de clareza para tanto.

O art.126, do CPC, é bem claro sobre o tema:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.<sup>20</sup>

Contudo, dada a complexidade dos fatos da vida e a impossibilidade de repetição exata dos mesmos ou sua apreensão da forma mais fidedigna possível, fatalmente ocorrerão situações em que não se poderá identificar o direito a ser aplicado.

Destarte, diante da natural, e provável, incerteza do agente incumbido de aplicar o direito, as presunções serviriam de indiscutível instrumento de justiça social, favorecendo claramente os impossibilitados de realizar a prova, devido a uma hipossuficiência social ou econômica.

17 Ibidem, p. 62.

18 HARET, Florence. *Presunções no Direito Tributário: Teoria e Prática*. Disponível em: <www.teses.usp.br/.../ Florence\_Cronemberger\_Haret\_Versao\_final\_Arquivo>. Acesso em: 20 jun. 2013.

19 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Podivm. v.1, 4. ed. 2009. p. 77

20 Código de Processo Civil Brasileiro, art.126.

Em casos específicos, portanto, ampliar o número das presunções legais, pode ser providência apta a solucionar questões jurídicas até hoje precariamente resolvidas, favorecendo a concretização da justiça social.

Segundo Haret<sup>21</sup>, as presunções também agem como importante instrumento de estabilização do sistema e de segurança jurídica, pois fornecem uma mínima direção esperada para cada comportamento. Criadas pelo próprio ordenamento, essas presunções impedem o ataque abusivo e o questionamento constante dos atos do Poder Público, mormente os direcionados aos cumprimentos de desígnios constitucionais, dando-lhes efetiva eficácia social.

Seriam as “presunções sistêmicas”, nos dizeres de Florence Haret:

Indo além, outra importante reflexão das presunções em âmbito público diz respeito às suas funções sistêmicas. O próprio ordenamento cria determinadas presunções que cumprem relevante papel na manutenção do Estado e na estabilização das relações jurídicas.<sup>22</sup>

São exemplos claros desta espécie a presunção de legitimidade dos atos administrativos, presunção de constitucionalidade das leis e a presunção de fé pública. Elas funcionam para assegurar a certeza da efetividade dos atos do Poder Público, até o Judiciário ser instado a analisar os questionamentos sobre sua validade.

Diante dessas explanações, percebe-se a importância que as presunções possuem no ordenamento jurídico, ora propiciando a prestação jurisdicional, ora estabilizando o sistema e fornecendo segurança jurídica aos atos estatais.

### 3.3 A utilização da presunção no âmbito do benefício previdenciário de pensão por morte

Em relação à presunção de dependência econômica na pensão por morte, tomando como base o art.16, da Lei 8.213/91, muitos entendem que se está diante de uma presunção absoluta quando se trata de cônjuge, companheiro ou filhos menores ou inválidos do segurado.

De fato, o §4º, deste citado art.16, aponta que a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

A própria jurisprudência costuma entender dessa forma:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO. Agravo de Instrumento contra a decisão de deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, determinando a implantação

21 HARET, Florence. *Presunções no Direito Tributário: Teoria e Prática*. Disponível em: <[www.teses.usp.br/.../Florence\\_Cronemberger\\_Haret\\_Versao\\_final\\_Arquivo](http://www.teses.usp.br/.../Florence_Cronemberger_Haret_Versao_final_Arquivo)>. Acesso em: 20 jun. 2013.

22 Ibidem,

do benefício de pensão por morte. Existência de prova idônea e suficiente da união estável: justificação judicial e certidão de nascimento da filha comum. A dependência econômica da companheira é presumida. Agravo de Instrumento improvido. TRF-5 – Agravo de Instrumento AGTR 87689 PE 0001042-06.2008.4.05.9999 (TRF-5) Data de publicação: 03/12/2008

O STJ tem posição firmada neste sentido, conforme se pode observar da seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ÓBITO OCORRIDO APÓS A CF/88. POSSIBILIDADE. 1. Gozando de presunção absoluta de dependência econômica, o cônjuge de segurado falecido faz jus à pensão por morte, ainda que seja beneficiária de aposentadoria por invalidez e o óbito tenha ocorrido antes do advento da Lei 8.213/91. 2. O direito a sua percepção, garantido constitucionalmente, somente pode ser restringido em não havendo cônjuge ou companheiro, ou quaisquer dependentes que provem a condição de dependência; não recepção do Decreto 83.080/79, art. 287, § 4º, pela atual Constituição Federal. 3. Recurso não conhecido. REsp 203722 PE, Relator Min. Edson Vidigal, STJ, Quinta Turma, 19.05.1999.

Contudo, tratando-se de cônjuge separado de fato a solução é diferente. Neste caso, o STJ tem entendimento de que se necessita de prova da dependência econômica. Neste diapasão:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. SEPARAÇÃO DE FATO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O cônjuge supérstite goza de dependência presumida, contudo, estando separado de fato e não percebendo pensão alimentícia, essa dependência deverá ser comprovada. 2. O Tribunal *a quo*, ao reconhecer a inexistência de comprovação da dependência, o fez com base na análise dos elementos probatórios carreados aos autos. Incidência, à espécie, da Súmula 7/STJ.” STJ, REsp 411194 / PR, de 17/04/2007 6ª Turma - Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura.

A finalidade das presunções deve ser clara, positivada na legislação e adequada aos fins sociais a que se destina. No caso das presunções em direito previdenciário, devem atender aos ditames estabelecidos na Constituição Federal, para propiciar a mais ampla cobertura dos riscos sociais dos trabalhadores e seus dependentes.

Destarte, não nos parece que a presunção de dependência milite neste sentido, pois em vários momentos parece alcançar resultados indesejados que em nada contribuem para os desideratos expostos acima, sendo este o principal argumento deste trabalho.

A técnica utilizada pelo legislador consistiu em presumir a dependência econômica das pessoas mais próximas do segurado, com o nítido propósito de facilitar a concessão do benefício, pois, no seu entender, a margem de erro nesses casos seria desprezível em identificar dependentes em risco social, já que, fatalmente, o segurado que morria era o único arrimo de família. Nas demais classes, contudo, exigiu-se a comprovação de dependência econômica.

No passado, esse discrimen era perfeitamente justificável, pois os arranjos familiares brasileiros realmente possuíam esta formatação. Todavia, houve um incremento, na última década, na proporção de casais em que os dois cônjuges têm rendimento. Segundo o IBGE, em 2000, 41,9% dos casais sobreviviam da renda de ambos os conviventes. Essa porcentagem aumentou para 62,7% em 2010<sup>23</sup>.

Então, atualmente, percebe-se que a configuração da presunção de dependência econômica como absoluta tem uma potencialidade muito mais lesiva em gerar distorções na efetivação dos ideais de Seguridade Social, causando sobrecarga indevida no sistema previdenciário brasileiro. Este tema, porém, será objeto de análise no próximo capítulo.

#### **4 A PRESUNÇÃO ABSOLUTA NO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE: DISTORÇÕES E POSSÍVEIS SOLUÇÕES**

Neste capítulo, pretende-se traçar algumas linhas sobre as mudanças ocorridas no Brasil nas últimas décadas, que tornaram anacrônica a regra de presunção e a distorção atual ocasionada pela aplicação da presunção absoluta de dependência econômica no sistema previdenciário.

##### **4.1 A generalização nociva causada pela presunção absoluta de dependência na concessão do benefício de pensão por morte**

A disciplina legal que prevalece na concessão da pensão por morte, presumindo em qualquer situação o cônjuge ou companheiro sobrevivente como dependente, fere frontalmente a lógica do sistema previdenciário, impondo mais um severo ônus à base contributiva, que acaba sustentando quem não se encontra em risco social, e nunca, ou pouco, contribuiu.

O pacto intergeracional, entendido aqui como a obrigação, assumida pela geração atual, de sustentar o pagamento dos benefícios da geração que se encontra em idade de gozo e assim sucessivamente, não suportaria mais esse gravame.

Conforme já visto, a presunção de dependência econômica visaria resguardar os interesses dos dependentes do segurado falecido, facilitando-os o recebimento do benefício, na medida em que torna certa a necessidade

23 Fonte: <http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,com-aumento-do-trabalho-feminino-crescem-casais-em-que-marido-e-mulher-tem-renda,946397,0.htm.ehttp://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2296>.

da intervenção estatal na sua manutenção, haja vista o passamento do principal gerador de renda do núcleo familiar.

Esta configuração, como também já explanado, não atende mais os ditames dos novos paradigmas enfrentados, mormente em razão dos movimentos pela desoneração dos sistemas securitários ao redor do mundo, como visto no capítulo 2.

Ademais, as amplas regras nas concessões dos benefícios de pensão por morte, no Brasil, deságuam em sustentar beneficiários que nunca recolheram contribuições ao sistema e, tampouco, necessitam da intervenção estatal para sua subsistência.

Sobre o amplo espectro de concessão deste benefício no país:

[...] o Brasil apresenta, em comparação com outros países, regras mais lenientes para a concessão de benefícios de pensão por morte. A não-exigência de um período contributivo mínimo por parte do instituidor, assim como a possibilidade de receber pensão em qualquer idade, a ausência de necessidade de laço matrimonial ou mesmo a manutenção do benefício após novo casamento, tudo isso permite que o número de beneficiários de pensão por morte no Brasil seja mais expressivo que noutras nações. Estes fatores explicam, ao menos parcialmente, o fato de o país despende, com tais benefícios, mais que o triplo da média internacional.<sup>24</sup>

Vale dizer, a aplicação da presunção de dependência propiciará, com cada vez mais frequência, a concessão de pensão por morte ao cônjuge supérstite que não se encontra em situação de risco social.

Tomemos por exemplo, um casal recém-casado ou em união estável, jovens, sendo que ambos no primeiro mês de emprego formal, ou recolhimento como contribuinte individual, com salário-de-contribuição no teto do RGPS.

No caso, qual a justiça social que o sistema de previdência social alcançaria dando ao cônjuge supérstite, por toda vida, desde os 21 anos, uma renda mensal equivalente ao teto previdenciário, gerada por uma única contribuição ao sistema, mesmo tendo capacidade laboral suficiente para auferir valor superior ao suficiente para sua manutenção?

Decerto que, como visto alhures, a Previdência Social, mais do que um instrumento securitário, possui também importante papel na distribuição equitativa de renda e na diminuição das desigualdades sociais, principalmente por intermédio de benefícios sem carência ou de cunho nitidamente assistencial, como os benefícios rurais.

Entretanto, a ausência de critérios mais consentâneos com os arranjos sociais hodiernos, acaba por inflar a base de dependentes na pensão por morte, colocando em risco todo esse sistema.

Como se percebe, considerar indiscriminadamente as mais diversas situações de cônjuges supérstites como presumidamente dependentes,

<sup>24</sup> Op. cit.

indiferentes à sua idade, novo casamento, tempo de contribuição ou vitaliciedade, não se coaduna com o que se espera de um sistema securitário nos dias atuais, que busque identificar reais situações de risco social. O que existe é uma generalização nociva de diversas situações díspares.

#### 4.2 As mudanças sociais e familiares ocorridas no Brasil, nas últimas décadas – anacronismo da regra de presunção

Até meados do século passado, a sociedade brasileira era eminentemente patriarcal. O arrimo da família, único responsável pela manutenção dos integrantes da unidade familiar, era o cônjuge varão. Havia pouca inserção das mulheres em ambiente de trabalho remunerado, até por conta de uma ideologia machista que mantinha e relegava as mulheres a uma condição permanente de dependência econômica.

Além disso, nas últimas décadas, os seguintes fatores foram percebidos inegavelmente: aumento da expectativa de vida, diminuição da taxa de natalidade, universalização da educação e a difusão do planejamento familiar.

No dizer de BATISTA *et alli*:

As políticas promovidas pelos Estados de Bem-Estar Social no pós-guerra levaram a uma melhoria considerável das condições de vida e de trabalho, contribuindo para o aumento progressivo da expectativa de vida de suas populações. Paralelamente, verificou-se nesse período a progressiva queda da taxa de natalidade, associada a fenômenos como a universalização da educação, a intensificação da participação feminina no mercado de trabalho e a difusão do planejamento familiar. O incremento da expectativa de vida e a queda da taxa de natalidade produziram o fenômeno do envelhecimento populacional, entendido aqui como o processo de mudança na estrutura por idades de uma população, caracterizado pelo incremento na proporção das pessoas com 60 anos ou mais<sup>25</sup>

A configuração interna da família brasileira também foi alvo de mudanças, com novos casamentos e aumento da diferença de idade entre os cônjuges ou companheiros.

Nos anos 90, o tempo de gozo de benefício de pensão por morte do cônjuge supérstite era de 17 anos. Em 2009, tal período saltou para 35 anos, exato tempo de contribuição para um benefício vitalício no RGPS<sup>2</sup>. Isso se deve, em parte, ao fato de que as pessoas de 60 anos ou mais, principalmente do sexo masculino, estão casando com mais frequência. A diferença na quantidade de novos casamentos entre os gêneros também é significativa, sendo de 3,4%, para os homens e de 0,9%, para as mulheres.

25 BATISTA, Analía Soria; JACCOUD, Luciana de Barros; AQUINO, Luseni; EL-MOOR, Patrícia Dario. *Envelhecimento e dependência: desafios para a organização da proteção social*. Coleção Previdência Social; v. 28. Brasília: MPS, SPPS, 2008.

Em 2003, o número de pensões urbanas concedidas a dependentes na *faixa etária de 25 a 29 anos*, foi de 4.124, das quais 3.619 eram para mulheres. No ano de 2011, esse número saltou para 5.246, dos quais 4.428 dos dependentes eram mulheres.<sup>26</sup>

Segundo Paulo Tafner:

A idade média de todos os pensionistas no Brasil, em 2005, era 61,8 anos e a idade mediana era 65,2 anos. Se considerarmos, no entanto, apenas as pensionistas, conjunto que representa mais de 90% do total dos que recebem esses benefícios, tem-se que a idade média era 61,7 anos e a idade mediana era 63 anos. Como a sobrevivência das mulheres nessa faixa etária é de 20 anos – ver Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Tábua de Mortalidade, 2004 – significa que, em média, uma viúva brasileira de hoje receberá o benefício de pensão pelos próximos 20 anos. Estamos nos referindo a um gasto de R\$ 2,784 bilhões mensais – estimativa feita com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) de 2004 –, o que nos leva a uma quantia de R\$ 36,20 bilhões anuais – 3,6% do Produto Interno Bruto (PIB). Trata-se, portanto, de um benefício que, tendo seu acesso mais restrito, ou seu valor determinado segundo padrões internacionais, além de mais justo socialmente, pode representar significativa redução de custos para a sociedade ou, eventualmente, liberar recursos para reduzir a pobreza e a desigualdade.<sup>27</sup>

Tais dados demonstram que, na nova conjuntura familiar brasileira, com a ampliação da taxa de nupcialidade, a inexistência de tempo mínimo para a concessão da pensão por morte, a diminuição da idade do cônjuge sobrevivente, o tempo em que o benefício de pensão por morte permanece ativo é bem superior. Destarte, mesmo de um ponto de vista de simples equilíbrio do sistema previdenciário, a presunção de dependência merece ser repensada.

Além disso, repese-se, a forma como o instituto foi pensado atendia uma conjuntura social em que a mulher, que tinha uma expectativa de vida bem maior que o homem, era praticamente impedida de desempenhar atividades laborativas, por vetustas convenções sociais. Portanto, em tempos pretéritos, não é demais dizer que, na maioria dos casos, a única forma de subsistência de uma viúva advinha da pensão por morte, pouco importando em que idade experimentou a viuvez, o que justificaria o recebimento da pensão por morte vitaliciamente pois, inegavelmente, se encontraria em situação de risco social.

Eis o texto do art.11, da LOPS de 1960:

Art 11. Consideram-se dependentes do segurado, para os efeitos desta lei:  
I - a esposa, o marido inválido, os filhos de qualquer condição, quando inválidos

26 FONTE: *Revista Consultor Jurídico*, 27 dez. de 09. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-set-27/aumenta-tempo-medio-viuvos-recebem-pensao-estudo>>. Acessado em 27 dez. 2012

27 FONTE: *Anuário Estatístico da Previdência Social/Ministério da Previdência Social*, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.mpas.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>. Acesso em: 27 dez. 2012

ou menores de 18 (dezoito) anos, as filhas solteiras de qualquer condição, quando inválidas ou menores de 21 (vinte e um anos); II - o pai inválido e a mãe; III - os irmãos inválidos ou menores de 18 (dezoito) e as irmãs solteiras, quando inválidas ou menores de 21 (vinte e um) anos.

§ 1º O segurado poderá designar, para fins de percepção de prestações, uma pessoa que viva sob sua dependência econômica, inclusive a filha ou irmã maior, solteira, viúva ou desquitada.

§ 2º A pessoa designada apenas fará jus à prestação na falta dos dependentes enumerados no item I deste artigo e se por motivo de idade, condições de saúde ou encargos domésticos, não puder angariar meios para o seu sustento.

Repare-se em situações bem representativas da época, com base no excerto acima, como a condição de dependente do marido apenas quando inválido, as “filhas solteiras”, e a possibilidade de designação de “filhas maiores solteiras, viúvas ou desquitadas” que não possam angariar sustentos por “encargos domésticos”.

Mesmo a lei de benefícios sendo da década de 1990, o fato é que esta repetiu, em parte, uma tradição já presente na legislação previdenciária na Lei Orgânica da Previdência Social, lei 3.807/1960, que já definia os dependentes da pensão por morte, unicamente, por vínculo familiar, sem comprovação de real necessidade alimentar.

Conclui-se, destarte, que existe flagrante transferência indevida de encargos para o sistema previdenciário, pois a realidade que se descortina é que os cônjuges supérstites não precisam mais do benefício por toda vida ou no valor de 100% do salário-de-benefício do *de cujus*, ou seja, não podem ser considerados dependentes econômicos sempre.

Tanto é que Paulo Tafner<sup>28</sup> faz referência que no Brasil, 52% da despesa com pensão por morte se dão com pensionistas que moram com filhos com mais de 18 anos e 33% com pensionistas que não moram com os filhos.

Deste modo, é nítido que o critério atual de concessão de pensões por morte está em descompasso com os princípios informativos da Previdência Social, gerando distorções, levando em conta o processo histórico-social que modificou a sociedade brasileira.

#### 4.3 Sugestões de aperfeiçoamento da legislação brasileira sobre o tema - notas sobre a reforma previdenciária

Neste ponto do trabalho, pretende-se expor alguns fatos sobre a configuração do benefício de pensão por morte, numa realidade comparada com o resto do mundo, na tentativa de aperfeiçoar o instituto.

28 TAFNER, Paulo. *Simulando o desempenho do sistema previdenciário e seus efeitos sobre pobreza sob mudanças nas regras de pensão e aposentadoria*. Texto para Discussão n° 1264. IPEA. Rio de Janeiro.



Um bom comparativo da amplitude desarrazoada na concessão do benefício de pensão por morte no sistema securitário brasileiro, em paralelo com o resto do mundo nos é apresentado por Rocha e Caetano<sup>29</sup>:

**Comparativo das condições de elegibilidade às pensões por morte: Brasil e resto do mundo**

	Brasil	Resto do mundo
Carência de tempo contributivo do instituidor	Não há	Exigência de um período contributivo mínimo
Estado civil	Não precisa ser casado	Exigência de um período mínimo de casamento ou união
Idade	Sem limite mínimo de idade	Restrições aos pensionistas mais jovens. Em especial, viúvas ou viúvos com menos de 45 anos de idade
Novo matrimônio	Pensão se mantém inalterada com contração de novo matrimônio	Pensão usualmente finda com novo casamento

Confrontado com outros sistemas de previdência ao redor do mundo, os requisitos de concessão de pensão por morte no Brasil são extremamente permissivos. Essa constatação explica porque não raro o benefício acaba por ser deferido e mantido a pessoas que possuem condições plenas de sustento financeiro por meios próprios.

Como se apontou, a realidade social brasileira sofreu mudanças relevantes, o que exige uma adequação do instituto estudado.

A principal delas, tema defendido neste trabalho, seria a consideração da presunção absoluta de dependência da pensão por morte como presunção relativa (*juris tantum*),

Nesta nova configuração, evitar-se-iam os gastos excessivos e a impossibilidade de se alcançar a melhor justiça social na distribuição de verbas da seguridade social entre os verdadeiros necessitados. Para o deferimento do benefício, o suposto dependente poderia ser instado a provar a necessidade real do benefício, sob pena de cessação da pensão por morte. A superveniente melhoria em sua condição financeira poderia gerar seu cancelamento. Evidentemente, tudo com expressa previsão legal.

Na verdade, as restrições à concessão da pensão por morte em outros países, em sua maioria (como limite de idade, existência de dependentes menores, novo casamento, etc.) visam justamente que a pensão alcance os dependentes que se encontrem em provável estado de risco social. São restrições que buscam uma melhor efetividade no amparo dos mais necessitados. O contraponto é

29 ROCHA, Roberto de Rezende; CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *O sistema previdenciário brasileiro: uma avaliação de desempenho comparada*. IPEA, Texto para discussão nº 1331, Brasília. 2008.

que a completa ausência de restrições por aqui, faz com que o Brasil perca essa chance de promover uma melhor distribuição da verba social.

Evidente que o(a) viúvo(a) de mais idade possui menos probabilidade de gerar renda suficiente para sua manutenção, e de ingresso/permanência no mercado de trabalho. Da mesma forma, aquele que contrai novas núpcias, presume-se possuir uma família reestruturada e com preferência a providenciar sua própria manutenção, antes de se acionar o Estado.

Ao exigir do cônjuge supérstite que comprove a condição de dependência do falecido, ou se admita prova em contrário desta situação, estar-se-ia retirando da base de pagamento aqueles, inclusive, que auferem rendas superiores às do falecido.

Ademais, o próprio ordenamento já traz, em si, a idéia de que o novo matrimônio alteraria a condição de dependência dos nubentes.

Inclusive, essa era uma solução que já encontrava previsão no art. 50, inciso II, do extinto Decreto 89.312/84 (grifo nosso):

Art. 50. A cota da pensão se extingue:

I - pela morte do pensionista;

II - para o pensionista do sexo feminino, pelo casamento;

III - para o filho ou irmã, quando, não sendo inválido, completa 18 (dezoito) anos de idade;

IV - para a filha ou irmão, quando, não sendo inválida, completa 21 (vinte e um) anos de idade;

V - para o dependente designado do sexo masculino, quando, não sendo inválido, completa 18 (dezoito) anos de idade;

VI - para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez,

O Código Civil impõe que o casamento traga o dever de mútuo alimento aos consortes (art. 1566, inciso III), criando uma nova obrigação onde não existia e, desta forma, gerando uma substituição legal automática no dever de alimentar, transferindo o ônus que era do Estado para o nubente.

O valor da RMI, no mesmo montante do salário-de-benefício do instituidor, é desarrazoado. Descartando-se a existência de filhos incapazes, como conceber que o exato valor financeiro que sustentava um casal deve ser o mesmo que amparará o companheiro sobrevivente durante o resto de sua vida?

Na Alemanha, essa solução já foi vislumbrada. Naquele país, o valor da pensão é a integralidade do valor da aposentadoria do falecido (ou da que ele teria direito na data do óbito) durante apenas os três primeiros meses, após,  $\frac{1}{4}$  do valor se a pensionista tiver menos de 45 anos e 55%, se mais idade possuir.<sup>30</sup>

Evidentemente, se a presunção de dependência fosse relativa, caberia prova em contrário de que o dependente necessita de valor superior para sua sobrevivência, como ser portador de doença grave, por exemplo.

30 ROCHA; CAETANO, op. cit.

Como *tempus regit actum*, a insolvência superveniente também não geraria direito à percepção do benefício, visto que as condições pessoais devem ser levadas em conta no momento da configuração do fato gerador (morte).

Sobre reformas, GIAMBIAGI e CASTRO apresentam bom resumo sobre algumas propostas que poderão constar na reforma previdenciária do Governo. No que tange nosso objeto de estudo, temos:

Nessa linha, as propostas oficiais de reforma são [...] 3) *Pensão*: O valor máximo das pensões passa a ser de 70% do benefício. O governo vai enviar ao Congresso um projeto de lei que estabelecerá formas de redução desse benefício nos casos em que a pensão poderá ser prolongada. O projeto indicará um redutor para tais circunstâncias.<sup>31</sup>

Contudo, ao que tudo indica, a proposta de redução da RMI é apenas pontual e ainda não leva em conta a questão da presunção de dependência econômica, o que pode fazer incidir no mesmo erro das tentativas anteriores de atingir a chamada justiça social.

Portanto, a reconstrução da presunção de dependência econômica como relativa é atitude por demais salutar e esperada de um sistema de seguridade social que busca, por imperativo constitucional, a concretização dos valores de justiça social.

## 5 CONCLUSÕES

O taoísmo<sup>32</sup> é uma religião originária da China, marcada pela dualidade, que prega a harmonia da vida com o Tao (caminho, princípio).

O ditado taoísta da epígrafe tem muito a revelar sobre os objetivos que nortearam esse trabalho. Assim como no adágio, a pensão por morte é um benefício que se origina da perda (passamento do instituidor). Contudo, na dualidade, a concessão do benefício, se for desnecessária, também opera uma perda: a do equilíbrio do sistema securitário, e também a perda de fôlego financeiro para investimentos em outras áreas sociais.

O presente trabalho teve o escopo de analisar a presunção de dependência econômica na pensão por morte, partindo de uma análise sob o viés da transmissão injustificada de encargos ao Estado e da vedação do enriquecimento sem causa.

A pergunta que se pretendeu responder é se seria adequado sustentar a presunção de dependência econômica absoluta em casos geradores de pensão por morte, no atual sistema de Previdência Social.

Com as novas configurações sociais brasileiras, a presunção absoluta de dependência quebra o pacto intergeracional e o equilíbrio

31 GIAMBIAGI, Fabio; CASTRO, Lavinia Barros de. Previdência Social: diagnóstico e propostas de reforma. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10. n. 19, jun. 2003. .

32 FONTE: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Taoismo>. Acesso em: 07 set. 2013.

atuarial da Previdência Social, gerando um enriquecimento sem causa para o beneficiário, sendo ineficaz como instrumento gerador de justiça social.

Desta forma, a solução mais plausível para o instituto estudado seria revisar sua disciplina, negando-se o benefício, por exemplo, quando se tratar de viúvo(a) ainda em idade laboral e com condições de manutenção própria.

Concluiu-se, por fim, que a configuração da presunção de dependência econômica como relativa (*juris tantum*) seria mais adequada para um sistema de previdência social que busca atingir os ideais de justiça social, pois evita o deferimento/manutenção do benefício para dependentes que não se encontram em situação de risco social.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 4. ed. revista e atualizada com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: liv. e ed. Universitária de Direito, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_48/artigos/ART\\_LUIS.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm)>. Acesso em: 03 set. 2013.

BATISTA, Analía Soria; JACCOUD, Luciana de Barros; AQUINO, Luseni. ELMOOR, Patrícia Dario. Envelhecimento e dependência: desafios para a organização da proteção social. *Coleção Previdência Social*, v. 28. Brasília: MPS, SPPS, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2. ed. 1998. Editora Saraiva. São Paulo.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. v.2, Podivm. 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III, 2. Malheiros, 2009.
- FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. 1789. Disponível em: <[http://www.ambafrance-br.org/france\\_brasil/spip.php?article425](http://www.ambafrance-br.org/france_brasil/spip.php?article425)>. Acesso em: 14 maio 2010.
- GIAMBIAGI, Fabio; CASTRO, Lavinia Barros de. Previdência Social: diagnóstico e propostas de reforma. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10. n. 19, jun. 2003.
- HARET, Florence. *Presunções no Direito Tributário: Teoria e Prática*. Disponível em: <[www.teses.usp.br/.../Florence\\_Cronemberger\\_Haret\\_Versao\\_final\\_Arquivo](http://www.teses.usp.br/.../Florence_Cronemberger_Haret_Versao_final_Arquivo)>. Acesso em: 20 jun. 2013.
- HOVARTH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- JORGE, Társis Nametala Sarlo. *Manual dos benefícios previdenciários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- KRAVETZ, Luciane Merlin Clève. Prescrição e decadência na Lei 8213/91. In: LUGON, Luiz Carlos De Castro; LAZZARI, João Batista. *Curso modular de direito previdenciário*. Florianópolis: Conceito, 2007.
- MAULAZ, Ralph Batista de. Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2628. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17368>>. Acesso em: 17 jan. 2013.
- NASCIMENTO, Sílvio Firmo do; TAVARES, Roberto Rômulo Braga. *Princípios democráticos norteadores do comportamento contemporâneo à luz do jus-filósofo Miguel Reale*. Disponível em: <[http://www.iptan.edu.br/publicacoes/saberes\\_interdisciplinares/pdf/revista09](http://www.iptan.edu.br/publicacoes/saberes_interdisciplinares/pdf/revista09)>. Acesso em: 03 set. 2013.

- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- ROCHA, Roberto de Rezende; CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. *O sistema previdenciário brasileiro: uma avaliação de desempenho comparada*. IPEA, Texto para discussão n. 1331, Brasília. 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros.
- TAFNER, Paulo. *Simulando o desempenho do sistema previdenciário e seus efeitos sobre pobreza sob mudanças nas regras de pensão e aposentadoria*. Texto para Discussão n. 1264. IPEA. Rio de Janeiro.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TRINDADE, Antônio A. Cançado. *Seminário Direitos humanos das mulheres: a proteção internacional*, 2000. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm)>. Acesso em: 14 maio 2010.

---

## APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDORES PÚBLICOS E OS PROJETOS LEGISLATIVOS PARA SUA REGULAÇÃO

---

*Demian do Prado Marçal Rodrigues*  
*Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Perfil da Aposentadoria Especial no Regime Geral de Previdência Social – RGPS; 1.1 Escorço histórico da aposentadoria especial; 1.2 Panorama do atual regime jurídico da aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social (RGPS); 2 A Aposentadoria Especial de Servidores Públicos; 2.1 Notas sobre os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS's); 2.2 A previsão constitucional da aposentadoria especial de servidores públicos; 2.3 A decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 721-7/DF e a temporária aplicabilidade do art. 57, caput e § 1º, da Lei nº 8.213/1991; 3 Projetos para a Regulação da Aposentadoria Especial de Servidores Públicos em Trâmite no Congresso Nacional; 3.1 Os projetos e o seu atual estágio de tramitação; 3.2 Análise dos pontos comuns aos projetos examinados; 3.3 Breves críticas; 4 Conclusão; Anexo; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho de conclusão de curso (TCC) pretendeu estudar a aposentadoria especial dos servidores públicos sujeitos a Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS’S. Para tanto, partiu do perfil desse benefício previdenciário no hoje chamado Regime Geral de Previdência Social (RGPS) – onde surgiu há pouco mais de meio século –, mostrando o atribulado histórico dos diplomas normativos que o regreram ao longo do tempo, bem como o seu atual panorama. Na sequência, se buscou examinar os RPPS’s, expondo as suas origens, as suas características e o seu atual desenho normativo-institucional, bem assim a previsão constitucional da aludida benesse previdenciária – aqui considerada a específica modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição concedida com menos tempo de serviço/contribuição (TS/TC) do que o ordinariamente previsto, em razão do trabalho em condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, por exposição a agentes nocivos físico, químicos, biológicos ou associação de tais agentes. Por fim, se tentou analisar os projetos de lei complementar em curso no Poder Legislativo, mostrando o que eles têm em comum, os méritos individuais que possuem, bem como as suas omissões e os seus equívocos no trato da matéria.

## INTRODUÇÃO

A aposentadoria especial – aqui entendida como a específica modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição para cuja obtenção o requisito da quantidade do período contributivo é menor do que a prevista para a concessão do benefício sob a forma comum, em razão do exercício, pelo segurado, de “atividades de risco” (inciso II do § 4º do artigo 40 da Constituição da República Federativa do Brasil, incluído pela Emenda Constitucional nº 47/2005), ou do desempenho de atividades laborativas “exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (art. 40, § 4º, inc. III, da mesma Carta Política, também acrescentado pela EC 47/2005) – tem sido objeto de inúmeras discussões, tanto no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) – onde foi prevista pela primeira vez, com o advento da Lei nº 3.807/1960 – quanto na seara dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS’s) dos servidores públicos.

De fato, a matéria é naturalmente complexa em virtude da interdisciplinaridade que a permeia. Essa interdisciplinaridade, a par de envolver o estudo e a aplicação de institutos e normas de vários ramos da dogmática jurídica (como o Direito do Trabalho, o Direito Administrativo e o Direito Ambiental), não raro exige conhecimentos extrajurídicos dos operadores do Direito que lidam com o tema.



No RGPS, a solução das questões atinentes à aposentadoria especial (bem como à possibilidade e à forma de reconhecimento, contagem e conversão do tempo de serviço especial) é reconhecidamente difícil, quer pelas várias controvérsias surgidas, sob o aspecto do direito intertemporal, em razão das sucessivas alterações da legislação, quer pelos debates em torno da prova do tempo de atividade especial.

Nos RPPS's, o maior problema ainda é a ausência de regulação da matéria. É que, mesmo depois que o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF –, no julgamento do Mandado de Injunção nº 721-7 (do Distrito Federal), decidiu que “[i]nexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91”,<sup>1</sup> a falta de lei reguladora do assunto permanece sendo óbice ao reconhecimento da especialidade de atividades alegada pelos servidores.

De fato, além de carecerem de um mínimo de regulação infralegal – que estabeleça, por exemplo, quem e sob quais condições deverá emitir o formulário relativo à atividade do servidor –, os órgãos e entidades públicos não dispõem do pessoal capacitado e do know how necessários à avaliação da especialidade do labor de seus funcionários.

Em ambos os tipos de regimes previdenciários, o risco – já bastante concreto no caso do RGPS – da irrefletida ou indiscriminada outorga de aposentadorias especiais (e do indevido reconhecimento de tempo de serviço especial) para o equilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas é enorme, o que, por si só, está a demandar regulação clara, cuidadosa e, tanto quanto possível, exauriente.

O presente trabalho de conclusão de curso – TCC –, então, cuidará da aposentação especial no RGPS; depois abordará os RPPS's e a previsão da jubilação especial no âmbito desses regimes; e, afinal, fará uma análise dos projetos de lei complementar, em trâmite no Congresso Nacional, que visam à regulação da aposentadoria especial de servidores públicos nos seus regimes próprios de previdência, indicando os pontos comuns de tais proposições legislativas e tecendo-lhes breves críticas.

## **1 PERFIL DA APOSENTADORIA ESPECIAL NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RGPS**

Para se entender minimamente o benefício previdenciário de aposentadoria especial, de que ora se cuida, é indispensável realizar um estudo de toda a sua complexa e acidentada – conquanto não tão longa – história normativa. Com

<sup>1</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Aposentadoria – Trabalho em condições especiais – Prejuízo à saúde do servidor – Inexistência de lei complementar – Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Mandado de Injunção nº 721-7/DF. M. A. M. e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 30.08.2007. Unânime. DJe, 30.11.2007.

efeito, essa benesse previdenciária é verdadeiramente incompreensível sem o exame, ainda que perfunctório, da legislação (= leis + regulamentos) que, nestes pouco mais de cinquenta e três anos, regrou, e ainda regra, a matéria no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

### 1.1 Escorço histórico da aposentadoria especial

A aposentadoria especial surgiu, no ordenamento jurídico brasileiro, com a Lei nº 3.807, de 26.08.1960 – Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) –, cujo artigo 31 estabeleceu:

Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960

[...]

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.

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

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

Nesse passo – e embora o que vai a seguir já tenha ficado claro na introdução –, cabe, desde já, acentuar que este trabalho monográfico não cuidará das aposentadorias (por vezes, também chamadas de especiais) dos aeronautas e dos jornalistas profissionais – citadas no recém-transcrito § 2º do art. 31 da Lei Orgânica da Previdência Social –, a menos que a abordagem dessas benesses, inicialmente reguladas em legislação especial (i.e., diversa da LOPS, que, para esse efeito, é lei geral), seja necessária.

A 1ª (primeira) regulamentação infralegal da aposentadoria especial instituída pelo art. 31, caput e § 1º, da Lei 3.807/60 veio ao mundo jurídico nacional com o Decreto nº 48.959-A/1960 – Regulamento Geral da Previdência Social –, que, em seus arts. 65 e 66, previu:

Decreto nº 48.959-A, de 19.09.1960 – Diário Oficial da União (DOU) de 29.09.1960

[...]

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 êste Regulamento (Quadro nº II).

§ 1º Considera-se “tempo de trabalho”, para os efeitos do artigo, o período ou períodos correspondentes a serviços efetivamente prestado nas atividades ali mencionadas, computados, contudo, os em que o segurado tenha estado em gôzo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, desde que concedidos êsses benefícios como consequência do exercício daquelas atividades.

§ 2º No Quadro a que se refere o artigo, serão indicadas as atividades a que corresponda o tempo de trabalho mínimo para a concessão do benefício.

Art. 66. A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal calculada na forma do art. 49 e seu parágrafo único e a data do seu início obedecerá ao disposto no art. 54.

O Quadro II anexo ao referido Decreto 48.959-A/1960 – reproduzido no Anexo desta monografia – elencou os serviços (atividades) “desde logo considerados penosos, insalubres ou perigosos, nos termos do art. 65 do regulamento”; estipulou que seria revisto a cada 2 (dois) anos; e determinou que a comissão por ele indicada elaboraria a 1ª relação nominal dos serviços penosos, apontaria a correspondência das atividades penosas, insalubres e perigosas com cada um dos prazos mínimos de trabalho estabelecidos na LOPS – 15, 20 e 25 anos –, e discriminaria “especificamente quais as atividades consideradas penosas, perigosas e Insalubres em cada serviço das enumerados no Quadro” (observação 3).

Pouco mais de três anos depois dessa 1ª regulamentação, foi editado o Decreto nº 53.831/1964, que, tratando especificamente da aposentadoria especial, dispôs, *litteris*:

Decreto nº 53.831, de 25.03.1964 (retificado no DOU de 30.03.64) – DOU de 10.04.1964

Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 agosto de 1960.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA usando da atribuição que lhe confere o artigo 87, inciso I da Constituição e tendo em vista o que dispõe o art. 31, da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, decreta:

Art. 1º A aposentadoria especial, a que se refere o art. 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, será concedida ao segurado que exerça ou tenha exercido atividade profissional em serviços considerados insalubres, perigosos ou penosos nos termos deste decreto.

Art. 2º Para os efeitos da concessão da aposentadoria especial, serão considerados serviços insalubres, perigosos ou penosos, os constantes do Quadro anexo em que se estabelece também a correspondência com os prazos referidos no art. 31 da citada Lei.

Art. 3º A concessão do benefício de que trata êste 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.

Art. 4º Os Institutos de Aposentadoria e Pensões enviarão semestralmente à Divisão de Higiene e Segurança do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Previdência Social na forma do modelo a ser apresentado por essa Divisão, relação das empresas que empregavam os segurados, a que tenha sido concedida aposentadoria especial.

Art. 5º As dúvidas suscitadas na aplicação do presente Decreto serão resolvidas pelo Departamento Nacional da Previdência Social ouvida sempre a Divisão de Higiene e Segurança do Trabalho, no âmbito de suas atividades.

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

O importante Quadro Anexo do supratranscrito Decreto 53.831/1964 – também reproduzido no Anexo do presente trabalho – contém 2 (duas) partes:

- (i) a 1ª (*primeira*), com a relação dos *agentes nocivos* ensejadores do enquadramento do tempo de serviço como especial, sob os códigos 1.1.1 a 1.3.2, divididos em agentes físicos – código 1.1.1 até o cód. 1.1.8 –, químicos (cód. 1.2.1 ao 1.2.11), e biológicos – cód. 1.3.1 e 1.3.2 –, e,
- (ii) a 2ª (*segunda*), com o rol das *ocupações* cujo exercício, por si só, era apto ao enquadramento do trabalho como especial, enumeradas sob os códigos 2.1.1 a 2.5.7, e classificadas em profissões/ocupações liberais, técnicas e assemelhadas (código 2.1.1 até o cód. 2.1.4), agrícolas, florestais e aquáticas – códigos 2.2.1 a 2.2.3 –, de perfuração, construção civil e assemelhadas (cód. 2.3.1 a 2.3.3), de transporte e comunicações – cód. 2.4.1 a 2.4.5 –, e de artesanato e outras ocupações qualificadas (cód. 2.5.1 ao cód. 2.5.7).

Para cada código, o Quadro Anexo do Dec. 53.831/64 prevê o número mínimo de anos de serviço necessário à obtenção de aposentadoria especial.

Aqui é preciso mencionar aquela que é a primeira das inúmeras questões que envolvem a caracterização e a contagem do tempo de serviço especial – e, respeitosamente, externar a posição do subscritor deste trabalho sobre ela –: pode ser considerado como especial (para o efeito de seu cômputo com acréscimo oriundo da respectiva conversão em tempo de serviço comum) a atividade laborativa desempenhada a partir de quando?

Em que pese o posicionamento manifestado em alguns julgados, admitindo o enquadramento como especial do labor desempenhado antes da LOPS (Lei 3.807/1960),<sup>2</sup> entendo que o entendimento correto é o

2 Como, exempli gratia, pela Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais da 4. Região (TRUJEF's-4. R., ou, simplesmente, TRU4) no Incidente de Uniformização (IU) nº 2007.72.95.009884-0/SC – rel. Juiz Federal Loraci Flores de Lima, julgado em 28.11.2008 –, e pelo próprio

consagrado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial nº 1.205.482, de Santa Catarina – no sentido de que somente é passível de reconhecimento como especial o trabalho realizado a partir da entrada em vigor do Decreto 53.831/1964 –, cujo aresto recebeu a seguinte ementa:

*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.*

I – O tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, por força do princípio *tempus regit actum*. Desta forma, integra, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. A lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente.

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.<sup>3</sup>

De fato, por força do vetusto postulado de direito intertemporal *tempus regit actum* – que sintetiza o princípio (no Brasil, geral do Direito) da irretroatividade das leis –, tendo em vista a ausência do regulamento exigido pelo próprio dispositivo que criou a aposentadoria especial (LOPS, art. 31), e considerando a ineficácia material, por evidente incompletude, do Dec. 48.959-A/60 [que, qual foi visto, relegou a ulterior (sub)regulamentação a disciplina de aspectos essenciais da própria caracterização do tempo de serviço especial, para o fito de ensejar a obtenção da jubilação especial

---

Superior Tribunal de Justiça – vide AgRg-REsp 1.170.901/SC (5ª Turma, rel.ª Min.ª Laurita Vaz, julgado em 25.09.2012. DJe de 02.10.2012).

3 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 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. Recurso Especial nº 1.205.482/SC. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e A. Z.. Relator: Ministro Gilson Dipp. Acórdão de 23.11.2010. Unânime. DJe, 06.12.2010. (destaquei).

prevista no art. 31 da Lei Orgânica da Previdência Social], não há como se permitir a declaração e o reconhecimento, como especial, de qualquer atividade laborativa exercida antes de 10 de abril de 1964 – data da publicação (e do começo da vigência) do precitado Dec. 53.831/64. Esses foram os fundamentos do correto voto-condutor do acórdão do STJ no aludido REsp 1.205.482/SC (embora os dois últimos motivos, e a data de 10.04.1964, não tenham constado na ementa do julgado), *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.205.482 - SC (2010/0151145-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, contra v. acórdão do Eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

[...]

Foram opostos embargos de declaração, que restaram parcialmente acolhidos, tão-somente para determinar que a correção monetária se dê pela incidência do INPC, a contar de abril de 2006 e, a partir da vigência da Lei 11.960/2009, pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados às cadernetas de poupança.

No especial, o recorrente alega violação ao artigo 162 da Lei 3.807/1960 (Lei Orgânica da Previdência Social-LOPS), sustentando que apenas a partir da publicação da referida Lei passou a existir, no ordenamento jurídico, a possibilidade de reconhecimento de uma atividade laboral como especial.

Neste contexto, aduz que, no caso concreto, o Tribunal a quo reconheceu os períodos anteriores à Lei Orgânica da Previdência Social (03/11/1958 a 31/12/1962 e de 1º/01/1963 a 31/03/1973) como de trabalho especial. Em assim fazendo, interpretou de forma equivocada o artigo 162 da Lei, pois entendeu que este garantiria tal direito antes da vigência da Lei 3.807/60.

Sem contrarrazões à fl. 291 do e-STJ.

Decisão de admissão às fls. 292/294.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Inicialmente, cumpre lembrar que o tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente à época em que efetivamente prestado, por força do princípio *tempus regit actum*.

Desta forma, integra, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. A lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente. Ilustrativamente:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. FATOR DE CONVERSÃO. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA EM QUE A ATIVIDADE FOI PRESTADA. AGRAVO REGIMENTAL. PRECEDENTES.

1. O tempo de serviço é 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 não pode ser aplicada retroativamente.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp 1103602/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009).

[Transcrição das ementas dos acórdãos proferidos pelo STJ no REsp 1.105.630/SC e no AgRg-REsp 924.827/SP]

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

Neste contexto, o instituto da aposentadoria especial foi criada pelo artigo 31 da Lei 3.807, de 26/08/1960, que preceituava o seguinte, in verbis:

“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.” (Revogado pela Lei 5.890, de 1973).

*Esta Lei foi regulamentada, em 1964, pelo Decreto 53.831, tendo sido este revogado pelo Decreto 63.230/68.*

*Em sendo assim, a aposentadoria especial somente surgiu no mundo jurídico em 1960 pela publicação da Lei 3.807, e na prática, após sua regulamentação, em 1964, pelo Decreto 53.831.*

Todavia, o acórdão recorrido reconheceu os períodos de 03/11/1958 a 31/12/1962 e 1º/01/1963 a 31/03/1973, como de atividade exercida em condições especiais, para fins de recálculo da renda mensal inicial da aposentadoria proporcional por tempo de serviço. Sobre o período anterior à vigência da Lei 3.807/1960, o voto condutor assim se manifestou, in verbis:

“Primeiramente, cabe assinalar que, não obstante o período de 03-11-1958 a 31-12-1962 seja anterior à data da publicação da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, que dispôs sobre a Lei Orgânica da Previdência Social, a sua análise será feita com base nesse diploma legislativo, haja vista o disposto em seu art. 162, cuja redação assegura todos os direitos outorgados aos segurados pelas

legislações anteriores à sua vigência, ressaltando a sua incidência na hipótese de serem mais vantajosos os direitos por ela instituídos. Nesse sentido, mesmo não havendo previsão legal para a aposentadoria especial antes da edição da LOPS, é possível a sua retroação para abranger as situações pretéritas, pois mais favorável ao segurado, não ficando ao relento os períodos de labor anteriores a 05 de novembro de 1960 exercidos em condições especiais.” (fl. 242 do e-STJ – grifos nossos).

Destarte, *evidencia-se que assiste razão à Autarquia Previdenciária no tocante à interpretação equivocada conferida ao artigo 162 da Lei 3.807/60 pela Corte Regional.*

Com efeito, o mencionado artigo assim dispunha, in litteris:

“Art. 162. Aos atuais beneficiários, segurados e dependentes das instituições de previdência social, ficam assegurados todos os direitos outorgados pelas respectivas legislações salvo se mais vantajosos os da presente lei.”

*Constata-se que o artigo 162 da Lei 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.*

Considerando, assim, que, conforme antes dito, *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.* Sobre o tema, ilustrativamente:

“PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CÔMPUTO. LEI EM VIGOR AO TEMPO DO EFETIVO EXERCÍCIO. OBSERVÂNCIA. DECRETOS 53.831/1964 E 83.080/1979. REPRISTINAÇÃO DADA PELOS DECRETOS 357/1991 E 611/1992. RÚIDO. LIMITE DE TOLERÂNCIA. 80 OU 90 DECIBÉIS ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DO DECRETO N. 2.172/1997. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. DECRETO 3.048/1999 ALTERADO PELO 4.882/2003. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O tempo de serviço é regido pela legislação em vigor ao tempo em que efetivamente exercido, o qual é incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, que não pode sofrer prejuízo em virtude de inovação legal.

2. Embora tenha havido revogação do Decreto n. 53.831/1964 pelo artigo 2º do Decreto n. 72.771/1973, o certo é que o artigo 295 do Decreto n. 357/1991, seguido do Decreto n. 611/1992, em franca repristinação, determinou a observância dos Anexos I e II do Decreto n. 83.080/1979 e o Anexo do Decreto n. 53.831/1964 para efeito de concessão de aposentadorias especiais, o qual estabelecia como nociva a atividade sujeita a exposição ao ruído de 80 dB.

3. A Terceira Seção desta Corte firmou a compreensão de que deve ser considerado insalubre o tempo de exposição permanente a pressões sonoras



superiores a 80 e a 90 decibéis até a vigência do Decreto n. 2.172/1997, que revogou o Decreto n. 611/1992.

4. Hipótese em que a própria Autarquia reconheceu os percentuais de 80 dB ou 90 dB, conforme disposto no artigo 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC n. 57, de 10 de outubro de 2001.

5. O Decreto n. 4.882/2003, ao alterar o item 2.0.1 de seu anexo IV do Decreto n. 3.048/1999, reduziu o limite de tolerância do agente físico ruído para 85 decibéis. No entanto, sua observância se dará somente a partir de sua entrada em vigor, em 18/11/2003.

6. Uma vez que o tempo de serviço rege-se pela legislação vigente ao tempo do efetivo exercício, não há como atribuir retroatividade à norma regulamentadora sem expressa previsão legal, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

7. Recurso especial parcialmente provido.”

(REsp 1105630/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009).

Ante o exposto, *conheço do recurso especial e lhe dou provimento para afastar o reconhecimento de atividade laboral como especial antes da vigência e regulamentação da Lei 3.807/60.*

É como voto.<sup>4</sup>

Com efeito, o posicionamento contrário ao aqui reputado correto parece utilizar, indevidamente, o entendimento relativo à lei aplicável à conversão do tempo de serviço (que, em julgamento sob o regime dos recursos especiais repetitivos, o STJ assentou ser a norma em vigor por ocasião do pleito administrativo),<sup>5</sup> com a lei aplicável à qualificação, ao reconhecimento e à declaração original do tempo de serviço.

Ora, as hipóteses são substancialmente diversas, pois, naquela situação (discussão da lei aplicável à conversão do tempo de serviço), o labor foi desempenhado já sob a égide da legislação que qualificava a atividade como especial, enquanto, no último caso – debate sobre a possibilidade de reconhecer como especial o período laborado anteriormente a 10.04.1964 –, simplesmente não havia a possibilidade jurídica de ser caracterizado, como especial, o trabalho exercido antes da vigência da regulamentação exigida pela LOPS. O tema ainda será tratado em outra(s) parte(s) deste opúsculo.

Prosseguindo no esforço de sintetizar o longo e atribulado histórico da legislação que trata da benesse previdenciária em comento, registre-se que a Lei nº 5.440-A/68 – que, nos termos da sua ementa, “[a]ltera o artigo 31 e dá nova redação ao artigo 32 e seu § 1º da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social)” – derogou, na LOPS, a

4 Idem, ibidem (itálicos e negritos no original) – resumi e esclareci entre colchetes; sublinhei.

5 Vide o acórdão do STJ no REsp (repetitivo) 1.151.363/MG – 3ª Seção, rel. Min. Jorge Mussi, v.u., j. em 23.03.2011, DJe de 05.04.2011.

exigência de idade mínima (de 50 anos) para a concessão da aposentadoria especial. Dispôs, com efeito, o art. 1º daquele diploma legislativo:

Lei nº 5.440-A, de 23 de maio de 1968 – DOU de 28.05.1968

[...]

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

Embora usando técnica legislativa (de revogar palavras ou frases do preceito revogado, sem alterar o texto inteiro do dispositivo) inadequada – quiçá perigosa –, a revogação do pressuposto da idade mínima para a obtenção do benefício em tela, operada pelo art. 1º da Lei 5.440-A/68, parecia clara até que a Lei 5.527, do mesmo ano de 1968 – a qual, na forma da ementa, restabeleceu, “para as categorias profissionais que menciona, o direito à aposentadoria especial de que trata o artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, nas condições anteriores” –, mencionou, novamente, o requisito da idade mínima, ao prescrever:

Lei nº 5.527, de 08.11.1968 – DOU de 11.11.68

[...]

Art. 1º As categorias profissionais que até 22 de maio de 1968 faziam jus à aposentadoria de que trata do artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, em sua primitiva redação e na forma do Decreto número 53.831, de 24 de março de 1964, mas que foram excluídas do benefício por força da nova regulamentação aprovada pelo Decreto nº 63.230, de 10 de setembro de 1968, conservarão direito a êsse benefício *nas condições* de tempo de serviço e *de idade* vigente naquela data. (sublinhei).

Bem, até então, poder-se-ia sustentar que a exigência da idade mínima só vigorou até a véspera da entrada em vigor da recém-transcrita Lei 5.440-A/68; e que o pressuposto etário foi ripristinado apenas para os integrantes das categorias profissionais de que tratou o art. 1º da Lei 5.527/68 (a saber: as de engenheiro civil e eletricitista) que preencheram os demais requisitos legais para a concessão da aposentadoria especial até 10.09.1968 – data da edição do Dec. 63.230/68.

O busílis, porém, tomou corpo quando a Lei 5.890/73, ao alterar a LOPS – então modificada pelo Dec.-lei 66/66 – e regular inteiramente o benefício em estudo,<sup>6</sup> não disse palavra acerca do pressuposto da idade mínima, permitindo, pois, a interpretação de que tal requisito fora genérica

6 Lei nº 5.890, de 08.06.1973

[...]

Art. 1º A Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

e indistintamente ripristinado para a aposentadoria especial tout court. A propósito, explica MARIA HELENA CARREIRA ALVIM RIBEIRO:

A Lei 5.890/73 diminuiu a carência para concessão do benefício para sessenta contribuições, dispondo que a aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo cinco anos de contribuição, tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo.

Silenciou, porém, quanto ao limite mínimo de idade; não é por outra razão que, durante muito tempo o INSS continuou a condicionar a concessão de aposentadoria especial à exigência de idade mínima.

Essa questão foi dirimida pela jurisprudência, que considerou que desde o advento da Lei 5.890/73 não havia exigência legal de idade mínima para concessão de aposentadoria especial.<sup>7</sup>

Deveras, apesar de perder na Justiça desde antes da Constituição de 1988,<sup>8</sup> e de as derrotas nos Tribunais se tornarem, ao longo do tempo, numerosas e indiscrepantes – a ponto de ocasionarem a edição, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de súmula de sua jurisprudência dominante<sup>9</sup> –, a Administração Previdenciária, durante alguns anos, insistiu na exigibilidade do antedito requisito etário (de 50 anos) para a concessão da aposentadoria especial; “[ã] partir do Parecer CJ/MPAS n. 223/1995” – assinala WLADIMIR NOVAES MARTINEZ –, “a idade mínima deixou de ser imposta pelo INSS”.<sup>10</sup>

A quaestio que se acaba de resumir é um dos não poucos exemplos de que, já há algumas décadas, é possível ter-se a impressão de que, por vezes, e mais do que mal elaborados, os atos normativos concernentes à aposentadoria especial são mal-revogados de propósito.

Em seguida à Lei 5.440-A/68, foi editado o Decreto nº 63.230, de 10.08.1968, cuja principal inovação foi permitir a soma, após a respectiva conversão, dos períodos de serviço especial desempenhado em atividades especiais

Art 9º A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 5 (cinco) anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo.

§ 1º A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal calculada na forma do 1º do artigo 6º, desta lei, aplicando-se-lhe ainda o disposto no § 3º, do artigo 10.

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

7 RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria especial: Regime Geral da Previdência Social*. 5 ed. Curitiba: Jurua, 2012. p. 56.

8 Nesse sentido, confira-se, e.g., o acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos na AC 71.557/SP (2ª Turma, rel. Min. José Cândido, j. em 16.06.81, DJU de 20.08.1981).

9 “Aposentadoria especial decorrente do exercício de atividade perigosa, insalubre ou penosa não exige idade mínima do segurado.” (Súmula 33 do TRF-1. R., aprovada em 15.12.1995 – DJU de 05.02.1996).

10 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial do servidor*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012, passim.

sujeitas a diferentes tempos mínimos para a obtenção do benefício em estudo (15, 20 ou 25 anos). De fato, o § 1º do art. 3º daquele decreto estabeleceu:

§ 1º Quando o segurado houver trabalhado sucessivamente em duas ou mais atividades penosas, insalubres ou perigosas sem ter completado em qualquer delas o prazo mínimo que lhe corresponda, os respectivos tempos de trabalho serão somados, após quando fôr o caso, à respectiva conversão, segundo critério de equivalência a ser estabelecido pelos órgãos técnicos competentes do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Digna de nota, também, é a previsão do § 2º do art. 3º do mesmo diploma regulamentar, que enunciava não serem passíveis de contagem como tempo de serviço especial os interregnos em que houver a eliminação completa das condições de penosidade, insalubridade ou periculosidade, ou nos quais não tiver sido efetivamente realizada atividade laborativa com algum desses predicados:

§ 2º Os períodos de trabalho em que comprovadamente se verificar a total eliminação das condições de penosidade, insalubridade ou periculosidade, ou em que não tiver sido efetivamente exercida atividade penosa, insalubre ou perigosa, não serão considerados para efeito da aposentadoria especial, ouvido na primeira hipótese o Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho e na segunda o INPS.

O Dec. 63.230/68, em referência, também trouxe dois Quadros Anexos – o primeiro, contendo a relação das atividades consideradas especiais, e, o segundo, o rol das categoriais profissionais contempladas com a benesse em questão –, os quais, contudo, “não foram considerados pelo Decreto 357/91 para efeito de enquadramento de tempo especial”, como observa a já citada MARIA HELENA C. A. RIBEIRO.<sup>11</sup>

Pouco mais de um lustro depois, o Poder Executivo aprovou novo regulamento da LOPS, por meio do Decreto nº 72.771, de 06.09.1973, o qual – à semelhança do por ele ab-rogado Dec. 63.230/68 – se fez acompanhar de 2 Quadros Anexos (contendo as atividades e as profissões cujo desempenho ensejavam a aposentadoria especial), igualmente não considerados, pelo Decreto 357/1991 – 1º regulamento da atual Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social –, para fim da caracterização do tempo de serviço especial.

O próximo ato normativo que precisa ser abordado neste esboço histórico foi o Decreto nº 77.077, de 24.01.1976, o qual, por força do art. 6º da Lei 6.243/1975, instituiu a primeira Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS/76), e que não trouxe anexo próprio relativo à atividade especial.

Na sequência, foi baixado o importante Decreto nº 83.080, de 24.01.1979 – DOU de 29.01.79 –, que aprovou “o Regulamento dos Benefícios da Previdência

11 RIBEIRO, op. cit., p. 54.

Social”, e cujos Anexo I (com a “Classificação das atividades profissionais segundo os agentes nocivos”) e Anexo II (que estipulou a “Classificação das atividades profissionais segundo os grupos profissionais”) – ambos reproduzidos no Anexo deste trabalho de conclusão de curso – regeram o enquadramento da atividade especial até o advento do Decreto 2.172/1997.

Em 14.05.1979, foi sancionada a Lei nº 6.643, que acrescentou o seguinte § 3º no art. 9º da Lei 5.890/1973 (transcrito na nota de rodapé nº 6, retro):

§ 3º Os períodos em que os trabalhadores integrantes das categorias profissionais, enquadradas neste artigo, permanecerem licenciados do emprego ou atividade, desde que para exercer cargos de Administração ou de Representação Sindical, serão computados, para efeito de tempo de serviço, pelo regime de Aposentadoria Especial, na forma da regulamentação expedida pelo Poder Executivo.

Conforme se exporá mais adiante, a Lei 6.643/79 é emblemática de como, ao longo do tempo, foram desnaturadas não só as práticas administrativas e judiciais, mas a própria legislação que, no atual Regime Geral de Previdência Social (RGPS), dispôs sobre a aposentadoria especial.

Na história do arcabouço normativo da aposentadoria especial, é relevante a edição da Lei nº 6.887/1980, que alterou a “legislação da Previdência Social Urbana”, estabelecendo, em seus arts. 2º e 4º, o seguinte:

Lei nº 6.887, de 10 de dezembro de 1981

[...]

Art. 2º A Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, com as modificações introduzidas posteriormente, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 9º .....

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

Art. 4º Esta Lei entrará em vigor a 1º de janeiro de 1981.

A Lei 6.887/1980 introduziu no ordenamento jurídico-previdenciário do País a possibilidade de, após o reconhecimento de determinado período de labor como tempo de serviço especial, e na hipótese de o segurado não haver completado, em atividade(s) especial(ais), o prazo mínimo para a concessão de aposentação especial, o interregno de trabalho especial ser convertido em tempo de serviço comum, com o respectivo acréscimo, para a obtenção de qualquer espécie de jubilação – ou seja, criou a conversão de tempo especial em tempo de serviço comum. A propósito, assinala MARIA HELENA RIBEIRO:

A Lei 6.887/80 constituiu um marco importante, pois permitiu que o tempo de serviço exercido alternadamente em atividades comuns e em atividades perigosas, penosas ou insalubres, pudesse ser convertido, segundo critérios de equivalência fixados pelo Ministério da Previdência Social e adicionado, não só para o deferimento de qualquer uma das três aposentadorias especiais [a saber: a aposentação especial de que trata a presente monografia, e as aposentadorias “especiais” dos professores e dos aeronautas, de que este trabalho não cuida], mas também para a obtenção da aposentadoria comum.

Anteriormente à Lei 6.887/80, somente o tempo de serviço exercido em atividades perigosas, penosas ou insalubres poderia ser somado, entre si, depois de convertido, para a concessão da aposentadoria especial.

A Lei 6.887/80 veio, assim, reparar os danos causados pelas condições adversas de trabalho do segurado, permitindo-lhe aposentar-se antes da data em [que] se aposentaria, se simplesmente somasse ao tempo comum os tempos de serviço prestados em condições especiais, sem convertê-los.<sup>12</sup>

Na prática, a inovação legislativa facilitou a obtenção, principalmente, da então chamada aposentadoria por tempo de serviço. O diploma legal em comento instituiu, também, a conversão inversa – isto é, conversão do tempo de labor comum em tempo de serviço especial –, para quem, tendo trabalhado uma boa parte da vida laboral em atividade especial, e outra grande parcela em tempo de serviço comum, pudesse converter os intervalos desse tipo de labor em tempo de serviço especial (com o respectivo decréscimo), e somá-los aos restantes interregnos de atividade especial, alcançando, assim, o período mínimo de tempo de serviço necessário à concessão da aposentadoria especial – 15, 20 ou 25 anos.

Há pouco mais de um ano, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao apreciar, sob o regime dos recursos especiais repetitivos – art. 543-C do Código de Processo Civil e Resolução/STJ nº 8/2008 –, a questão da possibilidade de conversão, em tempo de serviço comum, de período de atividade especial desempenhada antes do começo da vigência da Lei 6.887/80, consolidou a jurisprudência da Corte no sentido de que tal conversão é possível, sob o fundamento de ser decisivo, na hipótese, a lei vigente por ocasião da conversão (pretendida pelo segurado quando alegadamente preenchidos todos os requisitos para se aposentar, e a ser efetuada pela Autarquia Previdenciária já sob a égide da regra que a permite), não a sua inexistência quando da prestação do serviço. Confirma-se a ementa do REsp 1.310.034/PR:

<sup>12</sup> RIBEIRO, op. cit. p. 81-2; esclareci entre colchetes.

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL E COMUM. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. ART. 9º, § 4º, DA LEI 5.890/1973, INTRODUZIDO PELA LEI 6.887/1980. CRITÉRIO. LEI APLICÁVEL. LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DA APOSENTADORIA.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com intuito de desconsiderar, para fins de conversão entre tempo especial e comum, o período trabalhado antes da Lei 6.887/1980, que introduziu o citado instituto da conversão no cômputo do tempo de serviço.

2. Como pressupostos para a solução da matéria de fundo, destaca-se que o STJ sedimentou o entendimento de que, em regra; a) a configuração do tempo especial é de acordo com a lei vigente no momento do labor, e b) a lei em vigor quando preenchidas as exigências da aposentadoria é a que define o fator de conversão entre as espécies de tempo de serviço. Nesse sentido: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC.

3. A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço. Na mesma linha: REsp 1.151.652/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 9.11.2009; REsp 270.551/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 18.03.2002; Resp 28.876/SP, Rel. Ministro Assis Toledo, Quinta Turma, DJ 11.09.1995; AgRg nos EDcl no Ag 1.354.799/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 5.10.2011.

4. No caso concreto, o benefício foi requerido em 24.1.2002, quando vigente a redação original do art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991, que previa a possibilidade de conversão de tempo comum em especial.

5. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.<sup>13</sup>

O Decreto 87.374, de 08.07.1982, ao mudar o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social então vigente (Dec. 83.080/79), trouxe a relevante Tabela de Conversão de diferentes espécies de tempos de serviço constante do art. 60 daquele decreto, abaixo transcrita:

13 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso especial. Violação do art. 535 do CPC não configurada. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recurso representativo de controvérsia. Previdenciário. Tempo especial e comum. Conversão. Possibilidade. Art. 9º, § 4º, da Lei 5.890/1973, introduzido pela Lei 6.887/1980. Critério. Lei aplicável. Legislação vigente quando preenchidos os requisitos da aposentadoria. Recurso Especial nº 1.310.034/PR. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e J. C. T. S. Relator: Ministro Herman Benjamin. Acórdão de 24.10.2012. Unânime. DJe, 19.12.2012.

ATIVIDADES A CONVERTER	MULTIPLICADORES			
	Para 15	Para 20	Para 25	Para 30
De 15 anos	1,00	1,33	1,67	2,00
De 20 anos	0,75	1,00	1,25	1,50
De 25 anos	0,60	0,80	1,00	1,20
De 30 anos	0,50	0,67	0,83	1,00

Finalmente, o último ato normativo pré-constitucional a merecer referência nesta síntese histórica é o Decreto nº 89.312, de 23.01.1984, que, conforme sua ementa, expediu “nova edição de Consolidação das Leis da Previdência Social” (CLPS/84). Sobre essa consolidação, MARIA HELENA RIBEIRO tece as seguintes ponderações:

O Decreto 89.312/84 não relacionou os agentes nocivos ou atividades que permitiriam a aposentadoria especial; dessa forma, os Anexos do Decreto 83.080/79 continuaram em vigência; por sua vez, o § 4º do art. 35 desse Decreto manteve também o direito das categorias profissionais relacionadas no Decreto 53.831/64, que haviam sido excluídas por força do Decreto 63.230/68, de 22.05.1968.

Observamos que não ocorreu o que se poderia entender como repristinação do Decreto 53.831/64, revogado pelo Decreto 63.230/68; foi tão somente revigorada a relação das categorias profissionais relacionadas naquele Decreto, que havia sido excluída pelo Decreto 63.230/68.

Todas as categorias excluídas pelo Decreto 63.230/68 conservaram o direito ao benefício em razão do disposto na Lei 5.527/68.

Constata-se que o Decreto 89.312/84 continuou a autorizar a conversão de tempo de serviço comum em especial para obtenção de aposentadoria especial pelo segurado.<sup>14</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 5 de outubro de 1988, previu a aposentadoria especial, no que ela denominou Regime Geral de Previdência Social – RGPS –, na segunda parte do inciso II do artigo 202 da sua redação original, in verbis:

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

[...]

<sup>14</sup> RIBEIRO, op. cit., p. 86.



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

Em 24 de julho de 1991, foram sancionadas as Leis nºs 8.212 e 8.213, as quais instituíram, respectivamente, o Plano de Custeio da Seguridade Social – PCSS – e o Plano de Benefícios da Previdência Social (PBPS) exigidos pelo art. 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB – mas, qual se percebe, mais de dois anos depois do fim do prazo estipulado pelo dispositivo constitucional transitório.<sup>15</sup>

Com sua redação original, a Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social (LPBPS) – Lei 8.213/1991 – pouco inovou a disciplina normativa da aposentadoria especial, exceto por relegar a fixação das atividades ensejadoras do benefício a lei específica. De fato, estabeleceram os arts. 57, 58 e 152 da LPBPS:

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.

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto na Seção III deste capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de 85% (oitenta e cinco por cento) do salário-de-benefício, mais 1% (um por cento) deste, por grupo de 12 (doze) contribuições, não podendo ultrapassar 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

§ 3º O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.

§ 4º O período em que o trabalhador integrante de categoria profissional enquadrada neste artigo permanecer licenciado do

15 “Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988

[...]

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

[...]

Art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.”

emprego, para exercer cargo de administração ou de representação sindical, será contado para aposentadoria especial.

Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

[...]

Art. 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.

O 1º (primeiro) Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS – ulterior à Lei 8.213/91 foi o Decreto nº 357, de 07.12.1991, que, em seus arts. 64 e 295, dispôs:

Art. 64. O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou a integridade física será somado, após a respectiva conversão, aplicada a Tabela de Conversão seguinte, para efeito de concessão de qualquer benefício:

Atividade a Converter	Multiplicadores				
	Para 15	Para 20	Para 25	Para 30 (Mulher)	Para 35 (Homem)
De 15 anos	1,00	1,33	1,67	2,00	2,33
De 20 anos	0,75	1,00	1,25	1,50	1,75
De 25 anos	0,60	0,80	1,00	1,20	1,40
De 30 anos (Mulher)	0,50	0,67	0,83	1,00	1,17
De 35 anos (Homem)	0,43	0,57	0,71	0,86	1,00

Parágrafo único. Somente será devida aposentadoria especial, com a conversão prevista neste artigo, ao segurado que comprovar o exercício de atividade profissional em condições especiais, por, no mínimo, 36 (trinta e seis) meses.

[...]

Art. 295. Para efeito de concessão das aposentadorias especiais serão considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, e o Anexo do Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, até que

seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física.

Como se vê, mais do que manter a eficácia dos Anexos I e II do Dec. 83.080/79 (que até então regulamentavam o tema) – o que foi necessário para conferir eficácia prática à nova legislação (lei + regulamento) de benefícios instituída em 1991 –, o art. 295 do Dec. 357/91 ripristinou o Quadro Anexo do Decreto 53.831/64, fazendo com que tal quadro e aqueles anexos vigorassem simultânea e paralelamente. No ponto, observa MARIA HELENA C. A. RIBEIRO:

Assim, até que essa relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física fosse aprovada prevaleceria a lista constante da legislação então em vigor para aposentadoria especial.

Esse dispositivo [o art. 295 do Dec. 357/91] resulta do ordenamento contido no art. 152 da Lei 8.213/91, que estabeleceu o prazo de trinta dias, contado a partir da data da sua publicação, para que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física fosse submetida à apreciação do Congresso Nacional.

O disposto no art. 152 não foi cumprido e nenhum projeto de lei foi apresentado nesse sentido.

Portanto, o Decreto 357/91 não poderia deixar de reconhecer a legislação então em vigor.<sup>16</sup>

O diploma regulamentar que, posteriormente, cuidou do assunto – qual seja, o Decreto 611, de 21.07.1992 – não modificou o regime jurídico aplicável à aposentadoria especial.

Quase três anos após o Dec. 611/92, veio a lume aquele que é um dos mais importantes atos normativos que, sob a atual Constituição, regula(ram) a aposentadoria especial no RGPS: a Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, cujo art. 3º rezou:

Art. 3º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“[...]”

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.

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

16 RIBEIRO, op. cit., p. 91-2; esclareci entre colchetes.

§ 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.

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

§ 6º É vedado ao segurado aposentado, nos termos deste artigo, continuar no exercício de atividade ou operações que o sujeitem aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta lei.

[...].”

Qual se conclui da atenta leitura das novas redações atribuídas ao caput e aos §§ 1º, 3º e 4º do art. 57 da Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social, bem assim dos §§ 5º e 6º acrescentados a esse preceito legal, a Lei nº 9.032/1995 reformou, profundamente, o regime jurídico da aposentadoria especial, ao:

- (i) abolir a possibilidade de enquadramento do tempo de serviço como especial em virtude do simples pertencimento a certas categoriais profissionais (e do desempenho da respectiva atividade), ao suprimir, no caput do art. 57 da Lei 8.213/1991, a expressão “conforme a atividade profissional”;<sup>17</sup>
- (ii) majorar o coeficiente da renda mensal inicial (RMI) dessa espécie de jubilação, fixando-o, indistintamente, em 100% – cem por cento – do salário-de-benefício (SB), acabando, pois, com o percentual mínimo (85%) e a parcela variável da RMI – cf. novo texto do § 1º do art. 57 da LPBPS –;

17 Desse teor: MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial do servidor*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 143; RIBEIRO, op. cit., p. 95 e 356-7; e STJ, AR 2.745/PR (3º S., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, v.u., j. em 24.04.2013, DJe de 08.05.2013), inter allia.

- (iii) deixar clara a imprescindibilidade de que o segurado prove, “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” (Lei 8.213/91, art. 57, § 4º, em sua nova redação);
- (iv) extinguir a possibilidade de conversão de intervalo de labor comum em tempo de serviço especial (cf. o novel § 5º do art. 57 da LPBPS);<sup>18</sup>
- (v) estabelecer, em consequência da conjugação dos itens “(ii), “(iii) e “(iv)”, supra, a necessidade de que, para obter a aposentadoria especial, o segurado tenha laborado, pelo período mínimo a ser considerado – 15, 20 ou 25 anos –, exclusivamente em atividades especiais (admitida a conversão de períodos trabalhados em diferentes tipos de atividade especial);<sup>19</sup> e
- (vi) vedar o retorno do beneficiário de aposentadoria especial ao trabalho em condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou integridade física (novo § 6º do art. 57 da Lei 8.213/91). Malgrado isso, é de se reconhecer que tal dispositivo revelou-se uma *lex imperfecta*, pois não cominava sanção para o seu descumprimento.

A Medida Provisória 1.523/1996 modificou, outra vez, a LPBPS, alterando o seu art. 58 para passar a exigir que a comprovação da exposição a agentes nocivos se fizesse mediante formulário-padrão emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho elaborado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho; estipulando que do referido laudo deveria constar a informação a respeito da presença de tecnologia de proteção coletiva que reduza a exposição ao agente nocivo a níveis tolerados; sujeitando a empresa que não mantiver atualizado o dito laudo técnico, ou que emitir documento (formulário) dele discrepante, à sanção do art. 133 da Lei de Benefícios; e introduzindo no Direito Previdenciário o “perfil profissiográfico”. Confira-se:

Medida Provisória nº 1.523, de 11 de outubro de 1996 (DOU de 14.10.96)

18 Nessa linha: RIBEIRO, op. cit., p. 94; MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da Previdência Social* – Tomo II: Plano de Benefícios. 6 ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 409, comentário “d” ao § 5º do art. 57 da Lei 8.213/1991.

19 Nesse sentido: ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado/Esmafê, 2009. p. 263-4.

[...]

Art. 2º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“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 e será definida pelo Poder Executivo.

§ 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.

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

§ 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 deste documento.”

O Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, ao revogar os Anexos I e II do Dec. 83.080/79, acabou com a possibilidade de enquadramento como especial do tempo de serviço prestado em atividades penosas ou perigosas.<sup>20</sup>

A Lei 9.528/97 – fruto da conversão da MedProv 1.596-14, de 10.11.97 – também modificou o art. 58 da Lei 8.213/91, prevendo o seguinte:

Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997

[...]

Art. 2º Ficam restabelecidos o § 4º do art. 86 e os arts. 31 e 122, e alterados os arts. 11, 16, 18, 34, 58, 74, 75, 86, 94, 96, 102, 103, 126, 130 e 131 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com a seguinte redação:

[...]

“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.

20 CF. ROCHA; BALTAZAR JR., op. cit., p. 261.

§ 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.

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

§ 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.”

Em maio de 1998, começou a edição de confusa legislação a respeito do fim da possibilidade de conversão de período de atividade especial em tempo de serviço comum (com o acréscimo daí decorrente). Vale a leitura do resumo que DANIEL MACHADO DA ROCHA e JOSÉ PAULO BALTAZAR JR. fizeram do episódio:

Não satisfeito com as restrições impostas à concessão da aposentadoria especial, o Poder Executivo decidiu revogar o § 5º do art. 57 da Lei 8.213/91, providência inserida no art. 28 da MP 1.663-10, de 28 de maio de 1998. Como não poderia deixar de ser, as pressões da sociedade fizeram-se sentir no Chefe do Poder Executivo, que acabou concordando com a inserção de uma norma de transição já na 13ª reedição deste provimento provisório, em seu art. 28, nos seguintes termos: “O Poder Executivo estabelecerá critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998, sob condições especiais que sejam prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos dos artigos 57 e 58 da Lei 8.213 de 1991, na redação dada pelas Leis nº 9.032, de 28 de abril de 1995, e 9.528, de 10 de dezembro de 1997 e de seu regulamento, em tempo de trabalho exercido em atividade comum, desde que o segurado tenha implementado percentual do tempo necessário para a obtenção da respectiva aposentadoria especial, conforme estabelecido em regulamento”.

O art. 30 da Lei 9.711, de 20.11.98, convalidou a MP 1.663-14, tendo sido mantida a redação do art. 28 acima transcrito. Entretanto, este diploma legal deixou de acolher expressamente a revogação do [§ 5º do] art. 57 da Lei 8.213/91. Por sua vez, o D. 2.782, de 14 de setembro de 1998, fixou os percentuais mínimos necessários para que o segurado possa valer-se do preceito transitório, os quais equivalem a 20% do tempo requerido, ou seja, 3, 4 e 5 anos respectivamente

para o tempo de serviço que enseja a aposentadoria especial com 15, 20 e 25 anos (norma repetida pelo parágrafo único do art. 70 do RPS).<sup>21</sup>

Durante algum tempo, prevaleceu na jurisprudência a tese de que a conversão do intervalo de labor especial em tempo de serviço comum apenas era possível em relação ao período laborado até 28.05.98 – data da entrada em vigor da MedProv 1.663-10/1998. Contudo, esse posicionamento jurisprudencial foi superado, conforme explicado no seguinte trecho da ementa de acórdão proferido pelo STJ em REsp repetitivo:

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL APÓS 1998. MP N. 1.663-14, CONVERTIDA NA LEI N. 9.711/1998 SEM REVOGAÇÃO DA REGRA DE CONVERSÃO.

1. Permanece a possibilidade de conversão do tempo de serviço exercido em atividades especiais para comum após 1998, pois a partir da última reedição da MP n. 1.663, parcialmente convertida na Lei 9.711/1998, a norma tornou-se definitiva sem a parte do texto que revogava o referido § 5º do art. 57 da Lei n. 8.213/1991.

2. Precedentes do STF e do STJ.<sup>22</sup>

A Medida Provisória 1.729, de 02.12.98 – convertida na Lei nº 9.732/1998 –, ao alterar tanto a Lei do Plano de Custeio da Previdência Social, quanto a LPBPS (atribuindo a atual redação de parte dos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91), instituiu contribuição adicional das empresas (destinada ao custeio da aposentadoria especial) e previu que o laudo técnico de condições ambientais do trabalho deve conter informação acerca da existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual – ou seja, equipamento de proteção individual (EPI) – que minora a nível tolerado pela regulamentação a exposição do segurado ao agente agressivo:

Medida Provisória nº 1.729, de 2 de dezembro de 1998 (DOU de 03.12.98)

[...]

Art. 1º A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 22. ....

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

21 ROCHA; BALTAZAR JR., op. cit., p. 265; esclareci entre colchetes.

22 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Previdenciário. Reconhecimento de atividade especial após 1998. MP n. 1.663-14, convertida na Lei n. 9.711/1998 sem revogação da regra de conversão. Recurso Especial nº 1.151.363/MG. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e A. T. S. Relator: Ministro Jorge Mussi. Acórdão de 23.03.2011. Unânime. DJe, 05.04.2011. – resumi.



trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:”

[...]

Art. 2<sup>o</sup> A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 57. ....

§ 5<sup>o</sup> Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

§ 6<sup>o</sup> 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 vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.

§ 7<sup>o</sup> O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput.” (NR).

“Art. 58. ....

§ 1<sup>o</sup> 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.

§ 2<sup>o</sup> 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.”

[...]

Art. 14. O acréscimo a que se refere o § 6<sup>o</sup> do art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991, será exigido de forma progressiva a partir das seguintes datas:

I – 1<sup>o</sup> de abril de 1999: quatro, três ou dois por cento;

II – 1<sup>o</sup> de setembro de 1999: oito, seis ou quatro por cento;

III – 1<sup>o</sup> de março de 2000: doze, nove ou seis por cento.

Tal era o estado da arte em que se encontrava a aposentadoria especial no RGPS quando da publicação da Emenda à Constituição nº 20, de 15.12.1998 – DOU de 16.12.98 –, que, ao proceder à (1<sup>a</sup>) Reforma da Previdência, dispôs o seguinte no que concerne à aposentadoria especial:

Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998

[...]

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.”

[...]

Art. 15. Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda.

Qual se percebe, o art. 15 da EC 20/98 “congelou” o regime jurídico da jubilação especial vigente por ocasião da sua promulgação, até que sobrevenha a lei complementar por ela pedida, na nova redação do § 1º do art. 201 do texto permanente da CRFB, para regular o instituto.

Por derradeiro, é de se mencionar que o atual Regulamento da Previdência Social (RPS) é o Decreto nº 3.048, de 06.05.1999, que sofreu incontáveis alterações em seu texto. O § 2º do art. 64 do RPS foi objeto de recentíssima modificação pelo Decreto 8.123, de 16.10.2013, o qual, sem inovar o ordenamento jurídico, deixou, entretanto, mais clara a definição do que sejam as condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado que configuram a atividade especial.<sup>23</sup>

## 1.2 Panorama do atual regime jurídico da aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social (RGPS)

A síntese da conturbada história do benefício de aposentadoria especial que se tentou empreender no item antecedente bem revela o quão complexo é esse instituto jurídico. Daí as imensas dificuldades de se

23 “Decreto nº 3.048, de 06.05.1999

[...]

Art. 64. [omissis].

[...]

§ 2º Consideram-se condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física aquelas nas quais a exposição ao agente nocivo ou associação de agentes presentes no ambiente de trabalho esteja acima dos limites de tolerância estabelecidos segundo critérios quantitativos ou esteja caracterizada segundo os critérios da avaliação qualitativa dispostos no § 2º do art. 68. [Redação dada pelo Decreto 8.123/2013].”

estudá-lo, de se entendê-lo, e de se operacionalizá-lo, seja administrativa, seja jurisdicionalmente.

A bem da verdade, os problemas do trato da aposentadoria especial começam do seu próprio conceito e da definição de qual a contingência previdenciária por ela coberta, como demonstrado por LUCAS MATEUS GONÇALVES LOUZADA, em alentado artigo no qual, após expor que não poucos doutrinadores chegam, mesmo, a conceituar a aposentação especial como uma espécie de aposentadoria por invalidez antecipada, assim define a benesse de jubilação especial:

Sem dúvida, a aposentadoria especial é uma decorrência necessária da contingência “idade avançada”, na medida em que se pode, a partir de critérios médico-estatísticos, estabelecer, para determinadas atividades, uma perda da capacidade laborativa compatível com a que se dá naturalmente pelo envelhecimento e o exercício de trabalhos ordinários, embora em período inferior. Da mesma forma que se supõe uma perda substancial da capacidade laborativa a partir de uma certa idade e de um determinado tempo de serviço, independentemente da invalidez, é possível, igualmente, prever que tal condição se implementa diante do trabalho em condições desgastantes, em um tempo de serviço menor. Os critérios correspondentes, por sua vez, são a razão de ser do estabelecimento de uma regra de enquadramento em que se excluem diversas ocupações.

O acidente ou a incapacidade laborativa, como foi dito, certamente são fatos mais prováveis para os que exercem atividades insalubres, perigosas e/ou penosas, mas não é, aleatoriamente, a maior ou menor probabilidade de que isso venha a ocorrer que autoriza a contagem privilegiada. A se placitar o entendimento de que o escopo da aposentadoria especial é uma mera “compensação humanitária”, ou um “benefício de caráter preventivo” destinado ao trabalhador que exerce suas atividades em ambiente de risco, não haveria qualquer razão para que se fixasse um rol de enquadramento, pois risco laboral sempre há, em grau variável, em qualquer atividade.<sup>24</sup>

Deveras, consoante assinalado, há algumas páginas, acerca da questão da revogação da idade mínima de 50 anos para a concessão de aposentadoria especial, e conforme se pôde perceber também quando da abordagem do problema da possibilidade de conversão de tempo especial em intervalo de labor comum, considerável parcela dos atos normativos concernentes à jubilação especial e à contagem diferenciada do interregno trabalhado em atividade especial, produzida ao longo desse pouco mais de meio século de história no País, é particularmente carente de boa técnica de redação legislativa, e infensa

24 LOUZADA, Lucas Mateus Gonçalves. *Aposentadoria especial: técnica, ficção ou arbitrariedade?* In: PAVIONE, Lucas dos Santos; SILVA, Luiz Antonio Amorim (orgs). *Temas aprofundados da Advocacia-Geral da União*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 507-33 (p. 510-1).

ao cuidado sistêmico que assunto tão complicado exige nos momentos de criação e extinção de diplomas normativos.

Um relevante fator dessa já quase “tradição” (de fazer atos normativos ruins e revogações ainda piores) é o sucesso do corporativismo – no mau sentido da palavra – de não poucas entidades sindicais, o qual, historicamente, cerca o benefício da aposentadoria especial; corporativismo, esse, que, mais do que defender os interesses profissionais das categorias representadas, se empenhou, no passado, em conquistar e manter privilégios (à guisa da defesa de “direitos”).

De que outra maneira se explicaria o fato de, até 28.04.1995, a legislação permitir o enquadramento, por categoria profissional, do labor desempenhado por trabalhadores cuja atividade, em regra, sabidamente nada têm de “especial” – no sentido de expor o segurado, permanente e habitualmente, a condições prejudiciais à sua saúde ou integridade física –, como, p. ex., a dos dentistas? Trata-se de fato notório da história da aposentadoria especial, reconhecido por pelo menos parte da doutrina, como WLADIMIR NOVAES MARTINEZ:

As transformações operadas no benefício pressupõem distorções anteriores ocorridas no instituto técnico-jurídico, vale dizer, na legislação aplicável, com a inclusão de cargos, funções ou atividades sem justificação científica, bem como a aceitação de SB-40 inadequados. Prova disso, o elevadíssimo número de aposentados retornarem ao trabalho, mesmo quando financeiramente complementados, no ambiente de risco declarado determinante do pedido.

Cientificamente, a prestação foi distorcida, até mesmo pelo legislador. Se queria prestigiar o movimento sindical não deveria entender que a liderança sindical era atividade especial (Lei n. 6.643/79).<sup>25</sup>

Acresce o conhecido viés francamente paternalista – e, não raro, populista – de relevante parcela da jurisprudência, que, quando tenta compreender a prática administrativa da Autarquia Previdenciária (e os atos legislativos e regulamentares em que ela escora a sua conduta), e quando lê os argumentos por ela utilizados em juízo – o que nem sempre ocorre –, parece não fazer o menor esforço para resistir ao potente lobby de sindicatos, nem para apreciar criticamente a argumentação muita vez atécnica utilizada pela advocacia privada.

Veja-se que, a despeito de ser pacífica a impossibilidade de enquadramento por categoria profissional desde 29.04.95, e de se reconhecer que a partir de 06.03.97 não mais se caracterizam como especiais as atividades outrora tidas como penosas ou perigosas, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a sua jurisprudência no sentido de, mesmo depois de 05.03.97, continuar passível

25 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da Previdência Social* – Tomo II: Plano de Benefícios. 6. ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 385-6, comentário “e” ao art. 57 da Lei nº 8.213/1991 (LPBPS).

de enquadramento o labor exercido pelos eletricitários, aos argumentos de que a atividade seria de risco e o de que o rol de agentes nocivos seria exemplificativo – cf., do STJ, o REsp (repetitivo) 1.306.113/SC (1ª S., rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. em 14.11.2012, DJe de 07.03.2013).

Ora, com a vênia sempre devida ao Tribunal da Cidadania, o posicionamento acima mencionado revela uma profunda incompreensão do por que, afinal, os agentes perigosos foram excluídos da regulamentação da aposentadoria especial pelo Dec. 2.172/97.

É que, para o desenho legal da aposentadoria especial introduzido pela Lei 9.032/1995, é indiferente o fato de o segurado trabalhar numa atividade cujo desempenho regular, embora tido por outro(s) ramo(s) do ordenamento jurídico – qual o Direito do Trabalho, p. ex. – como perigoso, *não* é nocivo à saúde ou à integridade física do segurado.

Ao Direito Previdenciário importa somente se a atividade laborativa é exercida em condições especiais que, em razão da exposição a agentes físicos, químicos, biológicos ou associação de dois ou mais agentes desses tipos, agridem a integridade biopsicofisiológica do segurado, o que não ocorre com o eletricitário pela só circunstância de lidar com eletricidade superior a 250V em linhas vivas de transmissão de energia, eis que ele pode passar vinte e cinco anos realizando esse trabalho sem que a sua saúde fique comprometida apenas por isso. Ora, se – como ocorre com a maioria dos eletricitários – o cogitado trabalhador não sofrer nenhum acidente que o mate ou o deixe temporária ou total e permanentemente incapaz de laborar [contingências, essas, para as quais a legislação previdenciária já prevê benefícios próprios e específicos (pensão por morte, auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, respectivamente)], o fato de ele trabalhar com eletricidade, de per se, não terá agredido a sua saúde laboral.

O outro argumento do precitado julgado do STJ (o de que o rol de agentes nocivos seria meramente exemplificativo), apesar de encontrar apoio na doutrina,<sup>26</sup> é abertamente ilegal, pois vulnera o que dispõe, textualmente, o caput do art. 58 da LPBPS: “A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo” (redação dada pela Lei 9.528/97); *negritos meus*.

Ademais, o entendimento ora criticado é solo fértil para os vários decisionismos judiciais que campeiam no País – o que é ruim, afinal não há diferença ontológica entre a inclusão de um agente nocivo na lista oficial ocorrer arbitrariamente por ato do Executivo ou por decisão do Judiciário –, abrindo brecha para que, dia após dia, segurados pleiteiem, notadamente em juízo, o enquadramento, como especial, de atividades

26 Cf., e.g., MARTINEZ, *op. cit.*, p. 87.

sujeitas aos mais criativos e bizarros “agentes nocivos”, tais como a “queda no mesmo nível”(?!?) e a “batida contra objetos”(?!?), conforme o autor da presente monografia teve o ensejo de verificar num Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) que instruiu a inicial de ação ordinária recentemente contestada.<sup>27</sup>

De fato, e consoante pontua, com propriedade, ALINE MACHADO WEBER, em substancioso artigo em que demonstra que a Súm. 198 do ex-TFR está completamente superada pela legislação:

[...]. O que se sustenta é que, partindo da premissa de que a aposentadoria especial não é meio de se compensar um ambiente laboral imperfeito, não há qualquer incorreção no fato de a legislação previdenciária ter se afastado da noção de mero risco e, por exigir a efetiva submissão a agentes nocivos para comprovação da especialidade do labor, não mais albergar como especiais situações consideradas, no âmbito trabalhista, como penosas ou perigosas. Da mesma forma, as exigências legais quanto à pré-constituição das provas hoje exigíveis para comprovação da especialidade nem sempre tornarão necessária a feitura de perícia judicial.<sup>28</sup>

Colhendo do ensejo propiciado pelo último período da citação supra, é no campo dos meios de prova que estão alguns dos mais sérios problemas da caracterização da atividade especial.

Não se desconhece que os segurados, muitas vezes, acabam sendo prejudicados por (ex-)empregadores que não cumprem as obrigações trabalhistas-previdenciárias previstas nos §§ 3º e 4º do art. 58 da Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social.

Acontece, no entanto, que, não bastasse a circunstância de que o não-fornecimento de formulários ou laudos técnicos de condições ambientais de trabalho (ou o seu fornecimento com falsidade) devem ser cobradas, pelo trabalhador ou o sindicato da sua categoria, diretamente do empregador faltoso – de preferência pouco tempo depois da ocorrência –, inclusive no âmbito da Justiça do Trabalho, o fato é que o Judiciário não pode censurar o INSS por não reconhecer períodos de atividade especial desacompanhados dos elementos de prova legalmente requeridos, nem dispensar o segurado, por variados e inverossímeis motivos – e, não raro, sem motivo algum –, de produzir a prova que a legislação inequivocamente exige.

Ressalte-se que o § 1º do art. 58 da LPBPS é indubido ao condicionar o enquadramento da atividade como especial à apresentação de prova documental – formulários (PPP, DSS-8030 etc.) –, lastreada em laudo técnico de condições

27 Processo nº 0068383-54.2013.8.13.0287, em trâmite em Comarca da Justiça Estadual do Sul de Minas Gerais.

28 WEBER, Aline Machado. A Súmula nº 198 do TFR em face do atual regramento da aposentadoria especial. p. 12. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18 (/revista/edicoes/2013), n. 3569 (/revista/edicoes/2013/4/9), 9 (/revista/edicoes/2013/4/9) abr. (/revista/edicoes/2013/4) 2013 (/revista/edicoes/2013). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24101>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

ambientais de trabalho (= prova técnica, de cunho pericial). O dispositivo se esteia, legitimamente, na excepcionalidade da aposentadoria especial, e na segurança jurídica que deve ser resguardada na sua concessão.

Apesar disso, não são poucos os julgados que – sem declarar, por algum (inexistente) motivo a inconstitucionalidade daquele dispositivo – simplesmente o ignoram, aceitando os mais inapropriados (e, a rigor, ilegais) meios de prova da atividade especial, como, v.g., prova testemunhal – inadmissível, na hipótese, como prevê o art. 400, inc. II, do Cód. Proc. Civil –, e a infame perícia por similaridade.

Registre-se que, nos últimos anos, tem havido um incremento das demandas em que os segurados pedem aposentação especial, seja diretamente, seja mediante transformação da aposentadoria por tempo de contribuição já em gozo – inclusive por meio da já extinta conversão do período comum em tempo de serviço especial, pelo fator 0,71 (homens) ou 0,83 (mulheres) –, seja, ainda, através da chamada “desaposentação”. A obtenção da jubilação especial tornou-se particularmente interessante em função de que os seus proventos não estão sujeitos ao fator previdenciário (vide art. 29, inc. II, da LPBPS, com a redação que lhe foi conferida pelo art. 2º da Lei nº 9.876/1999) – daí aquele incremento nas ações judiciais.

Finalmente, cabe referir a decisão da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em incidente de arguição de inconstitucionalidade, proclamou, por maioria de votos, e por afronta aos arts. 5º, XIII, e 201, § 1º, ambos da CRFB, a inconstitucionalidade do § 8º do art. 57 da Lei 8.213/1991 (acrescido pela Lei 9.732/98), que prevê o cancelamento – o qual é interpretado pela doutrina e pela jurisprudência como suspensão – da aposentadoria especial do segurado que, após a obtenção dessa jubilação, permanece trabalhando em condições prejudiciais à sua saúde ou integridade física.<sup>29</sup> O voto vencido, do Des. Fed. Rômulo Pizzolatti, entretanto, possui melhores fundamentação e conclusão, mais consentâneas com o conjunto do texto da Constituição.<sup>30</sup>

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da LPBPS (art. 57, § 8º) afastou indevidamente a justificativa do preceito legal, que intenta proteger a saúde e a integridade física do segurado – que já foi beneficiado, à custa da solidariedade de todos os participantes do custeio do sistema previdenciário, com a redução do tempo de serviço necessário para se aposentar (motivada, é certo, pela exposição a agentes nocivos), e o qual

29 Cf. TRF-4. R., IN-Apel/ReexNec 50001407-77.2012.4.04.0000/RS (Corte Especial, rel. Des. Fed. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, m.v., j. em 24.05.2012). Disponível na internet. In: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50014017720124040000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=S&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50014017720124040000&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=S&todasfases=S&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=>)>. Acesso em 19 jan. 2014.

30 Confira-se a íntegra do douto voto divergente aludido no sítio da Corte Federal da 4. Região. In: <[https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41338568300216201020000000001&evento=41338568300216201020000000001&key=ce137318718edbf17d2235bb55395116c9d59109ff1ed6f613c7dd8059e193](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41338568300216201020000000001&evento=41338568300216201020000000001&key=ce137318718edbf17d2235bb55395116c9d59109ff1ed6f613c7dd8059e193)>. Acesso em 19 jan. 2014.

não era obrigado a pedir a aposentadoria especial, deferida, por sinal, à base de consideração, implícita na legislação, de que a sua saúde laboral já fora consideravelmente agredida pelos agentes que a ensinaram (pois o segurado em questão podia esperar até completar o tempo para a jubilação por tempo de contribuição). De resto, o beneficiário da jubilação especial pode trabalhar em outras funções, desde que não enquadradas como especiais.

## **2 A APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDORES PÚBLICOS**

Feito, no capítulo precedente, um apanhado do benefício de aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social – RGPS –, cumpre tratar agora dessa benesse no campo dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS's) dos servidores públicos titulares de cargos efetivos.

Para tanto, é necessário, de início, efetuar uma singela descrição do que sejam os tais RPPS's.

### **2.1 Notas sobre os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS's)**

Aquilo que, hodiernamente, se entende por Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS's) de servidores públicos surgiu no Direito brasileiro sem possuir nenhum caráter previdenciário no sentido de securitário-contributivo.

A primeira Magna Carta nacional a cuidar do tema aposentadoria foi a primeira Constituição da República (de 1891), cujo art. 75 estipulou, para os funcionários públicos, jubilação “em caso de invalidez a serviço da Nação”, e cujas Disposições Transitórias previram, em seu art. 6º, aposentação por tempo de serviço para os magistrados.

Na sequência, preceitos de diplomas legais diversos estabeleceram aposentadoria para determinadas categorias de servidores – então chamados de funcionários – públicos.

Foi a Lei Fundamental de 1946 quem constitucionalizou a aposentadoria voluntária por tempo de serviço para a generalidade do funcionalismo público (art. 191, § 1º), ao lado da aposentação por invalidez – art. 191, inciso I – e da jubilação compulsória por idade avançada (art. 191, inc. II) – esta última prevista, pela vez primeira, pelo art. 170, 3º, da Carta de 1934.

Os proventos dessas aposentadorias eram todos pagos pelo Tesouro (geral), independentemente de prévia contribuição, quer do funcionário, quer do ente público que o remunerava.

Historicamente, as aposentadorias do funcionalismo público foram concebidas, regradas e pagas como “prêmio” a que o servidor tinha jus em virtude tão só do vínculo com o órgão ou a entidade pública tomadora do seu trabalho estatutário, e, quando muito, em razão do desempenho de labor por certo intervalo de tempo. É o que se lia, v.g., no primeiro



Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Decreto-lei 1.713, de 28.10.1939), o qual regravava as jubilações do funcionalismo federal no Capítulo XI do seu Título II – arts. 196 a 208 –, e cujo art. 197 dispunha:

Decreto-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939

[...]

Art. 197. Fora dos casos previstos no artigo anterior, poderão ser aposentados, independentemente de inspeção de saúde, os funcionários que contarem mais de trinta e cinco anos de efetivo exercício e forem julgados merecedores desse prêmio pelos bons e leais serviços prestados à administração pública. [Redação dada pelo Decreto-lei nº 8.253, de 1945]. (sublinhei).

Deveras, só com o advento da Emenda – à atual Constituição (de 1988) – nº 3, de 17.03.1993 (e, a bem da verdade, apenas com a edição da Lei 8.688/93, que a regulamentou), é que os benefícios de aposentadorias e de pensão por morte dos servidores públicos passaram a ter um incipiente cunho contributivo – e, pois, securitário –, consoante anota NARLON GUTIERRE NOGUEIRA:

Em relação ao regime de previdência dos servidores da União, somente a partir da Emenda Constitucional nº 3/1993, que acrescentou um § 6º ao artigo 40, foi estabelecido de forma expressa que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais seriam custeadas por recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei. A Lei nº 8.688/1993 incorporou essa obrigatoriedade ao artigo 231 da Lei nº 8.112/1990 e instituiu a contribuição para o Plano de Seguridade Social do servidor público federal, com alíquotas variáveis de 9% a 12% de sua remuneração, devendo a União, suas autarquias e fundações participarem com contribuição de valor idêntico à do servidor, além de destinarem recursos adicionais para a cobertura das insuficiências financeiras resultantes da diferença entre as despesas e as receitas. Assim, começou a ser estabelecido o vínculo contributivo para as aposentadorias, em substituição à ideia de prêmio concedido pela relação de trabalho.<sup>31-32</sup>

31 NOGUEIRA, Naron Gutierre. *O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS*: de princípio constitucional a política pública de Estado (Coleção Previdência Social. Série Estudos; v. 34). Brasília: MPS, 2012. p. 126. Por apreço à verdade, cabe transcrever a ressalva efetuada, em nota de rodapé, logo após a transcrição a que a presente nota se reporta, pelo autor do texto transcrito: “Pode-se alegar, possivelmente com razão, que a contribuição de 5% ou 6%, até então cobrada pela União dos servidores federais e pelos Estados e Municípios, em alíquotas iguais ou semelhantes, para os seus Institutos de Previdência, era superior ao montante necessário para o custeio dos ‘benefícios de família’ (pensão por morte e pecúlio). Contudo, mesmo não se levando em consideração que muitas vezes parcela significativa desses recursos ‘excedentes’ era destinada ao oferecimento de outros benefícios, como, por exemplo, a assistência médica ou planos habitacionais, não há dúvida de que tais alíquotas seriam insuficientes para permitir a constituição de reservas destinadas ao pagamento do benefício previdenciário mais importante e oneroso: a aposentadoria.” (NOGUEIRA, Naron Gutierre. op. e loc. cit. nota 194; itálicos no original).

32 Nessa linha, a seguinte ponderação da Prof.ª Maria Sylvia Zanella Di Pietro (a qual, malgrado didática, talvez tenha sido escrita com os olhos do/no passado): “Dependendo do regime adotado, a aposentadoria do servidor público pode, em tese, apresentar-se como direito de natureza previdenciária, dependente de contribuição, ou como direito vinculado ao exercício do cargo público, financiado inteiramente pelo Poder Público, sem contribuição do servidor.

Mas foi tão-só com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 20, de 15.12.1998 (DOU de 16.12.98) – que não tratou apenas dos RPPS's, cuidando (aliás de modo mais acentuado) do RGPS – que os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS's) dos servidores públicos ganharam o feito realmente contributivo por eles hoje normativamente ostentado, sendo objeto de decisiva e substancial aproximação com o Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

De fato, com as alterações introduzidos pela EC 20/1998, o art. 40 da Constituição – por sinal, um dos dispositivos mais modificados ao longo do interregno de vigência da atual Carta Magna – passou a estabelecer, *ad litteram*:

Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 – DOU de 16.12.1998  
Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.

[...]

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado *regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial* e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

---

Tradicionalmente, a primeira hipótese era reservada apenas aos servidores contratados pelo regime da CLT, ficando os demais livres de qualquer contribuição. A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, introduziu o § 6º no artigo 40 da Constituição, para prever que ‘as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.’ (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aposentadoria dos servidores públicos efetivos. In: \_\_\_\_\_; FERRAZ, Luciano de Araújo; MOTTA, Fabrício. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 151; negritos no original).

§ 2º Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, a, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 6º Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

§ 8º Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

§ 9º O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

§ 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

§ 11. Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável

na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16. Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.”

No ponto, CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI bem assinalam que a EC 20/1998 representou o decisivo ato de ruptura com o histórico paradigma da Previdência do funcionalismo público do País – o qual, como visto, concebia a aposentadoria dos servidores como “prêmio” apenas pelo vínculo estatutário, e, no máximo, em decorrência do tempo de serviço público –, começando, realmente, a efetivar alguma solução que visasse assegurar a *viabilidade financeira e atuarial* do sistema previdenciário (agora como tal organizado) do funcionalismo, com respeito à necessidade de se lhe imprimir cunho contributivo:

Quebra-se, assim, a tradição secular de que a aposentadoria dos servidores públicos decorria de mero exercício do cargo, sendo desnecessária qualquer contribuição, ou seja, estabelecida como uma vantagem concedida em função de seu “tempo de serviço”; passa-se a ter a aposentadoria como benefício custeado não somente pelo Estado, exigindo-se a contrapartida prévia de contribuições a um Regime de Previdência Social, tal como no Regime Geral de Previdência Social.<sup>33</sup>

33 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 13 ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 817.

De sobranceira relevância no Direito Previdenciário brasileiro – explicitamente positivado tanto no que toca ao RGPS (art. 201, caput, da Lei Fundamental), quanto no que concerne aos RPPS's (CRFB, art. 40, caput, com as redações dadas pelas EC's 20/1998 e 41/2003, atualmente em vigor) – é o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de previdência pública, sobre o qual revela-se oportuna a transcrição da seguinte lição de DANIEL MACHADO DA ROCHA:

A previdência social, para atingir suas nobres finalidades, necessita ser organizada sobre bases econômicas sólidas, de forma que as despesas com o pagamento das prestações e a administração do sistema sejam suportadas pelo montante arrecadado. Sendo a previdência social um método da gestão da economia coletiva destinada ao enfrentamento dos riscos sociais, a ideia reitora do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial é a de que as prestações previdenciárias contempladas no sistema de proteção possam ser efetivamente honradas, no presente e no futuro, em razão de o sistema de financiamento e suas fontes estarem dimensionados de forma a permitir o cumprimento dos compromissos assumidos ao longo do tempo.

O princípio em exame compõe-se de duas facetas complementares: o equilíbrio do sistema como um todo e o equilíbrio da prestação em face dos aportes vertidos. Em que pese a referência generalizada ao equilíbrio fiscal e atuarial como se fossem termos idênticos, torna-se necessário diferenciá-los para uma compreensão mais adequada. O equilíbrio fiscal, num sistema de repartição simples, ocorre quando o total dos benefícios que estiverem sendo pagos não ultrapasse as receitas das contribuições vertidas em um determinado período; o equilíbrio atuarial está relacionado com a suficiência das contribuições de um indivíduo para viabilizar o pagamento dos seus próprios benefícios. Por isso, os aportes de um segurado em um ano contribuem para o equilíbrio fiscal desse ano, não sendo considerada a suficiência das suas contribuições no passado para o financiamento do benefício atual. [...].<sup>34</sup>

Como cediço, o nó górdio da gestão dos RPPS's – principalmente da administração dos mais antigos, como o são o da União, os dos Estados e os das Capitais – é o enorme déficit atuarial acumulado por esses regimes, notadamente durante o longo período em que a previdência do funcionalismo público, por ser tida como “prêmio”, não tinha caráter contributivo. A respeito, pertinentes as seguintes observações de NARLON NOGUEIRA:

O maior desafio que se coloca para tornar os RPPS equilibrados refere-se à solução a ser dada ao déficit atuarial formado no passado, quando não estavam submetidos ao caráter contributivo e ao equilíbrio financeiro e

34 ROCHA, Daniel Machado da. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 978, item 8.18 do comentário ao art. 40 da CRFB.

atuarial. Considerado apenas o “custo normal” dos RPPS, as necessidades de custeio para fazer frente aos benefícios são bastante razoáveis e demandam dos entes federativos contribuições inferiores àquelas que teriam caso seus servidores estivessem vinculados ao RGPS. Porém, quando se acrescenta o “custo suplementar” necessário para resolver o problema do déficit atuarial passado, a situação torna-se muito mais complexa, dado o esforço financeiro que essa tarefa exige.

Os dados relativos ao resultado atuarial dos RPPS, demonstrados de forma consolidada no capítulo 4 e detalhados por Estado e Município nos Apêndices, mostram a dimensão desse déficit atuarial e como ele é representativo quando comparado à receita corrente líquida e ao limite das despesas com pessoal.

Como o plano de benefícios dos RPPS não comporta a prática de grandes inovações para a redução de seu custo, dado que sua configuração é de ordem constitucional, não há solução possível para o déficit atuarial que não exija a destinação de maior volume de recursos para a previdência dos servidores. O administrador público vê-se então diante de um dilema, pois terá que retirar recursos do orçamento que poderia utilizar para atender a demandas imediatas da população e aos seus projetos de governo (obras, expansão de serviços públicos, gastos sociais), com grande visibilidade política, e destiná-los a atender a necessidades não imediatas de uma pequena parcela da coletividade, com retorno político baixo ou que pode até ser visto como negativo. Desse modo, a tendência natural de qualquer governante é desejar adiar a tomada de tal decisão, investindo naquilo que considera mais urgente e conveniente hoje, e deixando para aqueles que o sucederão a tarefa de resolver o amanhã.<sup>35</sup>

A doutrina diverge quanto à obrigatoriedade de as pessoas políticas da Federação criarem Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) para os servidores públicos titulares de cargos efetivos – hoje instituídos na União, no Distrito Federal, nos 26 (vinte e seis) Estados, nas 26 Capitais e em outros 1964 Municípios <sup>36</sup> –, existindo as três posições teóricas assim resumidas por DANIEL MACHADO DA ROCHA:

A primeira tese é no sentido de que, em face da autonomia dos entes federativos, a criação de regime próprio destinado ao servidor público de caráter contributivo não seria compulsória. Com efeito, pode, inclusive, não haver condições técnicas e atuariais para sua criação. Esta é a interpretação do Ministério da Previdência Social, apoiada na própria Lei n. 9.717/98, que disciplina as normas gerais que seriam aplicáveis para a estruturação dos regimes próprios. O art. 10 deste diploma legal prevê que

<sup>35</sup> NOGUEIRA, op. cit., p. 195-6.

<sup>36</sup> Confira-se a relação completa dos entes públicos com RPPS em <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2013/05/Rela%C3%A7%C3%A3o-dos-entes-com-RPPS.xls>>. Acesso em 10 jan. 2014.

os entes federativos devem assumir integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social. Dessa maneira, se é admitida a extinção dos existentes, parece inequívoco que a sua criação não seria obrigatória.

A segunda tese extrai da redação literal do caput do art. 40 um direito subjetivo do servidor. Consoante o magistério de Castro e Lazzari, este direito subjetivo existiria desde a redação original do art. 40 da CF/88 e seria exercitável em face do ente da federação ao qual o servidor estaria vinculado.

A terceira interpretação, proposta por Marcelo Campos, considera que há direito subjetivo, até por uma questão de isonomia, mas reconhece as dificuldades financeiras e atuariais que muitos municípios enfrentariam impossibilitando, de fato, a criação de regimes próprios. Assim, propõe que, nestes casos, o servidor titular de cargo efetivo seja aposentado pelo INSS, mas cabendo a este aplicar as regras previstas pelo art. 40 da CF/88.

[...]

Tendo em vista o teor das reformas previdenciárias, as quais autorizaram os entes federativos a estabelecer limitação aos proventos dos novos servidores ao teto do regime geral – cujo ingresso ocorrer após o ato de instituição dos regimes complementares, [...] –, a tendência é que prevaleça a primeira posição.<sup>37</sup>

Nesse ponto, cumpre explicitar o que, afinal, o ordenamento positivo nacional considera Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

O 1º (primeiro) diploma legal a definir o que seja um Regime Próprio de Previdência Social – RPPS – foi a Lei nº 9.717/1998, cuja interpretação sistemática, conjugada com a exegese do texto da Lei Maior, redundou no sintético conceito hoje contido no § 3º do art. 10 do Regulamento da Previdência Social (RPS) – Decreto nº 3.048, de 06.05.1999 –: “Entende-se por regime próprio de previdência social o que assegura pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no art. 40 da Constituição Federal” (redação dada pelo Decreto nº 3.452, de 2000). Antes de transcrever os preceitos daquela lei que têm maior relevância para o estudo em curso, convém mostrar o contexto em que ela foi editada.

Após a promulgação da Constituição de 1988, verificou-se uma notável expansão do número de RPPS's, muitas vezes instituídos por Municípios sem qualquer estudo sério acerca da viabilidade financeira e atuarial do regime, e não raro para que certas municipalidades escapassem de contribuir, para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sobre

37 ROCHA, op. cit., p. 953, item 8.1 do comentário ao art. 40 da CRFB.

a folha de salários do seu funcionalismo, inclusive com a contribuição ao SAT (Seguro de Acidentes do Trabalho), adicional à cota patronal – Lei nº 8.212/1991, arts. 15, inciso I, e 22, incs. I e II –, cujo inadimplemento as sujeitava à retenção do repasse da verba do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) – art. 160, parágrafo único, da CRFB (com a redação da EC 3/1993), c.c. o art. 56, caput, da Lei 8.212/91. É o que, escorado em informações estatísticas, explica NARLON NOGUEIRA:

Esses dados demonstram que a expansão dos RPPS nos Municípios, entre 1989 e 1998, não foi precedida de estudos e da necessária estruturação técnica para se assegurar a sua sustentabilidade, nem passou por um processo adequado de discussão entre os atores interessados (Executivo, Legislativo, servidores municipais e sociedade local). Antes, foi dirigida pela preocupação imediata de redução dos custos com a folha de pagamento dos servidores, liberando recursos do orçamento municipal para a utilização em outras finalidades, tidas como mais urgentes ou de maior retorno político no curto período de um ou dois mandatos, deixando a questão do pagamento dos benefícios previdenciários em um plano secundário. A ausência de penalidades pela utilização indevida dos recursos, a subordinação direta dos dirigentes dos fundos de previdência aos Prefeitos e a inexistência de mecanismos de controle possibilitavam que as contribuições, mesmo baixas, não fossem repassadas com regularidade e que os recursos acumulados muitas vezes pudessem ser tomados como empréstimos pelas Prefeituras, aumentando ainda mais a dívida dos Municípios com seus RPPS. Finalmente, em muitos casos o Prefeito simplesmente decidia, após alguns anos, extinguir o fundo de previdência, submetendo projeto de lei nesse sentido à aprovação da Câmara Municipal, com o que ficava liberado para utilizar a totalidade das reservas para finalidade diversa, deixando o passivo previdenciário formado nesses anos como um problema a ser futuramente solucionado por seus sucessores.<sup>38</sup>

Por essas e outras razões, e pretendendo tornar mais racional e técnica a criação e a gestão de RPPS's, a União editou a Lei 9.717/98 – fruto da conversão da Medida Provisória nº 1.723, de 29.10.1998 –, a qual “[d]ispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências”. Com efeito, para o que interessa mais de perto a este trabalho, dispõe aquele diploma legal (transcrição apenas da redação original):

Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998

[...]

<sup>38</sup> NOGUEIRA, op. cit., p. 137.



Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

I – realização de avaliação atuarial inicial e em cada balanço, bem como de auditoria, por entidades independentes legalmente habilitadas, utilizando-se parâmetros gerais, para a organização e revisão do plano de custeio e benefícios;

II – financiamento mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo e dos pensionistas, para os seus respectivos regimes;

III – as contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo e dos pensionistas, somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos regimes;

IV – cobertura de um número mínimo de segurados, de modo que os regimes possam garantir diretamente a totalidade dos riscos cobertos no plano de benefícios, preservando o equilíbrio atuarial sem necessidade de resseguro, conforme parâmetros gerais;

V – cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios;

VI – pleno acesso dos segurados às informações relativas à gestão do regime e participação de representantes dos servidores públicos e dos militares, ativos e inativos, nos colegiados e instâncias de decisão em que os seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação;

VII – registro contábil individualizado das contribuições de cada servidor e dos entes estatais, conforme diretrizes gerais;

VIII – identificação e consolidação em demonstrativos financeiros e orçamentários de todas as despesas fixas e variáveis com pessoal inativo civil, militar e pensionistas, bem como dos encargos incidentes sobre os proventos e pensões pagos;

IX – sujeição às inspeções e auditorias de natureza atuarial, contábil, financeira, orçamentária e patrimonial dos órgãos de controle interno e externo.

Parágrafo único. No caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, constitui requisito adicional, para organização e funcionamento de regime próprio de previdência social dos servidores públicos e dos militares,

ter receita diretamente arrecadada ampliada, na forma estabelecida por parâmetros legais, superior à proveniente de transferências constitucionais da União e dos Estados.

Art. 2ª A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aos respectivos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares não poderá exceder, a qualquer título, o dobro da contribuição do segurado.

§ 1º A despesa líquida com pessoal inativo e pensionistas dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares de cada um dos entes estatais não poderá exceder a doze por cento de sua receita corrente líquida em cada exercício financeiro, observado o limite previsto no caput, sendo a receita corrente líquida calculada conforme a Lei Complementar nº 82, de 27 de março de 1995.

§ 2º Entende-se, para os fins desta Lei, como despesa líquida a diferença entre a despesa total com pessoal inativo e pensionistas dos regimes próprios de previdência social dos servidores e dos militares de cada um dos entes estatais e a contribuição dos respectivos segurados.

[...]

Art. 5ª Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

[...]

Art. 7ª O descumprimento do disposto nesta Lei pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e pelos respectivos fundos, implicará, a partir de 1º de julho de 1999:

- I – suspensão das transferências voluntárias de recursos pela União;
- II – impedimento para celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União;
- III – suspensão de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais.

[...]

Art. 10. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a

sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

Por variados motivos, a Lei 9.717/98 teve a sua constitucionalidade questionada em algumas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn's). As que já foram apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal foram não-conhecidas – vide ADIn 2.009-9/DF e ADIn 2.055-2/ES, julgadas conjuntamente (Pleno, rel. Min. Moreira Alves, v.u., j. em 23.05.2001, DJU de 09.05.2003).

O imenso déficit atuarial acumulado pelos RPPS's – em razão, precisamente, do seu histórico cunho de “prêmio” que, até 1993, independia de custeio pelo beneficiário, sem embargo de outros motivos, como o fato de que tais regimes, em algumas hipóteses, estabeleciam, não apenas para militares, promoção na inatividade,<sup>39</sup> e a circunstância de que previam benesses inexistentes no RGPS (fundamento da supra transcrita regra do caput do art. 5º da Lei nº 9.717/1998) –, e a virtual inviabilidade financeira desses regimes no médio prazo, é o principal mote das Reformas da Previdência do funcionalismo público implementadas desde 1998 (EC 20), as quais, há pouco mais de 10 anos, tiveram o seu momento mais decisivo, com as polêmicas e radicais – e, para alguns, draconianas – mudanças instituídas pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro 2003.

A Emenda Constitucional 41/2003, dentre outras significativas alterações do regime jurídico dos RPPS's, autorizou a instituição, por lei, de contribuição previdenciária “sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos” (§ 18 do art. 40 da Lei Fundamental da República, acrescido pela aludida emenda); e extinguiu, para os funcionários que ingressassem no serviço público após a sua promulgação, 2 (duas) tradicionais garantias do funcionalismo público brasileiro: a da integralidade – em virtude da qual o servidor, ao se aposentar voluntariamente sob a modalidade integral, tinha assegurada a fixação dos seus proventos em valor igual à totalidade da última remuneração percebida em atividade –; e a da paridade (pela qual eram automaticamente estendidas aos inativos e pensionistas do serviço público todas as vantagens remuneratórias criadas ou majoradas para o pessoal da ativa).

A propósito, é pertinente a transcrição da seguinte síntese de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

Na tentativa de possibilitar a implementação da nova sistemática, a Emenda Constitucional nº 41/2003 mantém, basicamente, os mesmos objetivos já definidos na Emenda nº 20/1998, com algumas inovações:

a) originariedade da instituição do regime previdenciário de caráter contributivo para todos os níveis de governo (redação dada ao art. 149, § 1º);

39 No ponto, vide ROCHA, op. cit. p. 960-1, *comentário* 8.4 ao art. 40 da CRFB.

- b) menção expressa ao caráter solidário do regime previdenciário (art. 40, caput), com o que se pretendeu dar fundamento à contribuição dos inativos e pensionistas;
- c) indicação das fontes de custeio, incluindo contribuição do ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas (art. 40, caput);
- d) definição de critérios para fixação, em lei, do valor da pensão dos dependentes do servidor falecido (art. 40, § 7º);
- e) extinção, respeitados os direitos adquiridos, da paridade entre, de um lado, os proventos e pensões, e, de outro, os vencimentos dos servidores em atividade (nova redação dada aos §§ 7º e 8º do art. 40);
- f) previsão da garantia de reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios a serem estabelecidos em lei (nova redação do § 8º do art. 40);
- g) extinção do direito a proventos integrais, com a previsão de que o cálculo dos proventos de aposentadoria levará em consideração a remuneração utilizada como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência social a que estiver vinculado (regime geral ou regime próprio do servidor, conforme o caso), de acordo com o que for definido em lei (art. 40, § 3º); isso significa que, ao instituir o regime previdenciário próprio do servidor, cada ente da federação terá que definir a remuneração sobre a qual incidirá a contribuição, a qual deverá obrigatoriamente ser levada em consideração no cálculo dos proventos; a limitação ao teto de R\$ 2.400,00 (atualizado, a partir de 1º-1º-2011, para R\$ 3.689,66 (três mil seiscentos e oitenta e nove reais e sessenta e seis centavos), conforme Portaria Interministerial MPS/MF nº 568, de 31-12-2010), continua condicionada à instituição da previdência complementar por lei de cada esfera de governo (art. 40, § 14, não alterado pela Emenda Constitucional nº 41/2003).<sup>40</sup>

É notório que o déficit dos RPPS's, em termos proporcionais, é muito maior do que o déficit do RGPS. Segundo alguns dados, até em números absolutos o déficit do RPPS da União seria maior que o déficit do regime geral.<sup>41</sup> É preciso, no entanto, tomar cuidado para não

40 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Aposentadoria dos servidores públicos efetivos. In: \_\_\_\_\_; FERRAZ, Luciano de Araújo; MOTTA, Fabrício. *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 153-4.

41 A exemplo da notícia publicada com as seguintes manchete e "gravata" (respectivamente) no sítio de importante revista semanal: "Déficit da previdência do setor público chega a R\$ 62 bi" e "Grupo de servidores federais (953,5 mil aposentados) é responsável por um rombo duas vezes maior do que o provocado por mais de 28 milhões de aposentados pelo INSS, de R\$ 35 bilhões". In: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/deficit-da-previdencia-do-setor-publico-chega-a-r-62-bi>>. Acesso em 11 jan. 2014. Na mesma linha, tabela contida no precitado livro de Narlon Nogueira mostra que, no exercício financeiro de 2010, a expectativa era de que o resultado previdenciário do RPPS da União apresentasse um déficit (= receitas de contribuições - despesas com o pagamento de aposentadorias e pensões) da ordem de R\$ 24.276.439.000,00 (vinte e quatro

proceder com pressa exagerada no desiderato de solucionar o déficit previdenciário, não sendo razoável que – mediante novas reformas que dificultem, em muito, a obtenção de direitos previdenciários e restrinjam, ainda mais, a fruição dos já obtidos – se tente, no período de uma ou duas gerações de atuais servidores, resolver um problema gerado por três, quatro ou cinco gerações anteriores.

De todo modo, relevante inovação começou a ser implantada com o recém-criado regime de previdência complementar dos servidores públicos federais, instituído pela Lei nº 12.618, de 30.04.2012, que regulou os §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição.

## 2.2 A previsão constitucional da aposentadoria especial de servidores públicos

Conforme anota WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, “[a] aposentadoria especial do servidor tem menção normativa mais antiga que a do trabalhador; ela compareceu no texto constitucional em 1937 sem regulamentação ordinária”.<sup>42</sup> Deveras, a alínea d do art. 156 da Carta de 1937 dispunha que “serão aposentados compulsoriamente com a idade de sessenta e oito anos; a lei poderá reduzir o limite de idade para categorias especiais de funcionários, de acordo com a natureza do serviço;”. Da segunda parte desse dispositivo é que o citado previdenciarista parece ter extraído a sua afirmação.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1946, ao disciplinar a aposentadoria dos funcionários públicos, previu no § 4º do seu art. 191: “Atendendo à natureza especial do serviço, poderá a lei reduzir os limites referidos em o nº II e no § 2º deste artigo”.

A Constituição de 1967 cuidou do tema no art. 100, cujo § 2º estabelecia: “Atendendo à natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I do art. 101”.

A seu turno, o art. 103 da Emenda Constitucional nº 1/1969 dispôs que “[l]ei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade”.

No sentido considerado nesta monografia – ou seja, como espécie de jubilação outorgável com tempo de serviço/contribuição (TS/TC) menor do que o ordinariamente exigido, em razão da exposição do segurado a

bilhões, duzentos e setenta e seis milhões e quatrocentos e trinta e nove mil reais), o equivalente a 0,70% do PIB nacional.

42 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial do servidor*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 11.

agentes prejudiciais à sua saúde ou à sua integridade física –, a aposentadoria especial dos servidores públicos, sob a égide das anteriores Constituições, jamais foi legalmente instituída.

O quadro não se alterou sob a vigência da atual Lei Fundamental da República.

De fato, desde sua redação original, a Constituição de 1988 prevê tal tipo de aposentação, qual se lê no primitivo texto do § 1º do art. 40 dessa Carta Política:

Art. 40. O servidor será aposentado:

[..]

III – voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

[..]

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

[..]

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

A suso transcrita Emenda Constitucional 20/1998 transpôs a previsão da jubilação especial para a nova redação que conferiu ao § 4º do art. 40 da CRFB, que passou a rezar:

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

A postrema alteração do preceito da Lei Fundamental que estipula a aposentadoria especial dos servidores públicos foi operada pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, que deu ao art. 40, § 4º, da Carta de 88 a sua nova – e atual – redação, litteris:

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005]

III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. [Incluído pela Emenda Constitucional 47/2005].

A lei complementar sempre exigida pela Constituição para instituir e regradar o benefício em análise jamais foi votada e aprovada pelo Congresso Nacional.

Mais: em 24.08.01, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 2.187-13/2001, a qual, visando evitar que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituíssem, em seus RPPS's, a aposentadoria especial, incluiu, no art. 5º da Lei 9.717/1998, parágrafo único do seguinte teor: “Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria”.

### **2.3 A decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 721-7/DF e a temporária aplicabilidade do art. 57, caput e § 1º, da Lei nº 8.213/1991**

O quadro descrito no tópico precedente era o que se tinha presente quando, em agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao conceder a ordem impetrada no Mandado de Injunção – MI – nº 721-7 (do Distrito Federal), determinou que, enquanto permanecesse a lacuna legislativa sobre o direito à aposentadoria especial – oriunda da mora dos Poderes Executivo e Legislativo da União em regular o art. 40, § 4º, III, da Constituição (com a redação da EC 47/2005) –, fosse aplicado à impetrante a norma do RGPS acerca desse benefício (Lei 8.213/91, art. 57, caput e § 1º).

Com a decisão do aludido MI 721-7/DF – seguida de outras, sobre temas diversos, como o direito de greve dos servidores públicos<sup>43</sup> –, o STF começou a romper com sua histórica posição não-concretista acerca da eficácia da sentença concessiva da injunção.

A bem da compreensão desse aspecto, convém trazer à colação a síntese que RODRIGO REIS MAZZEI fez das correntes teóricas que, na doutrina, se formaram a propósito dos efeitos da decisão de procedência do mencionado writ:

- Há uma indefinição acerca da natureza jurídica do mandado de injunção que, involuntariamente, conspira contra a figura jurídica. Pela teoria da subsidiariedade na decisão do mandado de injunção, deve o órgão julgador se limitar a declarar a mora legislativa, cientificando o órgão omissor responsável pela edição normativa necessária, enquanto, diferentemente, pela teoria da independência jurisdicional, o Judiciário poderia, no caso da omissão qualificada ao instituto, editar uma norma geral, escapando à

43 Vide STF, MI 708-0/DF (TP, rel. Min. Gilmar Mendes, m.v., j. em 25.10.2007, DJe de 31.10.2008).

regulamentação do caso concreto. Há também a teoria da resolatividade, que permite a formulação de norma concreta, inter partes, até que seja editada a norma faltante. [...].<sup>44</sup>

Também é oportuno reportar o magistério de BERNARDO GONÇALVES FERNANDES a respeito dos posicionamentos jurisprudenciais que o STF pensou/adotou sobre a eficácia da decisão de mérito que concede a ordem postulada no antedito remédio constitucional:

No que diz respeito ao entendimento jurisprudencial, é mister a análise das posições que se formaram no Pretório Excelso em torno do tema. Também no STF se formaram três grandes correntes. Estas foram explicitadas pelo Ministro Néri da Silveira em sessão extraordinária do STF realizada em 16.03.1995, com publicação no DJU em 4 de abril do mesmo ano. O resumo (síntese) das correntes adotadas pelo STF foi, posteriormente, descrito, de forma clara, por Alexandre de Moraes com seguinte denominação: 1) tese concretista (que se subdivide em geral e individual sendo esta, ainda, subdividida em direta e intermediária) e a 2) tese não concretista.

1) Tese concretista: esta iria viabilizar (implementar) o exercício do direito até que sobrevenha norma regulamentadora.

a) Tese concretista geral: iria viabilizar (implementar) o exercício do direito previsto na Constituição com efeitos erga omnes, ou seja, ao Poder Judiciário incumbiria a tarefa de elaborar a norma regulamentadora para suprir a omissão do legislador, só que com efeitos não apenas para o caso concreto, mas válido para todos. O STF, em linha de princípio, não adotou essa tese, afirmando que tal entendimento fere o princípio da separação dos poderes, pois estende os efeitos para todos, colocando o Pretório Excelso como um verdadeiro legislador positivo.

b) Tese concretista individual: a mesma iria viabilizar (implementar) o direito previsto na Constituição com efeitos inter partes. Essa corrente se subdivide em: concretista direta e concretista intermediária.

- Concretista direta: é a corrente que sustenta que o Poder Judiciário deve viabilizar (implementar) o direito de forma imediata (de plano);

- Concretista intermediária: é a corrente que entende que o Poder Judiciário não deveria viabilizar o direito de forma imediata. Reconhecida a mora e dada ciência ao poder competente para supri-la, assim, caso o mesmo, num prazo determinado (estabelecido), não a suprisse, o órgão julgador da injunção deveria tomar as providências necessárias para concretizar o direito, implementando-o.

2) Tese Não Concretista: tradicionalmente, adotada pela maioria dos Ministros do STF à luz do Mandado de Injunção nº 107/DF, que teve

<sup>44</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. Mandado de injunção. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org). *Ações constitucionais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008 (p. 211-73), p. 265; itálicos no original.



por relator o Ministro Moreira Alves. A mesma reconhece a mora, mas não implementa (não viabiliza) o exercício do direito para o autor da ação, apenas recomendando que o legislador supra a mora. Portanto, para essa corrente, concede-se a injunção ao autor, afirmando-se que, realmente, existe um direito sem regulamentação (complementação) e que os Poderes Públicos encontram-se em mora, mas, após esse reconhecimento da mora do legislador, há somente a recomendação para que o mesmo a supra. Nesse caso, a natureza da decisão é meramente declaratória.<sup>45</sup>

Ademais, DANIEL MACHADO DA ROCHA esclarece que a procedência do citado MI 721-7/DF decorreu de outra mudança da compreensão do STF – esta, ancorada em clara alteração do próprio texto do art. 40 da Constituição –:

Buscando sanar a omissão legislativa foram propostas as ações de Mandado de Injunção n. 425 e 444. Em tais ocasiões, entendeu o STF que faltava a própria norma criadora do direito, pois o § 1º do art. 40 contemplava mera faculdade de atuação do legislador. Coerente com a Lei Fundamental, cujos preceitos impunham que somente lei complementar poderia excepcionar as regras previstas no art. 40 para as aposentadorias dos servidores públicos, o § 2º do art. 186 da Lei n. 8.112/90 remeteu a disciplina da matéria para a lei específica exigida pelo constituinte.

O Supremo Tribunal Federal foi novamente provocado a se manifestar sobre o tema no julgamento do Mandado de Injunção n. 721. Tratava-se de ação proposta por servidora do Ministério da Saúde que afirmava exercer a função de auxiliar de enfermagem, atuando em ambiente insalubre por mais de 25 anos. Nesta ocasião, o relator, Ministro Marco Aurélio, considerou que as decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 425-1/DF, 444-7/MG e 484-6/RJ estariam superadas em face da transformação do parágrafo que tratava da possibilidade de instituição da aposentadoria especial, deslocado para o § 4º do art. 40, uma vez que o verbo “poder” havia sido suprimido pela nova redação conferida pela EC n. 20/98. [...].<sup>46</sup>

Pela enorme relevância para o presente trabalho, cumpre transcrever a ementa e parte do relatório e do voto-condutor do acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do multicitado MI 721-7/DF, in verbis:

#### MANDADO DE INJUNÇÃO 721-7 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

IMPETRANTE(S) : M. A. M.

45 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 523-5; destaques no original.

46 ROCHA, Daniel Machado da. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; e STRECK, Lênio Luiz (coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 965 (comentário ao art. 40 da CRFB, item 8.6).

ADVOGADO(A/S) : M. H. O. S. e OUTRO(A)S  
IMPETRADO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA.** Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.

**MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS.** Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.

**APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

[...]

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A impetrante é servidora do Ministério da Saúde, lotada na Fundação das Pioneiras Sociais – Sarah Kubitschek, em Belo Horizonte. Afirma exercer, desde 22 de outubro de 1986, a função de auxiliar de enfermagem na instituição referida, atuando em ambiente insalubre. Evoca o disposto no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal para ressaltar que a inexistência de lei complementar vem inviabilizando o exercício do direito à aposentadoria, implementado o período consentâneo com o desgaste decorrente do contato com agentes nocivos à saúde, com portadores de moléstias infecto-contagiosas humanas e materiais e objetos contaminados. Então, pleiteia seja suprida a lacuna normativa, asseverando o direito à aposentadoria especial, em virtude do trabalho, por mais de 25 anos, em atividade considerada insalubre. Sucessivamente, requer a observância do regime geral de previdência social, vindo-se, alfim, a condenar o réu ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. [...].

A autoridade impetrada reportou-se a informações elaboradas pela Advocacia-Geral da União. Em síntese, de acordo com a peça encaminhada, o Estado pode optar por não aprovar uma lei complementar, até pelo temor de que as exceções sejam tantas que se tornem regras.

A Procuradoria-Geral da República emitiu o parecer de folha 93 a 98, pelo não-conhecimento do mandado de injunção. Eis a síntese da peça:

[...]

É o relatório.

### V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A existência de disposições constitucionais dependentes de regulamentação levou o constituinte de 1988, em passo dos mais salutares, a prever, no artigo 4º da Carta Federal, o mandado de injunção, fazendo-o mediante preceito a sinalizar a eficácia da impetração, tendo em conta o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania:

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

[...]

A natureza da citada ação mandamental – mandado de injunção –, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração, o exercício do direito, da liberdade constitucional ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Eis que surgiu, no cenário normativo-constitucional, o instrumento capaz de revelar a lei fundamental como de concretude maior, abandonada visão simplesmente lírica.

Pois bem, na redação primitiva, a Carta de 1988, ao dispor sobre a aposentadoria dos servidores públicos, previa, ao lado das balizas temporais alusivas à jubilação espontânea, a possibilidade de lei complementar estabelecer exceções. Confira-se com o preceito:

[...]

Com a Emenda Constitucional nº 20/98, afastou-se a óptica míope do sentido do verbo “poder” – considerado o tempo, futuro do presente, “poderá” –, para prever-se, no § 4º do artigo 40 da Carta, que:

[...]

Tal afastamento foi mantido pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, que deu nova redação ao citado § 4º:

[...]

Então, é dado concluir que a jurisprudência mencionada nas informações sobre a existência de simples faculdade ficou, sob o ângulo normativo-constitucional, suplantada. Refiro-me ao que decidido no Mandado de

Injunção nº 484-6/RJ, citados os precedentes formalizados quando do julgamento dos Mandados de Injunção nºs 425-1/DF e 444-7/MG. Em síntese, hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Permaneceu a cláusula da definição em lei complementar.

Assento, por isso, a adequação da medida intentada. Passados mais de quinze anos da vigência da Carta, permanece-se com o direito latente, sem ter-se base para o exercício. Cumpre, então, acolher o pedido formulado, pacífica a situação da impetrante. Cabe ao Supremo, porque autorizado pela Carta da República a fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente.

Assim está autorizado pela norma do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal:

[...]

No caso, a dificuldade não é maior, porquanto é possível adotar-se, ante o fator tempo e a situação concreta da impetrante, o sistema revelado pelo regime geral de previdência social. O artigo 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe que:

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.

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

A impetrante conta com 25 anos de serviços prestados, atendendo à dilação maior prevista na Lei nº 8.213/91. Julgo parcialmente procedente o pedido formulado para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que cogita o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Aposentadoria – Trabalho em condições especiais – Prejuízo à saúde do servidor – Inexistência de lei complementar – Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. Mandado de Injunção nº 721-7/DF. M. A. M. e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 30.08.2007. Unânime. DJe, 30.11.2007; destaques no original (no texto dos arts. 5º, LXXI, da CRFB, e 57 da Lei 8.213/91, empreguei fonte diferente do resto da transcrição do julgado, para facilitar a compreensão). Íntegra disponível na internet, in: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em 25 ago. 2013.

A esse julgado, seguiram-se muitos outros, a exemplo da decisão no MI 758-6/DF – julgado dez meses após o leading case recém-transcrito (MI 721) –, e em cujos embargos declaratórios foi prolatado o seguinte aresto:

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.** Os embargos declaratórios visam ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, devendo, por isso mesmo, merecer compreensão por parte do órgão julgador.

**APOSENTADORIA ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE – PARÂMETROS.** Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei nº 8.213/91, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima.<sup>48</sup>

Como sucedessem a concessão, pelo STF, de inúmeros outros mandados de injunção com conteúdo semelhante aos acórdãos nos MMII 721-7/DF e 758-6/DF – e os consequentes/corretados pedidos administrativos de aposentação especial no RPPS federal –, e a fim de regulamentar, em bases provisórias, o reconhecimento do alegado direito dos servidores públicos da União, das suas fundações públicas e das suas autarquias de obterem, com esteio em decisões de tais writs, a dita aposentadoria especial, a Secretaria de Recursos Humanos (SRH) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG – baixou sua Orientação Normativa (ON) nº 6, de 21 de junho de 2010 (DOU de 22.06.10), que estabeleceu “[...] orientação aos órgãos e entidades integrantes do SIPEC [Sistema de Pessoal Civil da União] quanto à concessão de aposentadoria especial de que trata o art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (Regime Geral de Previdência Social), aos servidores públicos federais amparados por Mandados de Injunção” (esclareci entre colchetes).

A antedita ON 6/10 foi revogada pela Orientação Normativa/MPOG/SRH nº 10, de 05.11.2010 (DOU de 08.11.10), a qual, a seu turno, foi revogada pela recentíssima ON da Secretaria de Gestão Pública – SEGEP – do MPOG nº 16, de 23.12.2013 (DOU de 24.12.13, S. I, p. 136), que, atualmente, disciplina a questão no âmbito do RPPS da União.

Importa salientar que, a despeito de os §§ 2<sup>os</sup> dos arts. 1<sup>os</sup> das próprias ON’s/MPOG/SRH n<sup>os</sup> 6 e 10, ambas de 2010, terem entendido que as decisões da Corte Constitucional brasileira nos precitados mandados de injunção abrangiam o reconhecimento de atividade especial para a sua

48 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Embargos declaratórios – Prestação jurisdicional. Os embargos declaratórios visam ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, devendo, por isso mesmo, merecer compreensão por parte do órgão julgador. Aposentadoria especial – Servidor público – Trabalho em ambiente insalubre – Parâmetros. Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei nº 8.213/91, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima. Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 758-6/DF. C. H. M. e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Unânime. Acórdão de 08.04.2010. DJe, 14.05.2010.

conversão em tempo de serviço comum, com o respectivo acréscimo, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, recentemente, decidiu – com acerto, ao ver do autor desta monografia – que a jurisprudência formada a partir do MI 721-7/DF não autorizava a concessão de injunções que autorizassem a sobredita conversão de período de labor especial em tempo de serviço comum, eis que, na seara dos RPPS's, tal conversão não está prevista explicitamente na Constituição. Nesse sentido, confira-se a ementa do aresto proferido no AgRg-MI 2.140/DF:

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR ACERCA DA CONTAGEM DIFERENCIADA POR TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO POR SERVIDORES PÚBLICOS EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. A concessão do mandado de injunção, na hipótese do art. 40 § 4º, da Lei Fundamental, reclama a demonstração pelo Impetrante do preenchimento dos requisitos para a aposentadoria especial e a impossibilidade in concreto de usufruí-la ante a ausência da norma regulamentadora.

2. O alcance da decisão proferida por esta Corte, quando da integração legislativa do art. 40, § 4º, inciso III, da CRFB/88, não tutela o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde e à integridade física.

3. Não tem procedência injuncional o reconhecimento da contagem diferenciada e da averbação do tempo de serviço prestado pelo Impetrante em condições insalubres por exorbitar da expressa disposição constitucional. Precedentes.

4. Agravo Regimental provido.<sup>49</sup>

Do mesmo teor, e também do Plenário do STF: AgRg-MI 5.516/DF (rel. Min. Luiz Fux, j. em 24.10.13, DJe de 19.11.2013); AgRg-MI 5.781/DF (rel. Min. Teori Zavascki, j. em 17.10.13, DJe de 18.11.2013); e AgRg-MI 1.481/DF (rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Rosa Weber, j. em 23.05.13, DJe de 24.06.2013), inter plurimus.

Por fim, cabe registrar que, para conferir alguma segurança e operacionalidade à concessão, pelos RPPS's dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, do benefício em comento – em razão das multitudes

<sup>49</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo regimental no mandado de injunção. Aposentadoria especial dos servidores públicos. Art. 40, § 4º, da Constituição da República. Ausência de dever constitucional de legislar acerca da contagem diferenciada por tempo de serviço prestado por servidores públicos em condições especiais. Provimento do agravo regimental. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 2.140/DF. União e D. S. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux. Maioria. Acórdão de 06.03.2013. DJe, 27.08.2013.

decisões do STF no MI 721-7/DF e nos MMII que lhe seguiram –, a Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social expediu a Instrução Normativa/MPS/SPS nº 1, de 22.07.2010 (DOU de 27.07.10), que “[e]stabelece instruções para o reconhecimento do tempo de serviço público exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física pelos regimes próprios de previdência social para fins de concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos amparados por Mandado de Injunção”.

### **3 PROJETOS PARA A REGULAÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDORES PÚBLICOS EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL**

Cumpra, agora, examinar os principais projetos de regulação da aposentadoria especial dos servidores públicos que estão em curso no Parlamento brasileiro, tecendo sobre eles algumas considerações críticas.

As propostas legislativas a seguir analisadas foram encontradas mediante pesquisa efetuada, em janeiro de 2014, nos sítios eletrônicos da Câmara dos Deputados ([www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)) e do Senado Federal – [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br) –, com os termos “aposentadoria especial” e “servidor público”.

#### **3.1 Os projetos e o seu atual estágio de tramitação**

Nem todos os projetos que tramitam sobre o tema no Congresso Nacional são de lei complementar.

De fato, desde dezembro de 2009, tramita na Câmara a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 449/2009, de autoria dos Deputados Mauro Nazif – PSB/RO – e Ilderlei Cordeiro (PPS/AC), a qual pretende alterar “o artigo 40 da Constituição Federal, para instituir a aposentadoria especial dos servidores públicos” – conforme a sua ementa –, e que já foi admitida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) daquela Casa do Parlamento.

A justificação de tal PEC tem, entre os motivos que a originaram, o que parece ser um equívoco dos seus autores: considerar que a iniciativa do projeto da lei complementar requerida pelo inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição é privativa do Presidente da República – CRFB, art. 61, § 1º, inc. II, alínea c –, “por se tratar de aposentadoria no serviço público”.

Ora, considerando que a lei complementar exigida pelo constituinte originário e pelos constituintes reformadores deverá ser nacional (ou seja, regular a matéria inteira e para todo o País) – não estritamente federal –, a propositura de projetos de lei complementar sobre o tema *não* está sujeita à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, o correto trecho da justificação

do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 68/2003-Complementar (possivelmente ignorada pelos autores da citada PEC):

Neste sentido, uma análise sistemática da Carta de 1988 nos indica que, em todos os momentos em que o constituinte federal referiu-se, genericamente, a lei complementar, pretendeu ele, como não poderia deixar de ser, tratar das leis que complementavam a Constituição Federal.

Confiram-se os arts. 7º, I, 14, § 9º, 18, §§ 2º e 3º, 21, IV, 22 parágrafo único, 23, parágrafo único, 43, § 1º, 45, § 1º, 49, II, 59, parágrafo único, 79, parágrafo único, 84, XXII, 93, 121, 131, 134, parágrafo único, 142, § 1º, 143, 148, 153, VII, 154, I, 155, X, a e XII, 156, III, 161, 163, 165, § 9º, 166, § 6º, 169, 184, § 3º, e 192. Quando o constituinte federal tratou de leis complementares estaduais, ele foi expresso neste sentido, nos arts. 18, § 4º, 25, § 3º, e 128, §§ 4º e 5º.

Essa ideia fica, ainda, reforçada quando se imagina a absoluta inconveniência de uma norma que regulamente a matéria em tela não ser nacionalmente unificada, o que conduziria a sérias dificuldades em sua implantação e poderia levar a tratamento não isonômico, ferindo um dos princípios fundamentais do nosso Direito Constitucional.

Assim, o art. 40, § 4º da Constituição da União [com a redação da EC 20/1998] exige lei complementar, editada pela União Federal, para a sua eficácia. A esta lei complementar não se aplica o disposto no art. 61, § 1º, II, c, por tratar-se de norma que regulamenta a aposentadoria especial de todos os servidores públicos e não apenas dos da União e dos Territórios, o que permite a sua apresentação por parlamentar. (negritos no original; esclareci entre colchetes).

Anote-se que o próprio Executivo federal parece compreender que o objeto da lei complementar em estudo é a aposentadoria especial dos servidores públicos de todas as esferas da Federação, pois, no Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 555/2010, apresentado pelo Presidente da República – e do qual se cuidará adiante –, o benefício previdenciário em comento é tratado de maneira abrangente, sem que, em relação à disciplina da benesse nos RPPS's dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a proposta legislativa cuide do assunto apenas à guisa de normas gerais.

Pois bem. Voltando à referida PEC 449/2009, ela faz pouco mais do que modificar a redação do art. 40, § 4º, III, da Lei Fundamental da República, o qual passaria a dizer “que tiverem trabalhado sujeitos 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”. Sobre o mérito de também a aposentadoria especial dos servidores públicos



poder ser obtida em 15 ou em 20 anos de serviço, o presente trabalho se pronunciará mais à frente.

Na prática, as únicas providências que a mencionada PEC 449/09 traria é somar à sua desnecessidade a grave inconveniência de positivar, na Constituição, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do precitado MI 721-7/DF, ao prever, no art. 2º daquela proposta de emenda:

Enquanto não entrar em vigor a lei prevista no art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal, serão adotadas, para a aposentadoria especial de que trata esse dispositivo, as mesmas regras aplicáveis à aposentadoria especial de trabalhadores submetidos ao regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal.

Segundo a pesquisa realizada, os projetos de lei complementar que tramitam nas Casas do Poder Legislativo da União com o objetivo de regular o art. 40, § 4º, III, da CRFB são 4 (quatro): 3 (três) na Câmara – todos tramitando apensados – e um no Senado. Para facilitar a análise a que esta monografia se propõe, convém transcrevê-los, na íntegra, e lado a lado, na seguinte tabela:

PLP nº 472/2009-Câmara [autor(a): Deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB/SP)]	PLP nº 555/2010-Câmara [autor(a): Poder Executivo]	PLP nº 147/2012-Câmara [autor(a): Deputada Flávia Moraes (PDT/GO)]	PLS nº 68/2009-Complementar (Senado) [autor(a): Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE)]
Regulamenta o § 4º do artigo 40 da Constituição, dispondo sobre a concessão de aposentadoria a servidores públicos, nos casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.	Regulamenta o inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição, que dispõe sobre a concessão de aposentadoria especial ao servidor público titular de cargo efetivo cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.	Dispõe sobre a concessão de aposentadoria especial a servidores que exerçam atividades sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos do art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal.	Regulamenta o § 4º do artigo 40 da Constituição, dispondo sobre a concessão de aposentadoria a servidores públicos, nos casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

<p>O Congresso Nacional decreta:</p> <p>Art. 1º Esta lei complementar regulamenta o § 4º do art. 40 da Constituição Federal, dispondo sobre a aposentadoria especial dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, a ser concedida nos casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.</p> <p>Art. 2º A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprido o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, independentemente de idade, ao servidor 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 o agente nocivo relacionado no Anexo I desta lei complementar.</p> <p>Parágrafo único. Os proventos de aposentadoria especial serão calculados na forma do estabelecido pelos §§ 2º e 3º do art. 40 da Constituição Federal.</p> <p>Art. 3º A aposentadoria especial somente será concedida na hipótese de o servidor ter exercido, durante os 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos mencionados no art. 2º, trabalho permanente e habitual, não ocasional nem intermitente, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, assim entendidas as que o expõem aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, relacionados no Anexo I.</p> <p>§ 1º Considera-se tempo de trabalho, para efeito de aposentadoria especial, os períodos correspondentes às férias e às licenças médicas decorrentes do exercício dessas atividades.</p> <p>§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita pelo órgão ou entidade onde o servidor tiver exercido a atividade, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.</p> <p>§ 3º Na hipótese de averbação de tempo para fins de aposentadoria, cabe ao servidor apresentar ao órgão ou entidade concedente da aposentadoria especial os laudos, mencionados no parágrafo anterior, fornecidos por outros órgãos ou entidades públicas, bem como certidão fornecida pelo gestor do regime geral de previdência social, referente a tempo de trabalho sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.</p> <p>Art. 4º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física, inclusive no âmbito do regime geral de previdência social, será somado ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, para fins de concessão de aposentadoria por invalidez, por idade ou por tempo de contribuição, após a respectiva conversão e observado o tempo mínimo a converter exigido, conforme o estabelecido no Anexo II.</p> <p>Parágrafo único. Para o servidor que houver exercido, inclusive no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, sucessivamente duas ou mais atividades sujeitas a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo exigido para a aposentadoria especial, os respectivos períodos serão somados após conversão, conforme o Anexo III.</p> <p>Art. 5º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<p>O Congresso Nacional decreta: Art. 1º A concessão de aposentadoria especial de que trata o inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição ao servidor público titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, fica regulada nos termos desta Lei Complementar.</p> <p>Art. 2º A aposentadoria especial será devida ao servidor público que comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, por, no mínimo, vinte e cinco anos, observadas as seguintes condições: I – dez anos de efetivo exercício no serviço público; e II – cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria especial.</p> <p>Art. 3º Caracterizam-se como condições especiais que prejudicam a saúde ou a integridade física, para os fins desta Lei Complementar, a efetiva e permanente exposição a agentes físicos, químicos, biológicos ou associação desses agentes, observado o disposto no art. 4º.</p> <p>Parágrafo único. Considera-se trabalho permanente, para efeito deste artigo, aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do servidor ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação do serviço.</p> <p>Art. 4º Para os fins do disposto no art. 3º, será adotada a relação de agentes nocivos existente no âmbito do Regime Geral de Previdência Social.</p> <p>Parágrafo único. A efetiva e permanente exposição aos agentes nocivos referidos no caput será comprovada, conforme ato do Poder Executivo Federal, mediante documento que informe o histórico laboral do servidor, emitido pelo órgão ou entidade competente em que as atividades do servidor foram desempenhadas.</p> <p>Art. 5º Para os fins desta Lei Complementar, será considerado como tempo de atividade sob condições especiais, além do disposto no art. 3º, os seguintes períodos, desde que, à data do afastamento, o servidor estivesse exercendo atividades nessas mesmas condições:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>I – férias;</li> <li>II – licença por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;</li> <li>III – licença gestante, adotante e paternidade;</li> <li>IV – ausência por motivo de doação de sangue, alistamento como eleitor, participação em júri, casamento e falecimento de pessoa da família; e</li> <li>V – deslocamento para nova sede.</li> </ul> <p>Art. 6º O disposto nesta Lei Complementar não implica afastamento do direito de o servidor se aposentar segundo as regras gerais, especiais ou de transição.</p> <p>Art. 7º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 17 do art. 40 da Constituição às aposentadorias especiais concedidas de acordo com esta Lei Complementar.</p> <p>Art. 8º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotarão as providências cabíveis para a eliminação ou redução de riscos à saúde ou integridade física decorrentes da exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes, presente no ambiente de trabalho dos servidores.</p> <p>Parágrafo único. O ônus do tempo como especial cessa com o fim do exercício da atividade em que ocorre a exposição aos agentes nocivos ou pela redução da exposição ao limite de tolerância estabelecido nas normas de segurança e higiene do trabalho.</p> <p>Art. 9º O regime geral de previdência social e os regimes próprios de previdência no serviço público de cada ente da federação reconhecerão, reciprocamente, o tempo de atividade exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.</p> <p>Art. 10. O reconhecimento previsto no art. 9º fica condicionado à apresentação de documentação que comprove, nos termos desta Lei Complementar, o tempo de atividade exercido sob as condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, hipótese em que os regimes de previdência se compensarão na forma prevista na legislação.</p> <p>Art. 11. O tempo de atividade sob condições especiais prestado antes da entrada em vigor desta Lei Complementar poderá ser comprovado mediante outros elementos que não os estabelecidos no parágrafo único do art. 4º.</p> <p>Parágrafo único. Não será admitida a comprovação de tempo de serviço público sob condições especiais por meio de prova exclusivamente testemunhal ou com base no mere reconhecimento de insalubridade ou equivalente.</p> <p>Art. 12. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<p>O Congresso Nacional decreta:</p> <p>Art. 1º Esta lei complementar regulamenta a concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos que exerçam atividades sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos previstos no art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal.</p> <p>Art. 2º A aposentadoria especial de que trata esta lei complementar será concedida ao servidor titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das respectivas autarquias e fundações, independentemente de idade, que houver exercido suas atividades sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física por período de quinze, vinte ou vinte e cinco anos, a ser definido em conformidade com a relação de agentes nocivos adotada pelo Regime Geral de Previdência Social, observados, ainda, os seguintes requisitos: I – tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e de cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>II – cumprimento dos períodos de trabalho referidos no caput em caráter permanente.</li> </ul> <p>§ 1º Considera-se trabalho permanente, para os fins desta lei complementar, aquele realizado de forma não ocasional ou intermitente, no qual a exposição do servidor ao agente nocivo seja indissociável da execução de suas atividades.</p> <p>§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º aos períodos de férias, de afastamento para tratamento de saúde do servidor, de licença à gestante ou adotante e de licença-paternidade, desde que, à data do afastamento, o servidor estivesse exercendo as atividades de que trata o caput.</p> <p>Art. 3º A comprovação do tempo de exposição do servidor aos agentes nocivos referidos no art. 2º será feita, no que for cabível, segundo os procedimentos adotados no âmbito do Regime Geral de Previdência Social.</p> <p>Art. 4º Os proventos da aposentadoria especial de que trata esta lei complementar serão calculados em conformidade com os §§ 2º, 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.</p> <p>Art. 5º A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum para o fim de aposentadoria nas demais hipóteses previstas na Constituição Federal dar-se-á em conformidade com os critérios adotados no âmbito do Regime Geral de Previdência Social.</p> <p>Art. 6º Para o servidor que houver exercido sucessivamente duas ou mais atividades sujeitas a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física sem completar em qualquer delas o prazo mínimo exigido para a aposentadoria especial, os respectivos períodos serão somados após conversão, considerada a atividade preponderante, observados, para esse fim, os critérios adotados no âmbito do Regime Geral de Previdência Social.</p> <p>Art. 7º O tempo de trabalho exercido sob as condições especiais de que trata esta lei complementar será reconhecido, reciprocamente, pelos regimes próprios de previdência dos servidores públicos e pelo Regime Geral de Previdência Social, observado o disposto no art. 3º.</p> <p>Art. 8º Fica assegurado ao servidor alcançado por esta lei complementar o direito de se aposentar segundo as regras constitucionais gerais, de caráter permanente ou transitório, sobre a matéria, desde que atendidos os requisitos pertinentes.</p> <p>Art. 9º Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<p>O Congresso Nacional decreta:</p> <p>Art. 1º Esta lei complementar regulamenta o § 4º do art. 40 da Constituição, dispondo sobre a aposentadoria especial dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, a ser concedida nos casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.</p> <p>Art. 2º A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprido o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, independentemente de idade, ao servidor 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 o agente nocivo relacionado no Anexo I desta lei complementar.</p> <p>Parágrafo único. Os proventos de aposentadoria especial serão calculados na forma do estabelecido pelos §§ 2º e 3º do art. 40 da Constituição.</p> <p>Art. 3º A aposentadoria especial somente será concedida na hipótese de o servidor ter exercido, durante os 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos mencionados no art. 2º, trabalho permanente e habitual, não ocasional nem intermitente, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, assim entendidas as que o expõem aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, relacionados no Anexo I.</p> <p>§ 1º Considera-se tempo de trabalho, para efeito de aposentadoria especial, os períodos correspondentes às férias e às licenças médicas decorrentes do exercício dessas atividades.</p> <p>§ 2º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita pelo órgão ou entidade onde o servidor tiver exercido a atividade, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.</p> <p>§ 3º Na hipótese de averbação de tempo para fins de aposentadoria, cabe ao servidor apresentar ao órgão ou entidade concedente da aposentadoria especial os laudos, mencionados no parágrafo anterior, fornecidos por outros órgãos ou entidades públicas, bem como certidão fornecida pelo gestor do regime geral de previdência social, referente a tempo de trabalho sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.</p> <p>Art. 4º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física, inclusive no âmbito do regime geral de previdência social, será somado ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, para fins de concessão de aposentadoria por invalidez, por idade ou por tempo de contribuição, após a respectiva conversão e observado o tempo mínimo a converter exigido, conforme o estabelecido no Anexo II.</p> <p>Parágrafo único. Para o servidor que houver exercido, inclusive no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, sucessivamente duas ou mais atividades sujeitas a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo exigido para a aposentadoria especial, os respectivos períodos serão somados após conversão, conforme o Anexo III.</p> <p>Art. 5º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.</p>
--	---	--	--

Fase atual: após aprovado, em out/2011, na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público – CTASP –, o T <sub>2</sub> [arrecr da Relatora, Dep. Manuela D’Ávila (PCdoB-RS)], pela rejeição deste e pela aprovação do PLP 555/2010, apensado, na forma do substitutivo <sup>50</sup> , o projeto está pendente de apreciação na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), onde já conta com T <sub>2</sub> [arrecr do Relator, Dep. Amauri Teixeira (PT-BA)], pela aprovação deste, do PLP 555/2010, e do PLP 142/2012, apensados, com substitutivo <sup>50</sup> .	Fase atual: apesar de apensado ao PLP 472/09 (em adiantada fase de tramitação), não foi objeto de apreciação por nenhuma comissão, permanente ou temporária, da Câmara, pendendo de deliberação da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público – CTASP.	Fase atual: embora apensado PLP 472/09, em curso na Câmara (em estágio de tramitação avançado), não foi aprovado em qualquer comissão, permanente ou temporária, dessa Casa Legislativa, na qual pendia de apreciação pela Comissão de Seguridade Social e Família – CSSF.	Fase atual: já aprovado pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) e de Assuntos Sociais (CAS), e aguardando inclusão na ordem do dia.
--	--	--	--

Com a vênua devida, o *PLP 472/2009-Câmara*, do Dep. Arnaldo Faria de Sá – à exceção da palavra “Federal”, com a qual, no art. 1º e no parágrafo único do art. 2º, ele se referiu à Constituição – *é cópia (in)fiel* (i.e., sem aspas, e sem indicação da autoria) do *PLS 68/2003-Complementar*, do Sen. Antonio Carlos Valadares; noutras palavras, é um plágio, o que se conclui já do fato de, na ementa e no art. 1º, aquele PLP (que é posterior à EC 47/2005) se reportar ao preceito constitucional que pretende complementar apenas como “§ 4º do art. 40”, em vez de especificar – como seria de rigor –, afinal, qual dos tipos de aposentadoria especial previstos nos três incisos desse parágrafo intenta regular; somado à circunstância de que dito PLP trata apenas do benefício previsto no atual inc. III do § 4º do art. 40 da Carta de 88. Como o PLP 472/09-Câm. foi plagiado do PLS 68/03-Complementar – qual o foi, aliás, também a justificação do Sen. Antonio Carlos Valadares –, o presente trabalho abordará somente a proposição legislativa senatorial.

### 3.2 Análise dos pontos comuns aos projetos examinados

Os 3 (três) projetos de lei complementar ora analisados – os PLP’s n<sup>os</sup> 555/2010 (do Executivo) e 147/2012 (da Dep. Flávia Moraes), ambos da Câmara dos Deputados, e o Projeto de Lei do Senado n<sup>o</sup> 68/2003-Complementar (do Sen. Antonio Carlos Valadares) – têm em comum os seguintes pontos:

- a) todos eles preveem o pressuposto de tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos de atividade no cargo em que se dará a aposentação, dado que esse requisito é constitucionalmente estabelecido para todas as espécies de aposentadoria voluntária nos RPPS’s (CRFB, art. 40, § 1º, inc. III), e, naturalmente, não pode ser afastado para a concessão da jubilação especial;
- b) os três projetos estabelecem que, para obter a aposentadoria especial, o servidor deverá comprovar haver trabalhado em

50 Trechos citados conforme constam no andamento do PLP 472/2009 disponível na internet, in: <[www.camara.leg.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=432079](http://www.camara.leg.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=432079)>. Acesso em 19 jan. 2014. O substitutivo referido não será objeto de análise neste trabalho.

- condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou integridade física – como tais consideradas aquelas em que o trabalho foi/é prestado, de maneira habitual e permanente, não ocasional nem intermitente, com exposição do funcionário a agentes físicos, químicos, biológicos ou a associação desses agentes – pelo período mínimo estabelecido;
- c) todos os projetos em exame consideram como tempo de serviço especial os intervalos em que o servidor esteve afastado para fruição de férias e de licenças médicas para tratamento de doenças/lesões ocasionadas pelo exercício da atividade tida por especial;
  - d) todos os 3 projetos permitem a conversão dos intervalos de trabalho especial em tempo de serviço comum;
  - e) os três projetos admitem a contagem recíproca do tempo de serviço especial prestado em qualquer regime previdenciário para a obtenção de qualquer tipo de aposentadoria (especial, por idade, por invalidez ou por tempo de contribuição).

### 3.3 Breves críticas

Por derradeiro, cumpre tecer algumas críticas aos aludidos projetos de lei complementar – num primeiro momento, com enfoque relativamente individualizado, e, depois, de modo global.

De pronto, cumpre salientar que boa parte das críticas abaixo efetuadas se assenta no fato de que não pode o legislador, esquivando-se do seu dever-poder de prover as normas jurídicas cuja feitura lhe é própria – as leis –, ser propositalmente omissivo, estatuindo textos normativos com falhas perfeitamente cognoscíveis e evitáveis; ainda menos quando – como in casu – teve mais de 25 anos para elaborar uma lei requerida pela Constituição.

É sabido que (para os que admitem que a ordem jurídica, a despeito do dogma de sua completude, pode ser lacunosa) o fundamento da admissibilidade da analogia como método de colmatação de lacunas do ordenamento – art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e art. 126 do Cód. Proc. Civil – é a impossibilidade fática de o legislador prever todas as variações das situações por ele reguladas, e de antever as inovações políticas, econômicas, sociais, culturais e tecnológicas que diuturnamente pululam na vida em sociedade.

Mas, do princípio-garantia <sup>51</sup> da segurança jurídica – que, como cedoço, é um dos elementos do princípio fundamental do Estado de Direito

<sup>51</sup> Embora não seja mencionado na passagem em que o Professor José Joaquim Gomes Canotilho define essa espécie de princípio jurídico, entendo perfeitamente enquadrável o princípio da segurança jurídica na

<sup>52</sup> –, e da ampla competência do Congresso Nacional para produzir normas jurídicas primárias (que inovam o ordenamento jurídico) – art. 48, caput, da CRFB –, é possível deduzir-se, também, o dever(-poder) do Poder Legislativo de editar leis claras e completas, tanto quanto possível.

Por certo, *não* se trata, aqui, de tentar ressuscitar o mitológico legislador racional, que, sempre apoiado na devida análise das realidades fática – econômica, social etc. – e jurídica nas quais está inserido, promulga diplomas normativos com o único objetivo de prover o bem comum do povo, de acordo com a *volonté générale* deste. Sabe-se que um tal mítico legislador não existe, consistindo apenas em uma idealização.<sup>53</sup>

O que, todavia, não é possível aceitar é que o Legislativo, podendo – a rigor, devendo – conhecer o estado da arte de certo tema sobre o qual está a legislar, deixe (por preguiça ou covardia) de decidir firmemente acerca do assunto legislado, ordenando, permitindo ou proibindo, com clareza, efeitos jurídicos e comportamentos relativos ao objeto da sua atuação.

Nessa linha, se se tem ciência da grande importância de regerar os meios de prova da atividade especial – para conferir segurança jurídica e eficiência à atuação da Administração –, a lei complementar cujos projetos ora são objeto de estudo não pode ser omissa quanto ao tema.

Outro exemplo: se o legislador sabe que, no âmbito do RGPS, muitos julgados proclamam – de maneira ilegítima, é certo (pois não declaram a

categoria de princípio-garantia, tal como a conceitua o nominado mestre coimbrão, litteris:

“Há outros princípios que visam instituir directa e imediatamente uma garantia aos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se, a título de exemplo, o princípio de *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege* (cfr. art. 29<sup>o</sup>), o princípio do juiz natural (cfr. art. 32<sup>o</sup>/7), os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo* (cfr. arts. 29<sup>o</sup>/4, 32<sup>o</sup>/2). Como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem ‘princípios em forma de norma jurídica’ (Larenz) e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2 reimpr. Coimbra: Almedina, 2004. p. 1167; itálicos no original).

<sup>52</sup> Desse teor, a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

“Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.

[...]

O tema da segurança jurídica tem assento constitucional (princípio do Estado de Direito).” (MENDES, Gilmar Ferreira. In: \_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 474-5.

<sup>53</sup> Nessa linha, a crítica de Lênio Luiz Streck:

[...]. Ainda se acredita na ficção da vontade do legislador, do espírito do legislador, da vontade da norma. Aliás, de que ‘legislador’ falam os comentadores? Santiago Nino, citado por Ferraz Jr., ironiza as ‘propriedades que caracterizam o legislador racional’, uma vez que ‘ele’ é uma figura singular, não obstante os colegiados, etc.; é permanente, pois não desaparece com a passagem do tempo; é único, como se todo o ordenamento obedecesse a uma única vontade; é consciente, porque conhece todas as normas que emana; é finalista, pois tem sempre uma intenção; é onisciente, pois nada lhe escapa, sejam eventos passados, futuros ou presentes; é onipotente, porque suas normas vigem até que ele mesmo as substitua; é justo, pois jamais quer uma injustiça; é coerente, ainda que se contradiga na prática; é onicompreensivo, pois o ordenamento tudo regula, explícita ou implicitamente; é econômico, ou seja, nunca é redundante; é operativo, pois todas as normas têm aplicabilidade, não havendo normas nem palavras inúteis; e, por último, o legislador é preciso, pois apesar de se valer de palavras da linguagem natural, vagas e ambíguas, sempre lhes confere um sentido rigorosamente técnico... [...].” (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 44-5; itálicos no original).

inconstitucionalidade do § 2º do art. 58 da Lei 8.213/1991, e desconsideram até o que diz a ciência sobre as consequências do regular uso das tecnologias de proteção individual) – que o equipamento de proteção individual (EPI) eficaz não elide a especialidade do labor – talvez porque alguns julgadores pensem que os EPI's nada mais são do que adereços de simples adorno que o Direito do Trabalho obriga os trabalhadores a utilizarem... –, é preciso que a lei complementar que regram a aposentadoria especial nos RPPS's seja categórica ao disciplinar a questão.

São muitas as situações com as quais se poderia ilustrar o raciocínio que se vem desenvolvendo. Não é preciso, contudo, alinhar outras hipóteses problemáticas/polêmicas para fixar o posicionamento de que é indispensável que a lei complementar exigida pelo art. 40, § 4º, III, da CRFB abarque, com discernimento, todos os pontos que já se conhece que são, e os que se sabe que podem vir a ser, motivo de controvérsia administrativa ou judicial, mediante regras completas e claras. Com efeito, nestes tempos em que substanciosas parcelas da doutrina e da jurisprudência vivem uma por vezes irrefletida e irresponsável apoteose dos princípios, é oportuno trazer à colação a valiosa reabilitação da importância das regras efetuada por HUMBERTO ÁVILA:

Essas considerações demonstram, em suma, que as regras não devem ser obedecidas somente por serem regras e serem editadas por uma autoridade. Elas devem ser obedecidas, de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. *Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais.*<sup>54</sup>

Pois bem. De maneira geral, o PLP 147/2012-Câmara e o PLS 68/2003-Complementar pecam por serem muito sintéticos, chegando, mesmo, a serem lacunosos, v.g., quanto à forma de demonstração da atividade especial anterior à edição da lei complementar projetada.

O PLS 68/03-Compl., conquanto tenha o mérito de prever tempo mínimo de exercício de atividade especial a ser convertido em tempo de serviço comum, e de trazer, em seus anexos, a relação de agentes nocivos ensejadores da aposentação especial – Anexo I –, tabela de tempo mínimo de labor especial para converter em tempo de serviço comum (Anexo II) e tabela de conversão do tempo especial em intervalo de trabalho comum (Anexo III), não dispõe acerca da exigibilidade de fornecimento, pelos entes públicos, de equipamentos de proteção coletiva (EPC's) e de equipamentos

54 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 122.

de proteção individual – EPI’s – aos seus servidores públicos efetivos, nem sobre a consequência da eficácia desses equipamentos em reduzir a exposição do segurado a agentes nocivos a níveis situados dentro de limites de tolerância (LT’s) – a saber: a descaracterização da especialidade do labor.

O PLP 147/2012-Câmara, em que pese possua a qualidade de esclarecer que, para a caracterização da atividade como especial, a exposição do segurado a agentes nocivos, além de não ocasional, nem intermitente, deve ser aquela na qual “a exposição do servidor ao agente nocivo seja indissociável da execução de suas atividades” (parte final do § 1º do art. 2º), tem o grave inconveniente de, em seu art. 3º, remeter a comprovação do tempo de serviço especial aos “procedimentos adotados no âmbito do Regime Geral de Previdência Social”, dando ensanchar a que, também no âmbito dos RPPS’s, o Judiciário venha a adotar, para a prova da atividade especial, toda a sorte de expedientes ilegítimos e arbitrários, e de furadas presunções, que, infelizmente, grassa na jurisprudência formada, sobretudo pelos JEF’s e suas Turmas Recursais, em torno do assunto.

O PLP 555/2010-Câmara (do Executivo), a despeito de ser o mais completo de todos os projetos em exame – o que já é algo positivo –, e de vedar (com razão) que a comprovação da especialidade do labor seja feita “por meio de prova exclusivamente testemunhal ou com base no mero recebimento de adicional de insalubridade ou equivalente” – parágrafo único do art. 11 do projeto –, peca por não cuidar, explicitamente, (i) da possibilidade de soma e conversão dos tempos de serviço especial exercidos em diferentes atividades especiais, e (ii) do tempo mínimo de serviço especial a ser convertido em tempo comum – e seria bom que o fizesse.

Mais do que preferível, é preciso que a lei complementar requerida pelo art. 40, § 4º, III, da CRFB proíba, expressamente, a conversão de intervalo de labor comum (prestado em qualquer época) em tempo de serviço especial, para efeito de obtenção de aposentadoria especial, deixando mais clara a indispensabilidade de que, para a concessão dessa benesse, o servidor tenha trabalhado em atividade(s) especial(ais) durante todo o período mínimo exigido – e, lamentavelmente, nenhum dos anteditos projetos o faz.

Aliás, diante dos peremptórios termos do § 10 do art. 40 da Constituição (incluído pela EC 20/1998) – segundo o qual “[a] lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício” –, é de veras razoável entender que a conversão de período especial em interregno de labor comum (por implicar o acréscimo de tempo em que não houve a efetiva realização de trabalho e o correlato pagamento de contribuição previdenciária) será inconstitucional. De todo modo, ainda que não repute inconstitucional dita conversão de tempo de serviço, os Poderes Executivo e Legislativo – em particular aquele Poder – deveriam exercer, em sentido negativo, os juízos de conveniência e de oportunidade próprios da *discricionariedade política* ínsita ao problema que a tomada da

decisão de instituição da multicitada conversão envolve. Cabe lembrar que a jurisprudência do STF se firmou na direção de que, nos RPPS's, o que a Lei Fundamental da República prevê é, tão somente, a aposentadoria especial – não a conversão de diferentes tipos de tempo de serviço.

Acaso superadas a inconstitucionalidade, a inconveniência e a inoportunidade aventadas, diga-se que correto está, apenas, o PLP 555/10-Câm. (Executivo), ao prever, unicamente, a aposentadoria especial aos 25 – vinte e cinco – anos de atividade especial, sem estipular a possibilidade de tal jubilação com 15 ou 20 anos de tempo de serviço especial. É que, mesmo sendo pouquíssimo provável, nos RPPS's, a concessão do benefício com apenas 15 ou 20 anos de serviço (pelo fato de servidores públicos efetivos não desempenharem, ao que se saiba, as atividades que, na história do RGPS, e no Anexo I do PLS 68-03, a ensejam), a imanente excepcionalidade da benesse, somada ao notório déficit atuarial dos regimes próprios, recomendam – senão exigem – que ela não seja concedida com tão pouco tempo.

Todos os projetos de lei complementar em apreço se ressentem dos seguintes vícios, que os tornam perigosamente omissos ou falhos:

- (i) não restringem a contagem, como tempo de serviço especial, dos períodos de afastamento que não sejam decorrentes de acidente de trabalho ou de doença ocupacional, às hipóteses em que o servidor, ao voltar do afastamento, retorne à atividade especial que desempenhava antes de se afastar;
- (ii) não especificam a quem deverá pertencer o médico ou engenheiro do trabalho responsável pela elaboração do laudo técnico de condições ambientais de trabalho necessário à caracterização do tempo de serviço como especial. No caso do Executivo, um e outro profissional devem pertencer ao órgão central do SIPEC, ou ser por este contratado/conveniado/autorizado; jamais deverá ser integrante do próprio órgão – ministério, secretaria etc. – ou entidade (fundação pública ou autarquia) avaliada, designadamente da mesma unidade/repartição analisada, para evitar potencial conflito de interesses, quer com favorecimento, quer com perseguição; e
- (iii) não delegam ao regulamento a previsão da fixação da periodicidade das avaliações ambientais de trabalho, bem como as hipóteses em que a realização de nova avaliação é obrigatória – mudança significativa de lay out do local de trabalho, implementação de novo(s) EPC('s)/EPI('s), etc..



Ainda, e à guisa de sugestão, parece salutar que a lei complementar que vier a regular a aposentadoria especial nos RPPS's (a) introduza a exigência de idade mínima para a obtenção de tal jubilação – qual, p. ex., as de 50 anos, para os homens, e de 48 anos, para as mulheres –; e que, (b) à idade mínima, conjugue algo como um redutor do valor inicial dos proventos, de 5% (cinco por cento), para quem tiver somente 25 anos de tempo de serviço especial e a idade mínima, de 4% (quatro por cento), para quem tiver ou um ano a mais do que o mínimo do requisito etário ou do que o piso do tempo de serviço especial, e assim sucessivamente, até chegar a 100% do que seria o montante inicial completo dos proventos.

Finalmente, vale considerar que, para além de conveniente, é necessário, ao bem do caráter contributivo do sistema e do seu equilíbrio financeiro e atuarial – Constituição, art. 40, caput –, que a multicitada lei complementar preveja (mas nenhum dos projetos analisados o faz) adicional à contribuição da pessoa política à qual vinculada o servidor que, estando no exercício de atividade considerada especial, poderá vir a obter a concessão da aposentadoria especial, para o custeio específico dessa benesse previdenciária nos RPPS's.

Descarte-se a majoração da contribuição – ou a instituição de nova exação fiscal previdenciária – sobre a remuneração do segurado, a qual seria desarrazoada porquanto o servidor já tem um ônus (que é o trabalho em condições prejudiciais à sua saúde ou integridade física) ao qual corresponde um bônus – menor tempo de serviço para se jubilar.

O cogitado adicional à contribuição patronal ao RPPS há de ser proporcional à diferença entre o tempo mínimo de serviço exigido para o deferimento da aposentação por tempo de contribuição e o período mínimo de labor inafastável à concessão da aposentadoria especial, aplicada a dobra – necessária em virtude da inexistência de semelhante adicional sobre a contribuição do segurado.<sup>55</sup>

Anote-se que a instituição de tal adicional – a par de cumprir as exigências do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS's – poderá ter o positivo efeito colateral de fazer com que as pessoas políticas (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) se preocupem com as efetivas implementação e fiscalização dos equipamentos de proteção coletiva – EPC's – e individual (EPI's) a serem fornecidos aos seus servidores públicos sujeitos às condições prejudiciais à saúde ou à integridade física que fundamentam a jubilação especial – bem assim, que ajam nesse sentido –, com vista a impedir o aumento e a diminuir o volume das despesas realizadas com o adimplemento da aludida cota adicional.

55 Sobre o tema da fonte de custeio adicional e específica para a aposentadoria nos RPPS's, vide MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial do servidor*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 93-4.

## CONCLUSÃO

Do exposto no decorrer do presente trabalho, pode-se concluir o seguinte:

1. O benefício previdenciário de aposentadoria especial – como tal entendida a específica modalidade de jubilação concedida com menos tempo de serviço/contribuição (TS/TC) do que o total exigido para a obtenção da aposentação (comum) por tempo de contribuição, em razão da sujeição do segurado a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, por exposição a agentes nocivos físicos, químicos, biológicos ou associação de dois ou mais agentes desses tipos – foi criado, no Brasil, pelo art. 31, caput e § 1º, da Lei nº 3.807/1960 [Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS)], que o instituiu na então chamada Previdência Social Urbana.

2. O referido benefício só passou a ser outorgável, na prática, com a entrada em vigor do Decreto nº 53.831/1964 – ocorrida em 10.04.64, data da publicação oficial desse diploma –, o qual, ao regulamentar a LOPS, tornou-a materialmente eficaz.

3. Na origem, a aposentadoria especial podia ser deferida em dois distintos conjuntos de situações: para os segurados que trabalhassem *expostos aos agentes nocivos* físicos, químicos e biológicos previstos na primeira parte do Quadro Anexo do Decreto 53.831/1964; e para os segurados que, *pertencentes a determinadas categorias profissionais* arroladas na segunda parte do mesmo Quadro Anexo, exercessem as respectivas ocupações.

4. A Lei nº 5.440-A/1968 extinguiu a exigência de idade mínima – de 50 anos – para a concessão da benesse em apreço. O requisito etário não foi repristinado pela Lei nº 5.527/1968 (a qual apenas restabeleceram o direito à aposentação especial para os integrantes das categorias a que se referiu). Daí por que o pressuposto etário não foi mantido pela Lei 5.890/1973, que foi silente a respeito desse aspecto.

5. O Decreto 63.230/1968 introduziu a possibilidade de o segurado que trabalhou em diferentes atividades especiais – que ensejam a jubilação especial com diversos tempos mínimos de serviço (15, 20 ou 25 anos) – somá-los e convertê-los, com o fito de obter o benefício em tela.

6. A Lei nº 6.887/1980 criou a conversão de período de atividade especial em tempo de serviço comum – com o respectivo acréscimo –, bem assim a conversão inversa (de interregno de labor comum em tempo de serviço especial, com o decréscimo correspondente). É possível a conversão de

intervalos de atividade especial em tempo de serviço comum, ainda que o tempo especial tenha sido prestado antes da Lei 6.887/80 – desde, é claro, que o trabalho tenha sido realizado a partir de 10.04.1964.

7. Na sua redação original, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, previu a aposentadoria especial, no que ela denominou Regime Geral de Previdência Social – RGPS –, na 2ª parte do inciso II do art. 202.

8. A redação original da Lei nº 8.213, de 24.07.1991 – atual Lei do Plano de Benefícios da Previdência Social (LPBPS) – não inovou a disciplina normativa da aposentadoria especial vigente até então, a não ser ao estipular que a relação das atividades profissionais ensejadoras da concessão da benesse seria objeto de lei específica.

9. O Decreto 357/1991 (art. 295) repristinou o Quadro Anexo do Dec. 53.831/64, que voltou a vigor, paralela e concomitantemente aos Anexos I e II do Decreto 83.080/1979, ambos regulamentando o enquadramento da atividade especial.

10. O provavelmente mais relevante diploma legislativo que, sob a égide da atual Constituição, tratou da aposentadoria especial foi a Lei nº 9.032, de 28.04.1995, a qual (a) extinguiu a possibilidade de caracterização da atividade como especial pelo só fato de o segurado pertencer a determinada categoria profissional; (b) majorar o coeficiente da renda mensal inicial (RMI) do benefício, para 100% do salário-de-benefício (SB), acabando com o percentual mínimo e a parcela variável da RMI; (c) explicitar a indispensabilidade de que a atividade especial seja desempenhada por todo o período mínimo exigido para a concessão da benesse (15, 20 ou 25 anos); (d) aboliu a conversão do tempo de serviço comum em período de labor especial; (e) instituiu, como consequência inexorável das letras “(b)” a “(d)”, retro, que, para obter a jubilação especial, o segurado deve ter trabalhado, durante todo o período mínimo, exclusivamente em atividades especiais – permitida a conversão e a soma de lapsos temporais de trabalho realizado em diferentes atividades especiais.

11. A Medida Provisória 1.523/1996 inseriu no art. 58 da LPBPS a exigência de que a comprovação da exposição a agentes nocivos seja feita mediante formulário-padrão emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho confeccionado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, com informação relativa a equipamento de proteção coletiva (EPC) eficaz.

12. O Decreto 2.172/1997 pôs fim à possibilidade de enquadramento de tempo de serviço como especial pelo desempenho de atividades perigosas e penosas.

13. A confusa sucessão de diplomas legais iniciada com a edição da MedProv 1.663-10/1998 não acabou com a possibilidade de conversão de período de labor especial em tempo de serviço comum, a qual continua viável, mesmo para os intervalos trabalhados depois de 28.05.1998.

14. A Medida Provisória nº 1.729, de 02.12.98 (convertida na Lei 9.732/1998) instituiu contribuição adicional à cota patronal – para o custeio da aposentadoria especial – e estabeleceu que o laudo técnico de condições ambientais de trabalho (LTCAT) de que trata o § 1º do art. 58 da Lei 8.213/91 deve conter informações a respeito da existência de equipamento de proteção individual – EPI – que reduza a exposição do segurado a níveis tolerados do(s) agente(s) nocivo(s) eventualmente presente(s) no ambiente laboral.

15. A Emenda Constitucional nº 20/1998, a par de reservar à lei complementar o trato da aposentadoria especial, “congelou” a disciplina legal vigente por ocasião da sua edição, até o advento da lei complementar por ela exigida.

16. A conturbada história dos diplomas legais e regulamentares concernentes à aposentadoria especial revela que, sobre ser difícil a compreensão desse benefício e complexa a sua operacionalização, os atos normativos – lato sensu – que cuidam da benesse em comento pecam pela atecnia e pela falta de cuidado sistêmico, chegando mesmo a ocasionar a desconfiança de que, mais do que mal-elaborados, tais diplomas são mal-revogados de propósito (vide os casos da revogação da idade mínima e da tentativa de acabar com a conversão de período especial em tempo de serviço comum). Não se pode descartar, nesse processo histórico, a influência (por vezes, deletéria) que o lobby de certas categorias profissionais organizadas e politicamente fortes tiveram – e ainda têm – quando se tratou de disciplinar a aposentação especial.

17. Parcela das reiteradas demonstrações de incompreensão do instituto em análise – tanto pelo Legislativo, quanto pela Administração, e quanto, ainda, pelo Judiciário – deve-se, a rigor, à falta ou à incorreção de entendimento de qual contingência previdenciária, afinal, a aposentadoria especial pretende cobrir. Nessa linha, têm-se, de um lado, autores que, sem razão, consideram a benesse em questão como uma forma de antecipada aposentação por invalidez; de outro, inúmeros doutrinadores

– e uma não pequena parcela da jurisprudência – ainda pensam que a jubilação especial fundamenta-se no maior risco de morte ou de doença, lesão ou invalidez a que estariam sujeitos os segurados que a ela têm jus.

18. Nessa linha, está errado o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que entende ser meramente exemplificativo o rol de agentes nocivos previsto na pertinente regulamentação da aposentadoria especial e da contagem diferenciado de tempo de labor desempenhado em condições especiais. Deveras, a par de inequivocamente ilegal – por violação da literalidade do caput do art. 58 da LPBPS –, o entendimento ora criticado é perigoso para a segurança jurídica e para higidez do Fundo do Regime Geral de Previdência Social, pois constitui via aberta e desobstruída para um sem número de decisionismos. Tal posicionamento viabiliza, e.g., os pleitos de enquadramento, como especiais, de atividades não sujeitas a qualquer dos agentes elencados nos pertinentes regulamentos, mas desempenhadas com exposição aos mais criativos e arbitrários “agentes nocivos”.

19. Os meios de prova legalmente exigidos, e os normativamente proscritos pela legislação para a demonstração de atividade especial, o são de maneira legítima. De fato, a disciplina legal das provas proibidas, necessárias ou aceitas para a comprovação do tempo de serviço especial insere-se numa das tradições do Direito Previdenciário brasileiro: a de, ancorado na segurança jurídica – e, às vezes, também na eficiência administrativa – exigir que a prova dos fatos constitutivos do direito dos segurados/dependentes/beneficiários da Previdência Social se efetue através de meios de provas específica e expressamente previstos em lei, e, ao mesmo tempo, proibindo a utilização de outros meios probatórios.

20. As aposentadorias dos servidores públicos – e as pensões por morte por eles instituídas – foram, historicamente, concebidas como “prêmio” pelo só vínculo estatutário, ou, quando muito, pelo desempenho de trabalho por certo interregno de tempo.

21. O notório déficit financeiro e atuarial dos Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos (RPPS's) se deve, em larga medida, à histórica ausência de caráter previdenciário – no sentido de securitário-contributivo – que os marca.

22. Somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº3/1993 (a rigor, com a Lei 8.688/93, que a regulou) é que os RPPS's passaram a possuir um iniciante cunho contributivo.

23. A Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, é o marco fundamental da efetiva institucionalização de regimes verdadeiramente previdenciários do funcionalismo público, cada vez mais próximos do RGPS e a este assemelhados. Foi a mencionada EC 20/98 quem realmente importou na superação do antigo modelo que concebia a previdência dos servidores públicos como “prêmio”.

24. A Lei nº 9.717/1998 – que veicula regras gerais para a instituição e a gestão de RPPS’s – é de grande importância, visto que, além de frear a indiscriminada (e, não raro, temerária) criação de RPPS’s municipais, impõe responsabilidade e racionalidade no trato dos regimes próprios, com normas que, p. ex., exigem estudo de avaliação da viabilidade atuarial da implementação do RPPS – art. 1º, inciso I –, e, ao proibir que os regimes previdenciários do funcionalismo público concedam benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) – cf. art. 5º, caput.

25. A aposentação especial dos servidores públicos está prevista nos textos constitucionais brasileiros desde a Constituição de 1937 – malgrado sem a conotação emprestada pela CRFB/88, objeto do presente estudo.

26. A atual Constituição, desde a sua redação original, cogita da aposentadoria especial para o funcionalismo público, por submissão a condições especiais que agridam a sua saúde ou integridade física, e sempre reservou a disciplina do tema à lei complementar (§ 1º do art. 40 da redação original da Carta de 1988; § 4º do mesmo art. 40, conforme o texto da EC 20/98; e atual inciso III do § 4º do art. 40 da Lei Fundamental da República, com a redação da EC 47/2005). Ocorre, entretanto, que, no texto original da Carta, a instituição da aludida benesse previdenciária era simples faculdade do legislador, e, a partir da Emenda 20/98, o preceito constitucional passou a ter redação que permite caracterizá-lo como assegurador de direito.

27. Ao conceder a ordem impetrada no Mandado de Injunção (MI) nº 721-7/DF, o Supremo Tribunal Federal – STF –, começando a abandonar sua histórica posição não-concretista da decisão de procedência do citado writ constitucional, entendeu que o longo tempo decorrido desde o advento da atual Constituição, e os prejuízos que a mora legislativa do Congresso Nacional trazia para os servidores públicos que trabalham em atividades que, no RGPS, ensejam a jubilação especial, justificavam que, ao julgar procedente o pedido, a nominada Corte assegurasse à impetrante a fruição do próprio direito postulado.

28. Embora, inicialmente, o próprio Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG –, em suas Orientações Normativas/MPOG/Secretaria de Recursos Humanos (SRH) nºs 6 e 10, ambas de 2010, tenha cuidado da conversão de período de atividade especial em tempo de serviço comum, a jurisprudência do STF se consolidou no (correto) sentido de que, no âmbito dos RPPS's, o que a Constituição assegura é, unicamente, a aposentação especial, não garantindo a conversão de diferentes tipos de intervalos de labor. Daí a proibição, pela Orientação Normativa (ON) da Secretaria de Gestão Pública – SEGEP – do MPOG que atualmente regulamenta o assunto (ON 16/2013), da dita conversão.

29. Na atualidade, tramitam no Parlamento nacional uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) – na Câmara dos Deputados – e 4 (quatro) Projetos de Lei Complementar – três na Câmara, e um no Senado Federal – sobre a jubilação especial dos servidores públicos sujeitos a condições lesivas à saúde ou integridade física, em virtude de exposição a agentes nocivos.

30. A PEC 449/2009, sobre ser desnecessária e não disciplinar a questão com um mínimo de definitividade, limita-se a positivar na Carta Magna, inconvenientemente, a jurisprudência firmada pelo STF a partir do MI 721-7/DF.

31. O Projeto de Lei Complementar – PLP – nº 472/2009-Câmara é plágio do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 68/2003-Complementar.

32. Todos os 3 (três) Projetos de Lei Complementar analisados – PLP's nºs 555/2010 e 147/2012 (da Câmara) e o PLS 68/2003-Complementar – (a) prescrevem o requisito de tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos de atividade no cargo em que se dará a jubilação, na forma do art. 40, § 1º, III, da CRFB – que é pressuposto geral, inafastável mesmo no caso em exame –; (b) estabelecem que, para obter o benefício, é necessário laborar, por todo o período mínimo estabelecido, e de modo habitual e permanente, não ocasional, nem intermitente, com exposição a agentes físicos, químicos, biológicos ou associação de dois ou mais agentes nocivos desses tipos; (c) reputam como tempo especial os interregnos em que o servidor estiver afastado para gozar de férias e de licenças médicas causadas por doenças/lesões/moléstias ocasionadas pelo exercício da atividade especial; (d) autorizam a conversão de interregnos de labor especial em tempo de serviço comum; e (e) permitem a contagem recíproca do tempo de serviço especial prestado em qualquer regime previdenciário para a concessão de qualquer espécie de aposentação.

33. Dados o histórico de celeumas acerca da caracterização da atividade especial no RGPS – em boa parte oriundo da “tradição” de atos normativos mal-feitos e pior ainda revogados –, e considerando a realidade, presente no regime geral, de intensas controvérsias administrativas e jurisdicionais a respeito do enquadramento do labor como especial, designadamente quanto aos meios de prova indispensáveis, cabíveis e inaceitáveis, é muito necessário que a lei complementar demandada pelo art. 40, § 4º, III, da CRFB seja, tanto quanto possível, completa e clara.

34. O PLP 147/2012-Câmara e o PLS 68/2003-Complementar, de maneira geral, são concisos demais. O PLS 68/03-Compl., em que pese possua a vantagem de prever tempo mínimo de período especial a ser convertido em tempo de serviço comum, e de trazer, em seus anexos, tabelas de conversão e rol de agentes nocivos, peca por não dispor quanto à descaracterização da atividade especial pelo uso de equipamento de proteção individual (EPI) eficaz; o PLP 147/12-Câm., a despeito do mérito de deixar claro que a atividade, para ser tida como especial, deve ser aquela em que a exposição do funcionário a agentes nocivos ocorre de modo indissociável do regular desempenho do seu trabalho, é inconveniente ao dizer, sic et simpliciter, que o enquadramento do labor como especial, nos RPPS's, se dará na forma dos “procedimentos adotados no âmbito” do RGPS; já o PLP 555/10-Câm. (do Executivo), apesar de ser o mais completo e de cuidar, acertadamente, da questão dos meios de prova da atividade especial (art. 11, parágrafo único, desse projeto), é omissivo relativamente à possibilidade da conversão e soma de diferentes tipos de atividades especiais, e ao tempo mínimo de serviço especial passível de conversão em comum.

35. Nenhum dos projetos é textual e inequívoco ao vedar – como é de rigor – a conversão de período de labor comum em tempo de serviço especial, carecendo todos eles, também, da devida assertividade ao exigir que, para a concessão do benefício em apreço, o servidor trabalhe durante todo o interregno mínimo em atividades especiais.

40. Será inconstitucional a permissão de contagem diferenciado de interregno de labor especial convertido em tempo de serviço comum, por vulnerar o § 10 do art. 40 da Constituição. Ainda que não se repute inconstitucional a dita conversão, ela será deveras inoportuna e inconveniente, dado o notório déficit financeiro e atuarial dos RPPS's – o qual está na base das sucessivas reformas da previdência do funcionalismo público, inclusive da radical EC 41/2003.



41. Independentemente dos juízos de inconstitucionalidade, inoportunidade e inconveniência da conversão de intervalo de serviço especial em tempo de labor comum, o PLP 555/10-Câm. – do Executivo – obra com acerto ao estipular que a aposentadoria especial será acontecerá após 25 (vinte e cinco) anos de atividade especial, deixando de prever a concessão dessa benesse com 15 e 20 anos de serviço em condições especiais.

42. Os projetos em estudo são omissos/falhos (a) quanto à limitação da contagem de tempo como especial apenas para quem, ao retornar de afastamento não provocado por acidente ou doença do trabalho, volte para atividade especial; (b) ao não especificarem a qual órgão deverá pertencer o médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho encarregado do laudo de condições ambientais do trabalho; e (c) ao não delegar ao regulamento a disciplina da periodicidade das avaliações ambientais do trabalho e as hipóteses em que será obrigatória a realização de nova avaliação das precitadas condições ambientais.

43. É salutar que a projetada lei complementar cuide de (a) idade mínima para a obtenção da aposentadoria especial; (b) alguma forma de redutor do valor dos proventos iniciais, considerada a variação do binômio tempo de serviço especial e idade mínima, de acordo com a maior contagem, além do piso, de um ou outro desses requisitos; e (c) da instituição de adicional à contribuição dos entes públicos, proporcional à diferença entre o tempo necessário à concessão da jubilação por tempo de contribuição e o período exigido para a obtenção da aposentadoria especial.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei Complementar 472, de 28 de abril de 2009*. Regulamenta o § 4º do artigo 40 da Constituição, dispondo sobre a concessão de aposentadoria a servidores públicos, nos casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Disponível na internet. In: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=650952&filename=PLP+472/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=650952&filename=PLP+472/2009)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei Complementar 555, de 22 de fevereiro de 2010*. Regulamenta o inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição, que dispõe sobre a concessão de aposentadoria especial ao servidor público titular de cargo efetivo cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Disponível na internet. In: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=735721&filename=PLP+555/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735721&filename=PLP+555/2010)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei Complementar 147, de 13 de março de 2012*. Dispõe sobre a concessão de aposentadoria especial a servidores que exerçam atividades sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos termos do art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal. Disponível na internet. In: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D3311E4781BA6D58894B8740A58591E5.node1?codteor=970086&filename=PLP+147/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D3311E4781BA6D58894B8740A58591E5.node1?codteor=970086&filename=PLP+147/2012)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Proposta de Emenda à Constituição 449, de 16 de dezembro de 2009*. Altera o artigo 40 da Constituição Federal, para instituir a aposentadoria especial dos servidores públicos. Disponível na internet. In: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=726820&filename=PEC+449/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=726820&filename=PEC+449/2009)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946*. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967*. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BRASIL. *Decreto 48.959-A, de 19 de setembro de 1960*. Aprova o Regulamento Geral da Previdência Social. Disponível na internet. In: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1960/48959a.htm>>. Acesso em: 15 set. 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto 53.831, de 25 de março de 1964*. Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 agosto de 1960. Disponível na internet. In: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1964/53831.htm>>. Acesso em: 15 set. 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto 63.230, de 10 de setembro de 1968*. Dispõe sobre a aposentadoria especial de que trata o artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D63230.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D63230.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 72.771, de 6 de setembro de 1973*. Aprova regulamento da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, com as alterações introduzidas pela Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973. Disponível na internet. In: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1973/72771.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 77.077, de 24 de janeiro de 1976*. Expede a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS). Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D77077.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D77077.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 83.080, de 24 de janeiro de 1979*. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Disponível na internet. In: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1979/83080.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 89.312, de 23 de janeiro de 1984*. Expede nova edição de Consolidação das Leis da Previdência Social. Disponível na internet. In: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1984/89312.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 357, de 7 de dezembro de 1991*. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Disponível na internet. In: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1991/357.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 611, de 21 de julho de 1992*. Dá nova redação ao Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 357, de 7 de dezembro de 1991, e incorpora as alterações da legislação posterior. Disponível na internet. In: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1992/611.htm>>. Acesso em 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 2.172, de 5 de março de 1997*. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Disponível na internet. In: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1997/2172.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999*. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto 8.123, de 16 de outubro de 2013*. Altera dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, no que se refere à aposentadoria especial. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8123.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BRASIL. *Decreto-lei 1.713, de 28 de outubro de 1939*. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. Disponível na internet. In: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1713.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1713.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BRASIL. *Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional 3, de 17 de março de 1993*. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998*. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003*. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional 47, de 5 de julho de 2005*. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc47.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc47.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

**BRASIL**. *Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960*. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível na internet. In: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1960/3807.htm>>. Acesso em: 15 set. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei 5.440-A, de 23 de maio de 1968*. Altera o artigo 31 e dá nova redação ao artigo 32 e seu § 1º da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social). Disponível na internet. In: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1968/5440.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 5.527, de 8 de novembro de 1968*. Restabelece, para as categorias profissionais que menciona, o direito à aposentadoria especial de que trata o artigo 31 da Lei número 3.807, de 26 de agosto de 1960, nas condições anteriores. Disponível na internet. In: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1968/5527.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 5.890, de 8 de junho de 1973*. Altera a legislação de Previdência Social e dá outras providências. Disponível na internet. In: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1973/5890.htm>>. Acesso em 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 6.643, de 14 de maio de 1979*. Acrescenta parágrafo ao artigo 9º da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, que altera a Legislação de Previdência Social e dá outras providências. Disponível na internet. In: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1979/6643.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 6.887, de 10 de dezembro de 1980*. Altera a legislação da Previdência Social Urbana e dá outras providências. Disponível na internet. In: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1980/6887.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 8.688, de 21 de julho de 1993*. Dispõe sobre as alíquotas de contribuição para o Plano de Seguridade do servidor público civil dos Poderes da União, das autarquias e das fundações públicas, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8688.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.032, de 28 de abril de 1995*. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9032.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997*. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1991/..%5C1997%5C9528.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.717, de 27 de novembro de 1998*. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9717.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998*. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9732.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9732.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BRASIL. *Medida Provisória 1.523, de 11 de outubro de 1996*. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/1996/1523.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória 1.663-10, de 28 de maio de 1998*. Dispõe sobre a recuperação de haveres do Tesouro Nacional e do Instituto Nacional do seguro Social – INSS, a utilização de Título da Dívida Pública, de responsabilidade do Tesouro Nacional, na quitação de débitos com o INSS, altera dispositivos das Leis nºs 7.986, de 28 de dezembro de 1989, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/1998/1663-10.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória 1.729, de 2 de dezembro de 1998*. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1729.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1729.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Medida Provisória 2.187-13, de 24 de agosto de 2001*. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios mantidos pela Previdência Social, e altera dispositivos das Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.604, de 5 de fevereiro de 1998, 9.639, de 25 de maio de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, e 9.796, de 5 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível na internet. In: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2187-13.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2187-13.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), Secretaria de Recursos Humanos (SRH). *Orientação Normativa 6, de 21 de junho de 2010*. Estabelece orientação aos órgãos e entidades integrantes do SIPEC quanto à concessão de aposentadoria especial de que trata o art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (Regime Geral de Previdência Social), aos servidores públicos federais amparados por Mandados de Injunção. Disponível na internet. In: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/Downloads/file?ORIENTA%C3O%20NORMATIVA%20%206%20-%202010.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Orientação Normativa 10, de 5 de novembro de 2010*. Estabelece orientação aos órgãos e entidades integrantes do SIPEC quanto à concessão de aposentadoria especial de que trata o art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (Regime Geral de Previdência Social), aos servidores públicos federais amparados por Mandados de Injunção. Disponível na internet. In: <<https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/Downloads/file?ON%2010-2010.pdf>>. Acesso em 19 jan. 2014.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), Secretaria de Gestão de Pessoas (SEGEP). *Orientação Normativa 16, de 23 de dezembro de 2013*. Estabelece orientações aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC quanto aos procedimentos necessários à análise dos processos de aposentadoria especial com fundamento no art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dos servidores públicos federais amparados por decisão judicial em mandado de injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União, 24 dez. 2013, S. 1, p. 136.

BRASIL. Ministério da Previdência Social (MPS), Secretaria de Políticas de Previdência Social (SPS). *Instrução Normativa 1, de 22 de julho de 2010*. Estabelece instruções para o reconhecimento do tempo de serviço público exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física pelos regimes próprios de previdência social para fins de concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos amparados por Mandado de Injunção. Disponível na internet. In: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/MPS-SPS/2010/1.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2014.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado 68, de 18 de março de 2003 (Complementar)*. Regulamenta o § 4º do artigo 40 da Constituição, dispondo sobre a concessão de aposentadoria a servidores públicos, nos casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Disponível na internet. In: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=38204&tp=1>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *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. Recurso Especial nº 1.205.482/SC. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e A. Z.. Relator: Ministro Gilson Dipp. Acórdão de 23.11.2010. Unânime. DJe, 06.12.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial*. Violação do art. 535 do CPC não configurada. Matéria repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recurso representativo de controvérsia. Previdenciário. Tempo especial e comum. Conversão. Possibilidade. Art. 9º, § 4º, da Lei 5.890/1973, introduzido pela Lei 6.887/1980. Critério. Lei aplicável. Legislação vigente quando preenchidos os requisitos da aposentadoria. Recurso Especial nº 1.310.034/PR. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e J. C. T. S. Relator: Ministro Herman Benjamin. Acórdão de 24.10.2012. Unânime. DJe, 19.12.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Previdenciário*. Reconhecimento de atividade especial após 1998. MP n. 1.663-14, convertida na Lei n. 9.711/1998 sem revogação da regra de conversão. Recurso Especial nº 1.151.363/MG. Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e A. T. S. Relator: Ministro Jorge Mussi. Acórdão de 23.03.2011. Unânime. DJe, 05.04.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Aposentadoria – Trabalho em condições especiais – Prejuízo à saúde do servidor – Inexistência de lei complementar – Artigo 40, § 4º, da Constituição Federal. *Mandado de Injunção nº 721-7/DF. M. A. M. e Presidente da República*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 30.08.2007. Unânime. DJe, 30.11.2007. Íntegra disponível na internet, in: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos declaratórios – Prestação jurisdicional*. Os embargos declaratórios visam ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, devendo, por isso mesmo, merecer compreensão por parte do órgão julgador. Aposentadoria especial – Servidor público – Trabalho em ambiente insalubre – Parâmetros. Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei nº 8.213/91, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima. Embargos de Declaração no Mandado de Injunção nº 758-6/DF. C. H. M. e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Unânime. Acórdão de 08.04.2010. DJe, 14.05.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo regimental no mandado de injunção*. Aposentadoria especial dos servidores públicos. Art. 40, § 4º, da Constituição da República. Ausência de dever constitucional de legislar acerca da contagem diferenciada por tempo de serviço prestado por servidores públicos em condições especiais. Provimento do agravo regimental. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 2.140/DF. União e D. S.. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux. Maioria. Acórdão de 06.03.2013. DJe, 27.08.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Previdenciário*. Constitucional. Arguição de Inconstitucionalidade. § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Aposentadoria especial. Vedação de percepção por trabalhador que continua na ativa, desempenhando atividade em condições especiais. Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação/Reexame Necessário nº 5001401-77.2012.404.0000/RS. 5ª Turma do TRF-4ª R. (suscitante); Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), União e L. G. V. Relator: Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Acórdão de 24.05.2012. Maioria. Disponível na internet. In: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=5001](http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=5001)>.



---

## A LIMITAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE PELO ANEXO III DO DECRETO N. 3.048/99: UMA ANÁLISE DE ACORDO COM OS LIMITES DO PODER REGULAMENTAR

---

*Fernanda de Antoni  
Procuradora Federal*

SUMARIO: Introdução; 1 O auxílio-acidente; 1.1 Conceito; 1.2 Características e segurados aptos a receber o benefício; 1.3 Caráter indenizatório do benefício; 1.4 A indenização por acidentes do trabalho na legislação brasileira; 1.4.1 Lei n. 5.317/67: pecúlio e auxílio-acidente; 1.4.2 Lei n. 6.367/76: Auxílio-suplementar e Auxílio-acidente; 1.4.3 Lei n. 8.213/91 e alterações posteriores; 1.4.4 Decreto n. 3048, de 06 de maio de 1999; 2 O poder regulamentar; 2.1 Conceito e aspectos gerais; 2.2 O regulamento autônomo no direito brasileiro; 2.3 Limites do poder regulamentar diante do Princípio da Legalidade; 2.4 Controle dos atos regulamentares e omissão de regulamentação; 2.5 Apontamentos sobre discricionariedade técnica e formas de controle judicial; 3 O anexo III do Decreto n. 3.048/99 à luz do poder regulamentar; 3.1 O auxílio-acidente no regulamento da Previdência Social; 3.2 Anexo III do Decreto n. 3.048/99: rol taxativo ou exemplificativo?; 3.3 O Parecer n. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU: mudança de entendimento na seara administrativa; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo analisa a limitação das hipóteses de concessão do auxílio-acidente pelo Decreto n. 3.048/99 diante dos limites do poder regulamentar. Através de revisão bibliográfica, bem como jurisprudencial, ponderaremos se o artigo 104 do Decreto n. 3.048/99, ao delimitar as hipóteses de concessão de auxílio-acidente àquelas Previstas no Anexo III, de fato excedeu os limites do poder regulamentar, uma vez que o Anexo III pode ter gerado uma restrição indevida de caráter primário aos direitos dos segurados, o que somente poderia ser estipulado por lei, já que o artigo 86 da Lei n. 8.213/91, que estabelece os requisitos para o benefício, não fez qualquer menção de delimitação. Ainda, estudaremos a relação entre discricionariedade técnica e a atuação da perícia médica do INSS nos casos de concessão do auxílio-acidente, especialmente após a edição do Parecer N. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU. Referido parecer, coadunando-se com a jurisprudência e doutrina majoritárias, alterou o entendimento da Administração, passando a elencar o rol do Anexo III do Regulamento da Previdência Social como exemplificativo, não mais taxativo. Assim, vislumbra-se a possibilidade de maior concessão de benefícios na seara administrativa, uma vez que a perícia médica do INSS deve apenas buscar verificar se o caso do segurado se enquadra no artigo 86, uma vez que a relação do Anexo III do Decreto n. 3.048/99 não pode ser vista como exaustiva, já que restringe o direito dos segurados de forma demasiada e não permitida pelo artigo legal que estabelece os requisitos do benefício.

**PALAVRAS-CHAVE:** Auxílio-Acidente. Delimitação das Hipóteses de Concessão. Limites do Poder Regulamentar. Discricionariedade Técnica.

**ABSTRACT:** The present study analyses the limitation of the hypotheses of granting worker's compensation by Decree n. 3.048/99 facing the limits of regulatory power. Through bibliographic as well as judicial revision, we shall examine if the article 104 of Decree n. 3.048/99, by defining the hypotheses of granting worker's compensation set out in Annex III, in fact exceeded the limits of regulatory power, since Annex III may have generated an inadmissible impediment of primary character to the rights of the insured, which could only be stipulated by law, since article 86 of Law n. 8.213/91, which establishes the requisites for the benefit, did not make any mention of delimitation. What's more, we will study the relation between technical discretion and the actions of the medical examination of the INSS in the cases of granting worker's compensation, especially after the edition of Opinion N. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU. The above opinion, being in line with the majoritarian case law and doctrine, altered the understanding of the Administration, listing the roll of Annex III of the Regulation of Social Welfare as an example and not as adamant any more. This way, the possibility of greater granting of benefits is visible in the administrative sphere, since the INSS medical examination

should only seek to verify if the case of the insured fits in article 86, since the relation of Annex III of Decree n. 3.048/99 cannot be seen as exhaustive because it limits the right of the insured too much and it is not allowed by the legal article that establishes the requisites of the benefit.

**KEYWORDS:** Worker's Compensation. Definition of Granting Hypotheses. Limits of Regulatory Power. Technical Discretion.

### INTRODUÇÃO

O benefício de auxílio-acidente, previsto no artigo 86, caput, da Lei n. 8.213/91, deve ser concedido ao segurado que, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, fique com sequelas que reduzam sua capacidade para o trabalho habitual.

O artigo 104 do Decreto n. 3.048/99, por sua vez, traz o mesmo conceito, mas delimita a concessão do benefício às situações previstas no Anexo III do próprio Decreto.

Tal delimitação não é admitida pela doutrina e nem pela jurisprudência majoritárias, que classificam o rol do Anexo III de meramente exemplificativo. No entanto, a seara administrativa entende que o rol é taxativo, e somente concede o benefício em suas estritas hipóteses, causando um crescente volume de demandas judiciais tendo em vista a discrepância de entendimentos.

Os tribunais brasileiros justificam o seu posicionamento afirmando que a Administração Pública, ao regulamentar a concessão do auxílio-acidente, não observou os limites regulamentares, extrapolando-os, já que a legislação previdenciária não delimita as hipóteses de concessão àquelas previstas em regulamento.

Já a Administração Pública defende a aplicação do Decreto n. 3.048/1999, Anexo III, uma vez que sua atuação está atrelada ao princípio da legalidade estrita, não podendo conceder benefícios previdenciários fora das hipóteses legalmente admitidas sob pena de ferir a Constituição Federal.

Neste estudo pretendemos, sem esgotar o tema, analisar se o artigo 104 do Decreto n. 3.048/99, ao delimitar as hipóteses de concessão de auxílio-acidente àquelas Previstas no Anexo III, de fato excedeu os limites do poder regulamentar, diante da sua evidente relevância na esfera jurídica e também para os cofres públicos, face aos prejuízos que podem vir a ser causados aos segurados da Previdência Social, de um lado, e ao INSS, de outro.

Neste contexto, o presente estudo abrangerá, no Capítulo I, uma análise sobre o conceito e requisitos do auxílio-acidente, bem como um apanhado histórico sobre a indenização decorrente do acidente de trabalho na legislação brasileira. No Capítulo II tratar-se-á do poder regulamentar, conceito e limites diante do princípio da legalidade, bem como a sua relação com a discricionariedade técnica. Por fim, no Capítulo III, será examinada

a validade das limitações de hipóteses de concessão de benefício de auxílio-acidente previstas no Anexo III do Regulamento da Previdência Social.

## 1 O AUXÍLIO-ACIDENTE

### 1.1 Conceito

Até o advento da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, as legislações previdenciária e acidentária eram veiculadas por diplomas distintos. Os benefícios acidentários eram regidos pela Lei n. 5.317/67 e, posteriormente, pela Lei n. 6.367/76, enquanto os benefícios previdenciários eram regidos pela chamada Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, Lei n. 3.807/1960. Com a chamada Lei do Regime Geral de Previdência Social (Lei do RGPS, n. 8.213/91), a legislação previdenciária e acidentária foi unificada em um mesmo diploma legal.

O benefício de auxílio-acidente, hoje previsto no artigo 86 da Lei n. 8.213/91 (Lei do RGPS), é uma indenização paga pela Previdência Social àqueles segurados que tem sua capacidade laborativa reduzida em virtude de acidente de qualquer natureza, após a consolidação das lesões.

Tal benefício não pode ser confundido com o auxílio-doença. De acordo com Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>1</sup>:

Não há porque confundi-lo com o auxílio-doença: este somente é devido enquanto o segurado se encontra incapaz, temporariamente, para o trabalho; o auxílio-acidente, por seu turno, é devido após a consolidação das lesões ou perturbações funcionais de que foi vítima o acidentado, ou seja, após a “alta médica”, não sendo percebido juntamente com o auxílio-doença, mas somente após a cessação deste último – Lei do RGPS, art. 86, § 2º.

Diante do acima exposto, verifica-se que o auxílio-doença é concedido no período de convalescência, ou seja, quando ocorrida a lesão, o segurado que permanece temporariamente incapaz terá direito a este benefício até que se recupere. Após a consolidação da lesão, ou seja, após o período de convalescência, se restaram sequelas que reduzem a capacidade laborativa específica, o benefício a ser concedido é o auxílio-acidente.

Em seu artigo 86, originalmente, o benefício de auxílio-acidente somente era devido nos casos de acidente do trabalho, como nas redações das Leis que antecederam a Lei n. 8.213/91. Apenas com o advento da Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, que a redação do artigo foi modificada para que o benefício de auxílio-acidente abarcasse a redução da capacidade oriunda de lesões de “acidentes de qualquer natureza”, e não somente de acidente de trabalho.

<sup>1</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 671.

Vale dizer, por fim, que o acidente de qualquer natureza, causa da concessão do presente benefício, está conceituado no parágrafo único do artigo 30 do Decreto n. 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social – RPS):

Parágrafo único. Entende-se como acidente de qualquer natureza ou causa aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda, ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa.

## 1.2 Características e segurados aptos a receber o benefício

O auxílio-acidente é um benefício que apresenta certas peculiaridades em relação aos demais benefícios da Previdência Social, sendo a principal delas o seu caráter indenizatório, não substitutivo de renda, o que será analisado mais detidamente no item a seguir.

A renda mensal do auxílio-acidente, atualmente, é de 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício. Note-se que a renda mensal do auxílio-acidente foi alterada com a publicação da Lei n. 9.032, em 28/04/1995. Na redação original do artigo 86 da Lei do RGPS, a renda do auxílio-acidente variava entre 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) e 60% (sessenta por cento), conforme o § 1º, de acordo com o enquadramento nas hipóteses dos incisos I, II ou III do artigo (inciso I, 30%, inciso II, 40% e inciso III, 60%).

Há que se destacar ainda que, anteriormente à alteração legislativa efetuada pela Lei n. 9.032/95, o percentual era calculado ou sobre o salário-de-contribuição do dia do acidente ou sobre o salário-de-benefício. Atualmente, o percentual é aplicado exclusivamente sobre o salário-de-benefício, conforme determina o artigo 86, § 1º, na redação atual<sup>2</sup>.

A concessão do auxílio-acidente independe de carência, conforme se verifica na redação do artigo 26, I, da Lei n. 8.213/91.

Uma particularidade importante do auxílio-acidente é a restrição aos segurados que estão aptos a receber o benefício.

O artigo 18, § 1º, da Lei n. 8.213/91, estabelece que o auxílio-acidente somente é devido ao segurado empregado, ao trabalhador avulso e ao segurado especial. O artigo 104 do Decreto n. 3.048/99 também é enfático neste sentido, ao referir que o auxílio-acidente será concedido “*ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial*”.

<sup>2</sup> O salário-de-contribuição e o salário-de-benefício são coisas distintas. Salário-de-contribuição é a base de cálculo das contribuições dos segurados, e está disciplinada na Lei n. 8.212/91 (Lei de Custeio da Previdência Social). Já o salário-de-benefício é a base de cálculo dos benefícios do RGPS. É “a média atualizada dos valores, sobre os quais o recolhimento estava autorizado, considerados no período de apuração, e cujo resultado servirá de importância básica para o estabelecimento da renda mensal inicial dos benefícios de prestação continuada” de acordo com Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior. As regras para aferição do salário-de-benefício se encontram nos artigos 28 a 32 da Lei n. 8.213/91 (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 133-134).

Diante do exposto, as demais categorias de segurados, destacando-se os contribuintes individuais, os facultativos e os empregados domésticos, não estão aptos a receber o benefício, mesmo que venham a se enquadrar na hipótese do artigo 86.

A questão é pacífica na jurisprudência. Citamos, por todos, os seguintes acórdãos:

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. INSS. AUXÍLIO-ACIDENTE. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. Consoante disciplina expressamente o § 1º do artigo 18 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, tem direito à percepção do benefício auxílio-acidente, nas hipóteses em que preenchidos os pressupostos do artigo 86 do mesmo diploma legal, o segurado empregado (art. 11, inciso I), o trabalhador avulso (art. 11, inciso IV) e o segurado especial (art. 11, inciso VII). O trabalhador autônomo, espécie de contribuinte individual, não se enquadra no dispositivo supra. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (TJRS. Apelação Cível Nº 70054002316, Nona Câmara Cível, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 15/05/2013)

PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-ACIDENTE - ART. 18, §1º DO CPC - SEGURADO NÃO EMPREGADO. DESCABIMENTO. I- O autor não faz jus à concessão do benefício de auxílio-acidente, nos termos do art. 18, §1º, da Lei nº 8.213/91, vez que estava filiado à Previdência Social, como contribuinte individual, à época da fixação do início de sua incapacidade laboral. II- Não há condenação do autor ao ônus da sucumbência, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence) III- Remessa Oficial tida por interposta e Apelação do réu providas. (TRF3. AC 00081876520114039999, Décima Turma, Relator: Desembargador Federal Sergio Nascimento, e-DJF 30/05/2012)

Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior<sup>3</sup> criticam a restrição de segurados aptos a receber o auxílio-acidente. Para os referidos autores, tal restrição somente era cabível até a modificação introduzida pela Lei n. 9.032/95, que estendeu a cobertura do benefício dos acidentes do trabalho para acidentes de qualquer natureza. A partir deste marco “*a limitação subjetiva torna-se difícil de ser justificada*”.

A nosso ver, o legislador fez uma opção ao restringir os segurados que tem direito a receber o auxílio-acidente, tendo em vista os princípios constitucionais da distributividade e seletividade, uma vez que tal benefício tem caráter indenizatório, e não substitutivo de remuneração. De acordo com o princípio da seletividade, o legislador pode selecionar as prestações previdenciárias disponibilizadas aos segurados e também quais segurados terão direito a que benefícios. Já pela distributividade, se elegem as necessidades que serão atendidas de forma prioritária. Conforme os próprios

3 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 318.

autores acima citados, a distributividade na seguridade social “*permitirá que determinadas prestações não sejam alcançadas a quem não tiver necessidade*”<sup>4</sup>.

Deste modo, os princípios da seletividade e da distributividade, veiculados no artigo 194, p. único, III, da Constituição Federal, embasam a escolha do legislador de restringir os segurados aptos a receber o benefício, tornando a restrição constitucional.

### 1.3 Caráter indenizatório do benefício

Diferentemente dos demais benefícios previdenciários, o auxílio-acidente não possui a característica de ser substitutivo da remuneração do segurado. O seu caráter é indenizatório ou complementar, pois o intuito do benefício é compensar financeiramente o segurado que sofreu acidente de qualquer natureza e, após a consolidação das lesões, restou com a sua capacidade laboral reduzida. Isso porque o segurado continua inserido no mercado de trabalho, muito embora com limitações.

O caráter indenizatório do benefício de auxílio-acidente é pacífico na jurisprudência pátria. Citamos, por todos, o seguinte julgado:

INSS. AUXÍLIO-ACIDENTE. RMI INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO INDENIZATÓRIO, QUE NÃO SUBSTITUI A RENDA DO TRABALHADOR. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL E SUSPENSÃO DE PROCESSOS IDÊNTICOS DETERMINADO PELO STF. SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO AFASTADO. Desproveram o apelo. Unânime. (Apelação Cível Nº 70040162760, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 28/04/2011, grifos nossos)

Desta forma, o auxílio-acidente pode ser recebido cumulativamente com a remuneração do segurado.

Tendo em vista a sua natureza complementar, a renda do auxílio-acidente poderá ser inferior ao salário mínimo, não sendo necessária, no caso, a observância da regra do artigo 201, § 2º, da Constituição Federal: “*Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário-mínimo*”.

Neste sentido, explicita Marina Vasques Duarte<sup>5</sup>:

A renda mensal do auxílio-acidente pode ser inferior a um salário-mínimo, pois não se aplica a esse benefício a regra do valor mínimo de um salário, já que o objetivo não é substituir o rendimento do segurado, mas complementá-lo, indenizar a redução da capacidade laborativa.

A jurisprudência também acolhe o entendimento acima exposto:

<sup>4</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>5</sup> DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005. p. 202.

PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. BENEFÍCIO DE AUXÍLIO SUPLEMENTAR. CÁLCULO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DA LEI 8.213/91, ARTS. 86, § 1º, LEI 9.032/95.

- O benefício de auxílio-acidente não tem índole substitutiva salarial, sendo passível de aplicação em valor inferior ao mínimo, conforme determina o art. 40, do Decreto nº 2.172/97.

- A Lei 9.032/95 unificou o percentual do auxílio-acidente em 50% e sua incidência passou a ser calculada exclusivamente sobre o salário-de-benefício.

(STJ. REsp. 226.354-SC, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 01/08/2000.)

#### 1.4 A indenização por acidentes do trabalho na legislação brasileira

##### 1.4.1 Lei n. 5.317/67: Pecúlio e Auxílio-acidente

A Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, Lei n. 3.807/1960, não previa nenhuma espécie de benefício indenizatório por acidentes de trabalho.

Tal cobertura passou a existir após a Constituição Federal de 1967, com a promulgação da Lei n. 5.316, de 14/09/1967, que integrou o seguro de acidentes do trabalho na Previdência Social.

Nesta legislação, havia dois benefícios passíveis de concessão para acidentes do trabalho: pecúlio e o auxílio-acidente. A definição pela concessão de um ou de outro benefício se dava pelo percentual de redução da capacidade constatado, conforme os artigos 7º e 8º.

Se a redução permanente da capacidade para o trabalho fosse igual ou inferior a 25% (vinte e cinco por cento), haveria o pagamento de um pecúlio *“resultante da aplicação da percentagem da redução à quantia correspondente a 72 (setenta e duas) vezes o maior salário-mínimo mensal vigente no País na data do pagamento do Pecúlio”* (artigo 8º). Por outro lado, se a redução fosse superior a 25%, seria pago o auxílio-acidente, nos termos do artigo 7º:

Art. 7º A redução permanente da capacidade para o trabalho em percentagem superior a 25% (vinte e cinco por cento) garantirá ao acidentado, quando não houver direito a benefício por incapacidade ou após sua cessação, e independentemente de qualquer remuneração ou outro rendimento, um “auxílio-acidente” mensal, reajustável na forma da legislação previdenciária, calculado sobre o valor estabelecido no item II do art. 6º e correspondente à redução verificada.

A Lei n. 5.316/67 foi regulamentada pelo Decreto n. 61.784, de 28 de novembro de 1967. No que tange ao auxílio-acidente e ao pecúlio, o Decreto tratou basicamente do cálculo da renda de cada um dos benefícios, nos artigos 23 a 28. Não há, em seus artigos, delimitações de situações



fáticas que ensejariam a concessão de um ou outro benefício. Isso foi introduzido em legislação posterior, como veremos a seguir.

#### 1.4.2 Lei n. 6.367/76: Auxílio-suplementar e Auxílio-acidente

Em 19/10/1976, foi promulgada a Lei n. 6.367, que extinguiu o pecúlio e inovou ao separar os benefícios indenizatórios em auxílio-suplementar ou auxílio-acidente.

De acordo com o artigo 6º daquele diploma legal, o auxílio-acidente era devido quando as lesões consolidadas importavam em supressão da capacidade para o exercício da atividade habitual (incapacidade total), mas com possibilidade de reabilitação para outra atividade.

Tal benefício era fixado no patamar de 40% do salário-de-contribuição do mês do acidente, era acumulável com benefício de aposentadoria e dava direito ao abono anual:

Art. 6º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, permanecer incapacitado para o exercício da atividade que exercia habitualmente, na época do acidente, mas não para o exercício de outra, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a auxílio-acidente.

§ 1º O auxílio-acidente, mensal, vitalício e independente de qualquer remuneração ou outro benefício não relacionado ao mesmo acidente, será concedido, mantido e reajustado na forma do regime de Previdência Social do INPS e corresponderá a 40% (quarenta por cento) do valor de que trata o inciso II do artigo 5º desta Lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

§ 2º A metade do valor do auxílio-acidente será incorporada ao valor da pensão quando a morte do seu titular não resultar de acidente do trabalho.

§ 3º O titular do auxílio-acidente terá direito ao abono anual.

O auxílio-suplementar, por sua vez, vinha previsto no artigo 9º da Lei nº 6.367/76, e era devido quando as lesões consolidadas importavam em simples redução da capacidade para o exercício da atividade habitual (incapacidade parcial), desde que as sequelas estivessem enquadradas no decreto regulamentador previamente expedido pelo Poder Executivo:

Art. 9º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como seqüelas definitivas, perdas anatômica ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social - MPAS, as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho,

fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do artigo 5º desta Lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo único. Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo de pensão. (grifos nossos)

Tal benefício era fixado no patamar de 20% do salário-de-contribuição do mês do acidente, era inacumulável com benefício de aposentadoria e não dava direito ao abono anual.

A relação mencionada no caput do artigo 9º veio com a regulamentação da Lei nº 6.367, tendo primeiramente constado no Anexo III do Decreto nº 79.037/1976 e posteriormente sido replicada no Anexo VII do Decreto nº 83.080/79.

Tanto num como noutro Decreto, os anexos em questão receberam o título “Relação das situações que dão direito ao auxílio-suplementar”. Note-se que no caso da Lei n. 6.367/76, diferentemente da legislação atual (Lei n. 8.213/91), o artigo 9º expressamente referia-se às situações elencadas no decreto como as únicas possíveis de ensejar a concessão do benefício. No entanto, a jurisprudência já caminhava no sentido de entender que este rol era apenas exemplificativo, o que será aprofundado em capítulo específico.

#### 1.4.3 Lei n. 8.213/91 e Alterações Posteriores

Conforme já referido no início deste capítulo, a Lei n. 8.213/91, de 24/07/1991, unificou a legislação de acidentes do trabalho e a legislação previdenciária, até então apartadas, trazendo todas as disposições sobre benefícios previdenciários e acidentários em um só diploma legal. Ainda, extinguiu o auxílio-suplementar, concentrando todas as hipóteses de indenização por redução da capacidade laborativa no auxílio-acidente.

Na redação original, o artigo limitou a concessão do benefício para acidentados do trabalho e definiu graus de redução, com consequentes percentuais de concessão do benefício para cada um deles, nos incisos I, II e III e § 1º:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar seqüela que implique:

I - redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional;

II - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não o de outra, do mesmo nível de complexidade, após reabilitação profissional; ou

III - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém não o de outra, de nível inferior de complexidade, após reabilitação profissional.

§ 1º O auxílio-acidente, mensal e vitalício, corresponderá, respectivamente às situações previstas nos incisos I, II e III deste artigo, a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta por cento) do salário-de-contribuição do segurado vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior a esse percentual do seu salário-de-benefício.

A Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, ampliou as hipóteses de concessão do benefício para as sequelas permanentes de acidentes de qualquer natureza:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza que impliquem em redução da capacidade funcional. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Ainda, no § 1º, unificou o percentual de concessão para 50% do salário de benefício.

Até o advento da Lei n. 9.528, de 10/12/1997, o auxílio-acidente tinha caráter de vitaliciedade, conforme já explicitado. A alteração legislativa promovida com esta lei estabeleceu como termo final do benefício a concessão de aposentadoria:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. [Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997]

[...].

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

#### 1.4.4 Decreto n. 3048, De 06 de maio de 1999

A redação do artigo 86 da Lei n. 8.213/91, ao contrário da redação do artigo 9º da Lei n. 6.367/76, em nenhum momento limitou a concessão do benefício de auxílio-acidente às hipóteses determinadas no decreto regulamentar.

De todo o modo, a Lei n. 8.213/91, inicialmente regulamentada pelo Decreto n. 611, de 21 de julho de 1992, hoje é regulamentada pelo Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. As disposições regulamentares do auxílio-acidente estão no artigo 104 do Decreto, que, no *caput*, com redação dada pelo Decreto n. 4.729, de 09/06/2003, refere o seguinte:

Art.104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva, *conforme as situações discriminadas no anexo III*, que implique: (grifos nossos).

O Anexo III, por sua vez, traz nove quadros com situações que dão ensejo ao benefício, elencando diversas lesões em órgãos e membros do corpo humano. O Anexo é intitulado *“Relação das situações que dão direito ao auxílio-acidente”*.

Diante da exposição acima, verifica-se que, enquanto a Lei n. 8.213 não limita as situações que dão ensejo ao benefício de auxílio-acidente ao disposto em Decreto, o Decreto n. 3.048/99, no artigo 104, está delimitando a concessão do benefício às situações que estejam discriminadas no Anexo. Assim, é possível que os limites do poder regulamentar tenham sido excedidos, o que será objeto de estudo em capítulo específico.

## 2 O PODER REGULAMENTAR

### 2.1 Conceito e aspectos gerais

O Poder Legislativo, muitas vezes, ao editar leis, não esgota todas as possibilidades para que estas sejam executadas. Assim, fica a cargo da Administração a edição de normas complementares, também dotadas de generalidade e abstração, para possibilitar a efetiva aplicação daquelas. E a isto chamamos de poder regulamentar.

Conforme Diógenes Gasparini<sup>6</sup>, poder regulamentar é *“a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo para, mediante decreto, expedir atos normativos, chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la”*.

Assim, o regulamento é o ato emanado do Chefe do Poder Executivo, em caráter privativo e indelegável, cuja finalidade é explicar a lei para sua correta execução.

A doutrina afirma que o poder regulamentar não se trata de uma atribuição ou faculdade, e sim de um poder-dever da Administração Pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>7</sup> ressalta que este é *“reconhecido ao poder público para que o exerça em prol da coletividade”*, sendo, portanto, irrenunciável.

O poder regulamentar é uma atribuição originária da Administração Pública, de acordo com Diógenes Gasparini<sup>8</sup>. Segundo o autor, muitos pensam que se trata de atribuição derivada, pois em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal e as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas sempre outorgaram expressamente a atribuição de regulamentar ao Chefe do Executivo. No entanto, tal afirmação seria equivocada:

6 GASPARINI, DIÓGENES. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 121.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 86.

8 GASPARINI, op. cit., p. 123.

Com efeito, para expedir os atos que visam executar as leis, o Executivo não necessita de qualquer autorização *legal específica ou constitucional genérica*. O regulamento é o primeiro passo para a execução da lei, e essa execução é atribuição do Executivo. Por esse motivo, mesmo que silentes a lei e a Constituição, no que se refere ao poder competente para regulamentar, essa atribuição é do executivo, porque fluente da sua própria função. (grifos do autor)

Já o ato regulamentar pode ser classificado como um ato normativo de natureza secundária ou derivada, somente podendo ser exercido de acordo com a lei preexistente. Para diferenciação, as leis são atos normativos de natureza primária ou originária. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>9</sup> afirma que “o ato normativo derivado, por excelência, é o regulamento”.

Ressalte-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho<sup>10</sup>, sobre os limites do poder regulamentar típico:

Neste aspecto, é importante observar que só se considera poder regulamentar típico a atuação administrativa de complementação das leis, ou atos análogos a elas. Daí seu caráter derivado. Há alguns casos, todavia, em que a Constituição autoriza determinados órgãos a produzirem atos que, tanto como as leis, emanam diretamente da Carta e têm natureza primária; inexistente qualquer ato de natureza legislativa que se situe em patamar entre a Constituição e o ato de regulamentação, como ocorre com o poder regulamentar. Serve como exemplo o art. 103-B, da CF, inserido pela E.C. 45/2004, que, instituindo o Conselho Nacional de Justiça, conferiu a esse órgão atribuição para “expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”. A despeito dos termos da expressão (“atos regulamentares”), tais atos não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar; como terão por escopo regulamentar a própria Constituição, serão eles *autônomos e de natureza primária*, situando-se no mesmo patamar em que se alojam as leis dentro do sistema de hierarquia normativa. (grifos do autor)

O instrumento do poder regulamentar é primordialmente o decreto. Tal exigência decorre do artigo 84, IV, da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Na prática, verifica-se que o poder normativo também é exercido por diversas autoridades administrativas através de atos como Instruções Normativas, Resoluções ou Portarias, com âmbito de aplicação bem mais restrito. Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>11</sup>, tais atos, ao regulamentarem o

9 DI PIETRO, op. cit. p. 87.

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 53.

11 *Ibidem*, p. 53.

regulamento, são os atos de regulamentação de segundo grau. Ainda, a lei pode especificar ato de natureza diversa do decreto para a sua regulamentação, mas tendo este natureza de ato regulamentar, será fruto do poder regulamentar.

Há ainda que se destacar que o artigo 84 confere poder regulamentar ao Presidente da República. No entanto, pelo princípio da simetria constitucional, tal poder também é atribuído aos chefes dos poderes executivos estadual e municipal, com a atribuição definida pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais.

De acordo com Diógenes Gasparini<sup>12</sup>, verifica-se que outros agentes também são dotados de atribuições normativas, como os Ministros de Estado (CF, art. 87, II) e as Agências Reguladoras, mas que não se trata, especificamente, de poder regulamentar nos termos definidos pela Constituição.

Com o advento das Agências Reguladoras, que são criadas para fiscalizar determinados setores da economia, já está se admitindo, no Brasil, uma nova forma de abordagem do poder regulamentar, sendo este o denominado “*delegation with standards*” ou delegação com parâmetros.

Neste modelo, o legislador edita normas básicas, com parâmetros políticos e legislativos, delegando a matéria de ordem técnica aos entes com conhecimento técnico e específico, como as Agências Reguladoras.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho<sup>13</sup>:

Trata-se de modelo atual do exercício do poder regulamentar, cuja característica básica não é simplesmente a de complementar a lei através de normas de conteúdo organizacional, mas sim de criar normas técnicas não contidas na lei, proporcionando, em consequência, inovação no ordenamento jurídico. Por esse motivo, há estudiosos que o denominam de poder regulador para distingui-lo do poder regulamentar tradicional.

[...]. É o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em cuja competência se insere a produção de normas técnicas para os setores de energia elétrica e telecomunicações, objeto de sua ação controladora.

Vejamos, também, os ensinamentos de Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>14</sup> sobre o tema da delegação com parâmetros:

Desenvolveu-se nos Estados Unidos a técnica dos *standards*, pela qual a lei se limita a estabelecer parâmetros, diretrizes, princípios, conceitos indeterminados, ficando para as agências a função de baixar normas reguladoras, que devem se conformar aos *standards* contidos na lei e na

<sup>12</sup> GASPARINI, op. cit. p. 125.

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, op. cit. p. 55.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania. Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. N. 9. Bahia: IBDP, 2007, fev/abr/maio 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>, ISSN 1981-1861, acesso em 16 out. 2013, 9h44min, p. 8.

Constituição. Segundo Bernard Schwartz, “o poder legislativo pode ser conferido ao ramo executivo, desde que a outorga de autoridade seja limitada por determinados padrões... O arbítrio conferido não pode ser tão amplo que se torne impossível discernir os seus limites. Outrossim, precisa haver certa intenção legislativa com a qual se deve harmonizar o exercício do poder delegado.” (in *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 350)

A criação das Agências Reguladoras no Brasil trouxe para a doutrina a discussão acerca da existência, ou não, de discricionariedade técnica. Discute-se se o Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, ao interpretar um conceito jurídico indeterminado de ordem técnica veiculado na lei, estaria exercendo o poder discricionário, bem como quais seriam os limites do controle judicial quando se está tratando de discricionariedade técnica. Dada a relevância do assunto para o estudo, tal item será melhor aprofundado a seguir.

## 2.2 O regulamento autônomo no direito brasileiro

Os atos regulamentares, em relação à lei, podem ser classificados como regulamentos de execução ou executivos, regulamentos delegados e regulamentos autônomos, na classificação efetuada por Diógenes Gasparini<sup>15</sup>. Já outros autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>16</sup> e José dos Santos Carvalho Filho<sup>17</sup> classificam os regulamentos em executivos e autônomos, somente.

No entanto, nem todas estas espécies de regulamento são admitidas em nosso ordenamento jurídico, conforme a maioria dos pensadores do direito administrativo brasileiro.

O regulamento executivo é aquele que tem por finalidade a complementação da lei, para a “sua fiel execução”, conforme a previsão constitucional do artigo 84, IV. O seu objetivo, desta forma, é possibilitar a aplicabilidade de uma lei.

Assim, a lei é o seu limitador, e se este for *contra legem* ou *ultra legem*, poderá ter seus efeitos sustados pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, V, da Constituição Federal.

Conforme Diógenes Gasparini<sup>18</sup>, “da lei que visa executar, o regulamento retira a sua legitimidade, de sorte que, com a desaparecimento daquela, ele desaparece”.

O regulamento delegado é aquele editado por uma autoridade competente para prover matéria reservada à lei, de acordo com uma norma legal. Dada a autorização para a edição de tal regulamento, há uma ampliação no espectro do poder regulamentar, com limitação nos parâmetros fixados na delegação. O direito brasileiro tradicionalmente não acolhe este tipo de regulamento, muito embora a doutrina já comece a admitir, no caso das Agências Reguladoras, a delegação com parâmetros, em que aspectos

15 GASPARINI, op. cit. p. 125.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 87.

17 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 59.

18 GASPARINI, op. cit. p. 125.

técnicos das matérias legais não são veiculados por lei, e sim por regulamento, conforme já explicitado no item anterior.

Por fim, os regulamentos autônomos ou independentes são aqueles que inovam na ordem jurídica, sendo editados pela autoridade competente para dispor sobre matérias reservadas ao Executivo pela Constituição. Ou seja, não há lei entre a Constituição e o regulamento, sendo que este deriva diretamente daquela, sem delegação prévia do Legislativo.

Há grande divergência doutrinária acerca da possibilidade de edição de regulamentos autônomos pelo Executivo no direito brasileiro.

Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirmam que o regulamento autônomo decorre dos poderes implícitos da Administração.

Grande parte dos pensadores do direito administrativo brasileiro, no entanto, afirmam que em nosso direito somente é admitido o regulamento de execução. Vejamos os dizeres de José dos Santos Carvalho Filho<sup>19</sup>:

Refletindo sobre o tema, entendemos que esta última posição é a que melhor se compatibiliza com o nosso sistema jurídico. Realmente, não conseguimos encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos. Está à mostra em nosso sistema político que ao Executivo foi apenas conferido o poder regulamentar derivado, ou seja, aquele que pressupõe a edição de lei anteriormente promulgada, que necessite do seu exercício para viabilizar a efetiva aplicação de suas normas.

A Constituição de 1967, em seu artigo 81, V, conferia ao Presidente da República competência para “*dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal*”, o que embasava a existência de regulamentos autônomos. Com a Constituição de 1988, desapareceu esta possibilidade, passando a ser o regulamento de execução a única hipótese, de acordo com o artigo 84, IV.

No entanto, a Emenda Constitucional n. 32/2001 reacendeu a polêmica, ao modificar o artigo 84, VI, excluindo a expressão “*na forma da lei*”. A redação passou a ser a seguinte:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...].

VI - dispor, mediante decreto, sobre: [Redação dada pela Emenda Constitucional n° 32, de 2001]

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional n° 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional n° 32, de 2001)

19 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 59.



Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>20</sup>, a partir da EC n. 32/2001, houve o retorno do regulamento autônomo no direito brasileiro:

[...]. A competência, quanto à alínea *a*, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme artigo 88, alterado pela Emenda Constitucional n. 32. Quanto à alínea *b*, não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria.

Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea *a*. A norma estabelece certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, *b*).

José dos Santos Carvalho Filho não aceita a tese defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Primeiramente, ressalta que o artigo 5º, II, da Constituição Federal determina que nenhum cidadão é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (princípio da reserva legal).

Observa o referido autor que, para que fossem admitidos os decretos autônomos no direito brasileiro, seria necessário que a Constituição deixasse nítida a viabilidade jurídica desta delegação, como poder legiferante direto e primário, como fez no artigo 62, ao outorgar ao Presidente da República a possibilidade de legislar por Medidas Provisórias. No entanto, não se encontra tal referência em nosso texto constitucional.

O decreto autônomo, para que fique caracterizado, deve criar direitos e obrigações primárias, sem a edição de lei prévia que o autorize, o que feriria o princípio da reserva legal acima mencionado.

Referindo-se especificamente ao mandamento do artigo 84, VI, alínea *a*, José dos Santos Carvalho Filho<sup>21</sup> adverte que atos de organização e funcionamento da Administração Federal são atos meramente ordinatórios e não decretos autônomos, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Os atos de organização e funcionamento da Administração Federal, ainda que tenham conteúdo normativo, são meros atos ordinatórios, ou seja, atos que se preordenam basicamente ao setor interno da Administração para dispor sobre seus serviços e órgãos, de modo que só reflexamente afetam a esfera jurídica de terceiros, e assim mesmo mediante imposições ordinárias e subsidiárias, mas nunca originárias. Este aspecto não é suficiente para converter os atos em decretos ou regulamentos autônomos. Na verdade, vários outros atos, além do decreto, dispõem sobre a organização administrativa, como é o

20 DI PIETRO, op. cit. p. 88-89.

21 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 60.

caso de avisos ministeriais, resoluções, provimentos, portarias, instruções, ordens de serviço. A diferença é apenas de hierarquia do agente responsável pela prática do ato e da maior ou menor amplitude de seu objeto. O conteúdo organizacional, no entanto, é o mesmo.

É mister, contudo, distinguir os decretos e regulamentos como atos administrativos e os decretos oriundos do exercício da função política da competência do Presidente da República. É o caso, por exemplo, dos decretos de intervenção (art. 36, § 1º, CF), de estado de defesa (art. 136, § 1º, CF) e de estado de sítio (art. 138, CF). Ao contrário dos atos administrativos, cuida-se de atos políticos e de natureza primária, neste caso porque emanam diretamente da Constituição, como ocorre com os regimentos de Tribunais e resoluções de órgãos legislativos. Por tal razão, e somente por ela, é que se podem considerar autônomos. Os atos administrativos, como já visto, pressupõem a existência de lei, ainda que provenham das autoridades mais graduadas da Administração. Em consequência, apenas estes, e não aqueles, é que são idôneos ao exercício do efetivo poder regulamentar. (grifos do autor)

### 2.3 Limites do poder regulamentar diante do princípio da legalidade

Como vimos, a Constituição Federal prevê a edição de regulamentos apenas e tão somente para a fiel execução da lei, conforme o artigo 84, inciso IV, ou seja, nosso sistema admite apenas o chamado “regulamento de execução”. Desta forma, o regulamento destina-se apenas a elucidar os dispositivos legais, através de normas de complementação.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho<sup>22</sup>, o poder regulamentar “*somente é exercido à luz de lei preexistente*”, concluindo que “*só se considera poder regulamentar típico a atuação administrativa de complementação das leis*”. Desta forma, o regulamento destina-se apenas a elucidar os dispositivos legais, através de normas de complementação. Isso porque a lei deve estabelecer regras gerais, dotadas de abstração. A lei não prevê as minúcias nem especifica a forma de sua aplicação, tarefa atribuída ao regulamento.

Ainda de acordo com o referido autor<sup>23</sup>, não sendo lei em sentido formal, o regulamento não pode criar direito novo, em obediência ao inciso II do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Assim, o princípio da legalidade impede que o administrador imponha qualquer restrição ou obrigação senão em virtude de lei, considerando que esta reflete a expressão da vontade geral.

Deste modo, a lei exerce supremacia sobre o regulamento. Este não pode contrariá-la, nem ir além do que ela permite, não podendo tampouco impor obrigações que esta não preveja, destinando-se apenas a indicar os

<sup>22</sup> CARVALHO FILHO, op. cit. p. 53.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 55.

meios necessários para o cumprimento das obrigações impostas pela lei. A esse respeito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>24</sup> assevera que:

Formalmente, o regulamento subordina-se à lei, pois nela se apoia como texto anterior, para a sua execução, seja quanto a sua aplicação, seja quanto à efetivação das diretrizes por ela traçadas na habilitação legislativa. Sujeita-se, então, o regulamento à lei, como regra jurídica normativa superior, colocada acima dele, que rege as suas atividades, e ser por ele inatingível, pois não pode se opor a ela.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da legalidade reflete a necessidade de *lei* como fonte de obrigações aos administrados.

A Carta Magna também determina que a Administração Pública deve obedecer ao princípio da legalidade no *caput* do artigo 37, estabelecendo que “*A Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade [...]*”. É a chamada *legalidade estrita*, pois à Administração Pública só é dado fazer o que a lei permite.

Os dispositivos constitucionais acima transcritos, consoante assevera Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>25</sup>, possuem uma grande relevância e função-chave no nosso sistema jurídico. Segundo o renomado jurista, “*deles depende a manutenção, sob o ponto de vista jurídico, de instituições concebidas para garantir o indivíduo contra eventuais desmandos do Estado*”.

Portanto, a legalidade revela-se como um “*princípio vetorial explícito, intimamente ligado à atividade da Administração Pública de regulamentar as leis*”, nas palavras de Vanessa Vieira de Mello<sup>26</sup>. Dentro desse contexto, percebe-se que o princípio da legalidade revela-se como um verdadeiro limite ao exercício da atividade regulamentar. Isso porque o Poder Executivo não pode impor obrigações primárias ou estabelecer restrições aos administrados através de regulamentos ou de quaisquer outros atos normativos sem embasamento legal, sob pena de desobediência ao princípio da separação dos poderes previsto constitucionalmente, nos informa José dos Santos Carvalho Filho<sup>27</sup>.

Cumprido ressaltar, consoante a lição de Geraldo Ataliba<sup>28</sup> que “*mesmo as normas jurídicas mais solenes – como é o caso dos regulamentos [...] – somente são obrigatórias na medida em que rigorosamente fiéis aos textos legais [...]*”.

No entanto, não há empecilho para a criação de obrigações derivadas ou subsidiárias através dos regulamentos. Vejamos os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho<sup>29</sup>:

24 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. I., p. 357.

25 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 316.

26 MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 16.

27 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 56.

28 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 126.

29 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 55.

É legítima, porém, a fixação de *obrigações subsidiárias* (ou *derivadas*)—diversas das obrigações *primárias* (ou *originárias*) contidas na lei—nas quais também se encontra imposição de certa conduta dirigida ao administrado. Constitui, no entanto, requisito de validade de tais obrigações sua necessária *adequação* às obrigações legais. Inobservado esse requisito, são inválidas as normas que as preveem e, em consequência, as próprias obrigações. Se, por exemplo, a lei concede algum benefício mediante a comprovação de determinado fato jurídico, pode o ato regulamentar indicar quais documentos o interessado estará obrigado a apresentar. Esta obrigação probatória é derivada e legítima por estar amparada na lei. O que é vedado e claramente ilegal é a exigência de obrigações derivadas impertinentes ou desnecessárias em relação à obrigação legal; neste caso, haveria vulneração direta ao princípio da proporcionalidade e ofensa indireta ao princípio da reserva legal, previsto, como vimos, no artigo 5º, II, CF. (grifos do autor)

Diante do acima exposto, não se tratando de obrigações subsidiárias ou derivadas com base legal, e sim em restrições demasiadas não previstas na hipótese legal conforme a majoritária doutrina e jurisprudência pátrias, estas se inclinaram no sentido de simplesmente ignorar as hipóteses limitadoras da concessão de auxílio-acidente do Anexo III do Decreto n. 3.048/1999, classificando o rol ali elencado de “exemplificativo”.

#### 2.4 Controle dos atos regulamentares e omissão de regulamentação

Como já visto anteriormente, o regulamento não pode inovar na ordem jurídica, tendo a lei autorizadora como seu balizador, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, artigos 5º, II, e 37, Constituição Federal.

O poder regulamentar é controlado de diversas formas. O Congresso Nacional, através do artigo 49, V, da Constituição Federal, tem o poder de “*sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”. Tal comando tem por escopo o de preservar o poder constitucionalmente reservado ao poder legislativo para o exercício de sua função precípua (egislar).

Já no que se refere ao controle judicial dos atos normativos, é preciso ter em mente que “*pelo fato de ser tido como lei em sentido material, o regulamento observa o mesmo ou quase o mesmo regime da lei*”, de acordo com Diógenes Gasparini<sup>30</sup>.

Se o regulamento extrapola os limites da lei que embasa o seu surgimento, estando este *contra legem*, *citra legem* ou *ultra legem*, o controle cabível é o de legalidade, confrontando-se o ato com a lei, e não o de constitucionalidade, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a possibilidade de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra tais atos, com embasamento no artigo 102, I, “a” da Constituição Federal (“*ação*

30 GASPARINI, op. cit., p. 127.

*direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal*”). Como exemplo, citamos a ADI n. 966-DF, DJ 06/05/1994, e a ADI n. 2006-DF:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PATRONAL PARA AS EMPRESAS INSCRITAS NO “SIMPLES”. IMPUGNAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.317, DE 05.12.96, E DO § 6º DO ARTIGO 3º DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 9, DE 10.02.99. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO. I - PRELIMINAR. 1. Quando instrução normativa baixada por autoridades fazendárias regulamenta diretamente normas legais, e não constitucionais, e, assim, só por via oblíqua atinge a Constituição, este Tribunal entende que se trata de ilegalidade, não sujeita ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 2. Ação direta não conhecida nesta parte. [...].

(STF. ADI 2006 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1999, DJ 24-09-1999 PP-00025 EMENT VOL-01964-01 PP-00078 REPUBLICAÇÃO: DJ 01-12-2000 PP-00101 RTJ VOL-000170-03 PP-00845)

No entanto, se o regulamento ofender diretamente a Constituição Federal, aí, sim, poderá ser atacado via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), com fulcro no artigo 102, I, “a”, da Carta Maior. Conforme explicita José dos Santos Carvalho Filho<sup>31</sup>, neste caso, o regulamento será autônomo:

Sendo assim, para que seja viável o controle de constitucionalidade de decreto, regulamento ou outro tipo de ato administrativo de cunho normativo editado pelo Executivo (o que, na verdade, não seria propriamente forma de exercício do poder regulamentar), dois serão os aspectos de que deva revestir-se o ato: além de *normativo* (como exige a Constituição), deverá ser ele *autônomo*. (grifos do autor)

O Pretório Excelso já se manifestou desta forma na ADI n. 1396:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO - DECRETO. Uma vez ganhando o decreto contornos de verdadeiro ato normativo autônomo, cabível é a ação direta de inconstitucionalidade. Precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.590/SP, Plenário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, com aresto veiculado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 1997. [...].

(STF. ADI 1396, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/1998, DJ 07-08-1998 PP-00019 EMENT VOL-01917-01 PP-00064)

A interpretação restritiva do Supremo Tribunal Federal em relação às formas de controle judicial dos atos regulamentares, certamente, poderia trazer prejuízos aos administrados, uma vez que não se poderia atacar o

31 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 57.

regulamento em tese e, na prática, se não houvesse concessão de decisões em caráter liminar nos processos em que se discute o caso concreto, o administrado somente poderia ver seu direito assegurado ao final do processo.

No entanto, é cabível o ajuizamento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do artigo 102, § 1º, da Constituição Federal. Esta ação supriu a lacuna existente, “*abrangendo a inconstitucionalidade direta e indireta, atos normativos autônomos e subordinados e até mesmo atos de efeitos concretos*”, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho<sup>32</sup>.

Por fim, é importante destacarmos os casos em que não há violação à lei pela edição do regulamento, e sim, omissão da Administração em editar o regulamento. Como visto, o poder regulamentar é um poder-dever da Administração Pública, devendo ser exercido em prol da sociedade.

Assim, em caso de omissão do Executivo em regulamentar as leis, é cabível o Mandado de Injunção, conforme artigo 5º, LXXI. Conforme destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>33</sup>, é importante atentar que o mandado de injunção tem abrangência limitada “*às hipóteses em que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”.

Inicialmente, o STF admitia somente a declaração da inércia do órgão competente através de Mandado de Injunção. No entanto, em decisões mais recentes, vem admitindo efetivamente realizar a regulamentação para o caso concreto, tornando a medida constitucional mais eficaz.

Os casos em que não houve a regulamentação de norma infraconstitucional no prazo determinado ainda são um tanto quanto desprotegidas legalmente, pela ausência de meios de controle judicial.

Isto porque, ausente a regulamentação, os efeitos da lei ficariam pendentes, e esta ficaria sem aplicabilidade.

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>34</sup>, a omissão regulamentadora é inconstitucional. Esclarece o autor:

Na verdade, a omissão regulamentadora é inconstitucional, visto que, em última análise, seria o mesmo que atribuir ao Executivo o poder de *legislação negativa em contrário*, ou seja, de permitir que sua inércia tivesse o condão de estancar a aplicação da lei, o que, obviamente, ofenderia a estrutura de Poderes da República. (grifos do autor)

Diante de tal situação, os pensadores do direito administrativo brasileiro admitem que, passado o prazo da regulamentação e constatada a omissão da Administração, é direito do administrado que a lei se torne exequível, assim, a função legiferante, exercida pelo Poder Legislativo, não se torna inócua e aplicável ao alvedrio do administrador.

32 CARVALHO FILHO, op. cit.

33 DI PIETRO, op. cit. p. 90.

34 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 58.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>35</sup>, citando Hely Lopes Meirelles, reforça este entendimento:

[...] quando a própria lei fixa o prazo para a sua regulamentação, decorrido este sem a publicação do decreto regulamentar, os destinatários da norma legislativa podem invocar utilmente os seus preceitos e auferir todas as vantagens dela decorrentes, desde que possa prescindir do regulamento, porque a omissão do Executivo não tem o condão de invalidar os mandamentos legais do Legislativo.

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>36</sup>, diante da ilegalidade, ou mesmo da inconstitucionalidade, conforme afirma, configurada a omissão, surge para o administrado o direito de obter do Poder Judiciário um provimento que lhe assegure o exercício do direito legalmente previsto, “*com o que estará sendo reconhecido que a lei deve ser aplicada e observada*”.

A legalidade e constitucionalidade da concessão das hipóteses de auxílio-acidente limitadas pelo Anexo III do Decreto n. 3.048/99 é, cotidianamente, discutida nos tribunais brasileiros. Assim é importante a enumerarmos as formas de controle judicial acima elencadas, especialmente à luz da discricionariedade técnica que estudaremos a seguir.

## 2.5 Apontamentos sobre discricionariedade técnica e formas de controle judicial

Faz-se pertinente, para o estudo das limitações do Anexo III do Decreto n. 3.048/99 às hipóteses de concessão do auxílio-acidente, analisar o que vem sendo chamado pela doutrina especializada de discricionariedade técnica.

A discricionariedade, ou mérito do ato administrativo, em uma definição simples, ocorre quando a lei permite à Administração optar por mais de uma solução possível perante o direito, no caso concreto, a fim de que seja atendido o interesse público<sup>37</sup>.

É corrente na doutrina a afirmação de que não caberia controle judicial quando se trata de aplicação do poder discricionário da administração. No entanto, é preciso ser cauteloso com tal afirmação uma vez que, como qualquer ato administrativo, o ato discricionário deve obedecer às balizas determinadas na lei. De acordo com Diógenes Gasparini, “*o que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da conveniência e oportunidade, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública*”<sup>38</sup>. Destaque-se ainda a afirmação de Flávio José Roman<sup>39</sup>:

35 MEIRELLES, DI PIETRO, op. cit. p. 90.

36 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 58.

37 DI PIETRO, Maria Sylvia. Zanella. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*, p. 2.

38 GASPARINI, op. cit. p. 100-101.

39 ROMAN, Flávio José. *Intervenções da Administração Pública na Economia: o problema da discricionariedade técnica*. In: SPARAPANI, Priscília; ADRI, Renata Porto. (Coord.). *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 90.

O poder discricionário não é uma anomalia ou resquício do absolutismo que deve ser eliminado a qualquer custo, mas um 'poder sem o qual seria impossível a atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública'.

Ainda, sobre o controle judicial do poder discricionário, é importante ressaltar a lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>40</sup>:

Hoje, a discricionariedade administrativa é vista como uma liberdade de opção entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, e não apenas perante a lei. [...]. Desse modo, quando o sistema jurídico adota princípios como os do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade entre meios e fins, da moralidade, da boa-fé, da dignidade do ser humano, entre tantos outros, a consequência inevitável é que a discricionariedade sofre limitações decorrentes da aplicação destes princípios. Em uma hipótese na qual, perante a lei, a Administração teria duas opções, uma delas pode ser excluída pela aplicação de um princípio, como o da razoabilidade, por exemplo, de tal forma que a discricionariedade desaparece porque uma única solução resulta válida perante o Direito. Reduzindo-se a discricionariedade, amplia-se a possibilidade de controle judicial, tendo em vista que os valores e princípios constitucionais se impõem aos três poderes do Estado.

Com o agigantamento do Estado, passando este de um Estado Liberal a um Estado Social, as funções do Executivo apresentaram grande aumento de volume, o que lhe trouxe, também, novas atribuições, inclusive normativas. Com a ampliação das funções do Estado foram criadas as Agências Reguladoras, às quais, conforme já explicitado no presente estudo, foi atribuída competência normativa para regular questões de ordem eminentemente técnica, dada a especificidade de seus campos de atuação, limitando-se o Poder Legislativo a elaborar leis de caráter geral, delegando os parâmetros para a regulamentação (*delegation with standards*)<sup>41</sup>.

Tal modelo de atuação, vindo do direito norte-americano, com origem no direito alemão, introduziu na doutrina a discussão sobre a existência de uma discricionariedade técnica. Discute-se se é possível afirmar que a referência na legislação a conceitos indeterminados de ordem técnica dá ensejo à discricionariedade por parte da Administração. Nas palavras de Flávio José Roman<sup>42</sup>:

A discricionariedade técnica refere-se à necessidade de a Administração recorrer a outras ciências para determinar o campo semântico de um conceito legal indeterminado. Mas se o conceito é técnico, ele já não seria necessariamente determinado? Também as ciências não se preocupam

40 DI PIETRO, op. cit. p.3.

41 CARVALHO FILHO, op. cit. p. 54.

42 ROMAN, op. cit. p. 111.



com a definição e com a certeza? Daí a pertinência de questionar: existe discricionariedade técnica?

A discussão sobre a discricionariedade técnica surgiu no direito alemão, mas foi no direito italiano que esta foi aprofundada. Um dos maiores pensadores sobre o assunto é o italiano Roberto Alessi.

O jurista italiano sustenta que há uma relação direta entre discricionariedade técnica e conceitos jurídicos indeterminados que precisam de interpretação técnica para a sua aplicação, ao contrário daqueles conceitos jurídicos indeterminados que podem ser interpretados por critérios de experiência comum, conforme Flávio José Roman. Prossegue o referido autor, concluindo<sup>43</sup>:

A diferença entre discricionariedade técnica e a discricionariedade pura reside no fato de que na primeira há uma eleição entre alternativas com a finalidade de satisfazer o interesse público, ao passo que na segunda recorre-se aos critérios técnicos para apreciação de um fato delimitado por um conceito jurídico indeterminado. Ou seja, na discricionariedade há valor e vontade. Na discricionariedade técnica há apenas valor. Dessa forma, a discricionariedade técnica é um tipo de atividade que não deixa qualquer liberdade para a decisão.

A questão que nos interessa, especificamente, diz respeito à análise da discricionariedade técnica relacionada aos atos normativos de órgãos da Administração Pública, analisando a possibilidade de adoção pelo direito brasileiro do sistema norte-americano de delegação com parâmetros: o Poder Legislativo estabelece as normas gerais, deixando ao Poder Executivo a competência para desenvolver os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei que necessitam de interpretação técnica para a sua aplicação.

Aqui, tratamos de função que se insere no poder regulamentar, com fundamento no artigo 84, IV, Constituição Federal, com balizadores no princípio da legalidade.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é importante ressaltar que *“a sistemática norte-americana, de deixar os conceitos indeterminados para definição pela Administração Pública, já vem sendo adotada, no Brasil, desde longa data”*<sup>44</sup>. No entanto, a doutrina brasileira somente atentou para a discussão do tema com o advento das agências reguladoras, no final da década de 1990.

Conforme já mencionado no presente estudo, o poder regulamentar é a atribuição do Poder Executivo de editar normas complementares, também dotadas de generalidade e abstração, para possibilitar a efetiva aplicação da lei, quando esta deixa margens para tanto. Desde modo, o poder regulamentar envolve verdadeira discricionariedade, ou seja, há campo para o Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, optar dentro de uma ou mais soluções

<sup>43</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>44</sup> DI PIETRO, op. cit. p. 12.

possíveis, de acordo com aquilo que entenda ser melhor para o atendimento do interesse público.

Já quando tratamos de discricionariedade técnica, conclui-se que, neste caso, não há verdadeiramente discricionariedade (conveniência e oportunidade). Aqui, há apenas uma solução possível, a ser seguida com base nos critérios técnicos providos pela ciência. Nas palavras de Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>45</sup>:

Quando um ente administrativo baixa atos normativos definindo conceitos indeterminados, especialmente os conceitos técnicos e os conceitos de experiência, ele não está exercendo o poder regulamentar, porque este supõe a existência de discricionariedade administrativa propriamente dita, a qual, no caso, não existe.

Diante do exposto, é de se concluir que, não sendo a discricionariedade técnica verdadeira discricionariedade, não se trata propriamente de poder regulamentar, uma vez que o exercício deste envolve a escolha entre alternativas, ao passo que naquela, não há, realmente, opções possíveis para a Administração. Ao se deparar com um conceito jurídico indeterminado de ordem técnica, a Administração deve buscar na ciência o modo correto de aplicá-lo, não havendo aqui alternativas ou opções.

No que diz respeito ao controle judicial, não parece haver muitas dúvidas na doutrina acerca de sua possibilidade no que diz respeito à discricionariedade técnica. O Código de Processo Civil, nos artigos 420 a 439, trata da prova pericial, ou seja, o juiz pode se valer do conhecimento de *experts* de sua confiança para tomar decisões, quando estas envolvam matérias de ordem técnica.

Flávio José Roman destaca a importância de possibilidade de controle judicial sobre tais atos<sup>46</sup>:

Não há neutralidade que justifique o afastamento dos parâmetros legais ou que seja capaz de imunizar, por completo, a atividade de determinado órgão contra o controle jurisdicional. Como destaca Marcelo Figueiredo, com acerto, não há possibilidade de cindir, por completo, atividade técnica e administrativa do Estado. Os rumos do Estado devem necessariamente ser fixados pela vontade política expressa pelo povo e não por burocratas do Governo.

No que tange a explicitação de conceitos jurídicos indeterminados de ordem técnica por atos normativos, é importante ressaltar que estes não podem inovar na ordem jurídica. O que pode a Administração é definir tais conceitos. No entanto, não se pode afirmar que tais definições não estão ao alcance do Poder Judiciário, pois a validade de tais normas pode ser apreciada, *“seja com o auxílio de peritos, quando se tratar de conceitos puramente técnicos, seja*

<sup>45</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>46</sup> ROMAN, op. cit., p. 120.

*pela aplicação dos princípios da razoabilidade das normas e do devido processo legal substantivo”*<sup>47</sup>.

Mas é preciso ter cuidado com os limites deste controle judicial. Nas palavras de Flávio José Roman, o Judiciário pode controlar a validade dos atos normativos, mas não pode substituir a Administração aplicando o significado que entende mais adequado, pois assim haverá violação ao princípio da separação dos poderes<sup>48</sup>, questão esta de suma importância quando se trata do tema aqui estudado, qual seja, a concessão de auxílio-acidente em hipóteses outras, que não aquelas previamente elencadas em Decreto Regulamentar.

Conclui, sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>49</sup>:

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do art. 5º, inciso II, da Constituição.

Muito embora a autora se refira às Agências Reguladoras, a conclusão se aplica a toda atividade normativa da Administração Pública.

Em suma: na discricionariedade técnica não existe liberdade de opção, uma vez que a solução correta deve ser adotada segundo critérios científicos. Se há enquadramento do caso concreto no conceito legal, segundo a ciência, não há liberdade para a Administração.

Essa nos parece ser a lógica a ser aplicada quando tratamos do benefício de auxílio-acidente. No artigo 86, a lei determina a concessão do benefício de auxílio-acidente caso haja redução da capacidade laborativa habitual, consolidadas as sequelas decorrentes de acidente de qualquer natureza. A expressão “*redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia*”, inserta no *caput* do artigo, é um conceito jurídico indeterminado, que depende de conhecimentos técnicos – no caso, da área médica – para a aplicação no caso concreto.

A questão que se coloca, então, é se há como definir todos os casos possíveis de redução da capacidade laborativa em decreto regulamentar, eliminando a possibilidade de concessão do benefício a casos concretos diferenciados que nele não se enquadrem.

47 DI PIETRO, op. cit., p. 17.

48 ROMAN, op. cit., p. 125.

49 DI PIETRO, op. cit., p. 17.

### 3 O ANEXO III DO DECRETO N. 3.048/99 À LUZ DO PODER REGULAMENTAR

#### 3.1 O auxílio-acidente no regulamento da previdência social

Como já estudado no Capítulo I, a Lei n. 8.213, de 24/07/1991, unificou a legislação de acidentes do trabalho e previdenciária, trazendo todas as disposições sobre benefícios previdenciários e acidentários em um só diploma legal.

A Lei n. 8.213/91 extinguiu o auxílio-suplementar que era previsto na legislação anterior (artigo 9º da Lei n. 6.367/76), concentrando todas as hipóteses de indenização por redução da capacidade laborativa em um único benefício, qual seja, o auxílio-acidente.

Ressalte-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que o auxílio-suplementar da Lei n. 6.367/76 foi incorporado ou transformado no auxílio-acidente da Lei n. 8.213/91, uma vez que os requisitos são os mesmos (*redução* da capacidade para a atividade habitual após a consolidação das lesões), ao passo que o antigo auxílio-acidente do artigo 6º da Lei n. 6.367/76 exigia a *incapacidade total* para a atividade exercida após a consolidação das lesões. Neste sentido, citamos alguns precedentes do STJ:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AUXÍLIO-SUPLEMENTAR CONCEDIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.367/76. TRANSFORMAÇÃO EM AUXÍLIO-ACIDENTE. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. PRECEDENTES.

1. Em face da relevância do benefício acidentário e do caráter de ordem pública da norma de regência, deve-se aplicar a lei mais benéfica ao acidentado. Precedente da Terceira Seção.

2. *Tendo a Lei 8.213/91 substituído o auxílio-suplementar acidentário pelo auxílio-acidente, inclusive aumentando o percentual incidente sobre o salário-de-contribuição, razoável a atribuição aos segurados os efeitos dessa transformação, ainda que o benefício tenha sido concedido sob a vigência da lei anterior.*

3. Recurso conhecido e provido.

(STJ. REsp 231.047/SC, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 13.12.99 – grifos nossos).

DIREITO PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-SUPLEMENTAR - APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO - CONCESSÃO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.528/97 - CUMULAÇÃO INDEVIDA - MAJORAÇÃO DO AUXÍLIO-ACIDENTE - 50% SOBRE O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO - RE 613.033/SP - REPERCUSSÃO GERAL - APLICAÇÃO RETROATIVA - IMPOSSIBILIDADE.

1. *Somente é legítima a cumulação do auxílio-suplementar previsto na Lei 6.367/76, incorporado pelo auxílio-acidente após o advento da Lei 8.213/91, com aposentadoria,*

quando esta tenha sido concedida em data anterior à vigência da Lei 9.528/97. Hipótese em que foi concedida a aposentadoria por tempo de contribuição ao segurado no ano de 2006, não sendo devida a cumulação pugnada.

2. Não se aplica retroativamente a majoração prevista na Lei 9.032/95 aos benefícios de auxílio-acidente concedidos anteriormente à vigência deste diploma. Entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional, no julgamento do RE 613.033/SP.

3. Recurso especial não provido.

(STJ. REsp 1365970/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 10/05/2013 – grifos nossos)  
PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-SUPLEMENTAR. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA.

*O auxílio-suplementar, previsto na Lei nº 6.367, de 1976, foi incorporado pelo auxílio-acidente, após o advento da Lei nº 8.213, de 1991, que previa a vitaliciedade do benefício acidentário cumulativamente com a aposentadoria.*

Espécie em que a aposentadoria foi concedida em data anterior à Lei nº 9.528, de 1997.

Agravo regimental desprovido.

(STJ. AgRg no REsp 1347167/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013 – grifos nossos)

O auxílio-suplementar, previsto no art. 9º da Lei n. 6.367/76, era devido quando as lesões consolidadas importavam em redução da capacidade para o exercício da atividade habitual (incapacidade parcial), desde que as sequelas estivessem enquadradas no decreto regulamentador previamente expedido pelo Poder Executivo:

Art. 9º O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como sequelas definitivas, *perdas anatômica ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho*, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do artigo 5º desta Lei, observado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Parágrafo único. Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo de pensão. (grifos nossos)

A relação mencionada no *caput* do art. 9º veio com a regulamentação da Lei n. 6.367, tendo primeiramente constado no Anexo III do Decreto nº 79.037/1976 e posteriormente no Anexo VII do Decreto nº 83.080/79.

No entanto, a redação do artigo 86 da Lei n. 8.213/91, ao contrário da redação do artigo 9º da Lei n. 6.367/76, em nenhum momento limitou

a concessão do benefício de auxílio-acidente às hipóteses determinadas no decreto regulamentar. Note-se que no caso da antiga Lei n. 6.367/76, diferentemente da legislação atual, o artigo expressamente referia-se às situações enumeradas no regulamento.

De todo o modo, a Lei n. 8.213/91, inicialmente regulamentada pelo Decreto n. 611, de 21/07/1992, hoje é regulamentada pelo Decreto n. 3.048, de 06/05/1999 (Regulamento da Previdência Social – RPS). As disposições relativas ao auxílio-acidente se encontram no artigo 104 do referido Decreto, que, no *caput*, com redação dada pelo Decreto n. 4.729, de 09/06/2003, refere o seguinte:

Art.104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva, *conforme as situações discriminadas no anexo III*, que implique:

I - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

II - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e exija maior esforço para o desempenho da mesma atividade que exerciam à época do acidente; ou

III - impossibilidade de desempenho da atividade que exerciam à época do acidente, porém permita o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (grifos nossos)

É de se salientar que nas redações anteriores do próprio artigo 104 do Regulamento da Previdência Social, não havia esta menção expressa de referência às hipóteses limitadoras do anexo III.

Eis a redação original do artigo 104, *caput*:

Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso, ao segurado especial e ao médico-residente quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva que implique:

Tal redação foi modificada pelo Decreto n. 3.265, de 29/11/1999:

Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüela definitiva que implique: (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/1999)

Posteriormente, o *caput* do artigo 104 foi novamente modificado pelo Decreto n. 4.729, de 09/06/2003, cuja redação está em vigor.

É de se concluir, assim, que enquanto a Lei n. 8.213/91 não limita as situações que ensejam o benefício de auxílio-acidente ao disposto em regulamento, o Decreto n. 3.048/99, no artigo 104, está delimitando a concessão do benefício às situações que estejam discriminadas no Anexo III.

Assim, questiona-se se os limites do poder regulamentar foram excedidos, uma vez que pode ter havido uma restrição indevida, em decreto regulamentar, sobre os direitos originários dos beneficiários da Previdência Social, o que vem gerando crescente aumento de demandas judiciais e, conseqüentemente, prejuízo aos cofres públicos.

### 3.2 Anexo III do decreto n. 3.048/99: Rol taxativo ou exemplificativo?

O Anexo III do Decreto n. 3.048/99, intitulado “*Relação das situações que dão direito ao auxílio-acidente*” traz, em seu bojo, nove quadros com situações que dão ensejo ao benefício, para casos de lesões nos seguintes órgãos ou membros:

- a) Aparelho visual (Quadro n. 1);
- b) Aparelho auditivo (Quadro n. 2);
- c) Aparelho da fonação (Quadro n. 3);
- d) Prejuízo estético (Quadro n. 4);
- e) Perdas de segmentos de membros (Quadro n. 5);
- f) Alterações articulares (Quadro n. 6);
- g) Encurtamento de membro inferior (Quadro n. 7);
- h) Redução da força e/ou da capacidade funcional dos membros (Quadro n. 8)
- i) Outros aparelhos e sistemas (Quadro n. 9).

Em cada um dos quadros, estão elencadas diversas situações relativas ao órgão ou membro que, se ocorrerem, darão direito à concessão do benefício de auxílio-acidente.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS somente concede o benefício de auxílio-acidente caso a situação do segurado se encaixe em uma das hipóteses dos Quadros do Anexo III. Ou seja, para a Autarquia Previdenciária, o rol do Anexo III seria *taxativo*, e fora de suas hipóteses, não seria possível a concessão do benefício.

Esta interpretação ou modo de atuação decorre, especialmente, à luz do artigo 37 da Constituição Federal, uma vez que, conforme o princípio da legalidade estrita, ao Administrador somente é dado fazer o que a lei permitir, de forma que conceder o benefício fora das hipóteses regulamentadas no Decreto n. 3.048/99 poderia ser enquadrado como um exacerbamento de suas atribuições legais.

No entanto, a visão dos tribunais brasileiros, assim como da doutrina mais abalizada, é um pouco diferente.

Conforme Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior<sup>50</sup>, *“As situações reconhecidas pela administração como ensejadoras do direito à percepção do auxílio acidente estão descritas, exemplificativamente, no anexo III do regulamento”* (grifos nossos).

Neste sentido também se manifesta Fábio Zambite Ibrahim<sup>51</sup>:

Obviamente, as situações narradas no Anexo III do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, *devem ser qualificadas como hipóteses exemplificativas*, pois, no caso concreto, segurados que sejam acometidos de outras sequelas, ou até mesmo das mesmas mas em índice inferior ao fixado, podem demonstrar, em concreto, a efetiva redução da capacidade laborativa, cabendo então a concessão do benefício (grifos nossos).

Já Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>52</sup> optaram por não adentrar tal polêmica, destacando que o benefício será devido quando a perícia médica do INSS concluir *“haver no segurado sequela definitiva enquadrada nas situações do Anexo III do Regulamento da Previdência Social”*.

A opção pela classificação do rol do Anexo III do Decreto n. 3.048/99 como exemplificativo também é o posicionamento majoritário nos tribunais brasileiros. Citamos, como exemplo, os seguintes julgados:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. 1. Tratando-se de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente, o Julgador firma sua convicção, via de regra, por meio da prova pericial. 2. *A relação das situações que dão direito ao auxílio-acidente, constante do Anexo III do Decreto 3.048/99, não é exaustiva, devendo ser consideradas outras em que comprovada, por perícia técnica, a redução da capacidade para o trabalho que o segurado habitualmente exercia.* 3. Levando-se em conta, no caso concreto, a redução da capacidade laboral do autor constatada pelo perito judicial, entende-se que o segurado faz jus ao benefício de auxílio-acidente. (TRF4, AC 0002314-68.2009.404.7108, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 30/03/2010 – grifos nossos)

AÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REDUÇÃO PERMANENTE DA CAPACIDADE LABORAL COMPROVADA. DECRETO Nº 3.048/99. *ROL NÃO TAXATIVO*. TERMO DE INÍCIO DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. [...]. - *DECRETO Nº 3.048/99 - O rol de lesões e patologias previsto no artigo 104 do Decreto nº 3.048/99 é meramente exemplificativo, razão pela qual o não enquadramento da situação dos autos em tais hipóteses não impede a concessão do auxílio-acidente previsto no artigo 86 da Lei nº 8.213/91.* [...]. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJRS. Apelação Cível Nº 70047341540,

50 ROCHA; BALTAZAR JÚNIOR, op. cit., p. 316.

51 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011. p. 650.

52 CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 672.



Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 25/04/2012 – grifos nossos)

PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-ACIDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - IRRESIGNAÇÃO - AMPUTAÇÃO DA FALANGE DISTAL DO POLEGAR DIREITO - *SITUAÇÃO QUE NÃO SE ENCONTRA ENTRE AQUELAS QUE DÃO ENSEJO AO AUXÍLIO-ACIDENTE, PREVISTAS NO ANEXO III DO DECRETO N. 3.048/99 - IRRELEVÂNCIA - LISTAGEM MERAMENTE EXEMPLIFICATIVA* - INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE ATESTADA PELO PERITO OFICIAL - NEXO ETIOLÓGICO EVIDENCIADO - REQUISITOS PARA IMPLANTAÇÃO DA BENESSE CONTEMPLADOS - OUTORGA MANTIDA - REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDOS. “*O fato de a lesão não se enquadrar na ‘relação das situações que dão direito ao auxílio-acidente’ (Anexo III do Decreto n. 3.048/99) não representa óbice à concessão do benefício, pois restou demonstrada a redução da capacidade laboral resultante da lesão sofrida em decorrência de acidente de trabalho, devendo se entender aquela listagem como exemplificativa.*” (TJSC, AC n. 2007.034651-2, de Criciúma, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 11.09.2007). “Demonstrado o nexo etiológico entre o acidente do trabalho e a lesão que culminou na diminuição da capacidade funcional do obreiro, impõe-se o pagamento do auxílio-acidente.” (Apelação Cível n. 2011.001164-3, de Videira. Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 10.05.2011). [...]. (TJSC. Apelação Cível n. 2011.039185-7, de Maravilha, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz – grifos nossos)

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Ação acidentária proposta em face do INSS por segurado acometido de lesão redutora de sua capacidade laborativa, em razão de acidente de trabalho. Pedido de condenação de a autarquia implementar aposentadoria, prestar benefícios não pagos referentes a auxílio doença e indenizar dano moral. Sentença de improcedência.

[...]

2. *Todavia segurado tem direito a auxílio-acidente pois é desinfluyente o fato de a sequela apurada pela perícia não constar no anexo III do Decreto n.º 3.048/99, cujo rol constante é meramente exemplificativo.*

[...]

(TJRJ. Apelação Cível 0007503-52.2006.8.19.0036, Relator: Des. Fernando Foch, DJE 10/02/2012 – grifos nossos)

É de se ressaltar que, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o rol que elenca as hipóteses de concessão de benefícios acidentários é exemplificativo remonta à época em que vigorava a Lei n. 6.367/76, que foi regulamentada pelos Decretos n. 79.037/76 e 83.080/79, tendo se estendido à Lei n. 8.213/91 e sua regulamentação pelos Decretos n. 611/92 e 3.048/99. Vejamos alguns precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. LESÃO AUDITIVA. GRAU MÍNIMO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGULAMENTAR. IRRELEVÂNCIA. RESTRIÇÃO A LEGISLAÇÃO FEDERAL. VEDAÇÃO. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS NORMAS. SUMULA N. 44.

- A LESÃO AUDITIVA DE GRAU MÍNIMO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE ACIDENTE DO TRABALHO, EMBORA NÃO CONSTE DO ROL PREVISTO NO ANEXO III, DO DECRETO N. 79.037/76.

- *TRATA-SE DE ELENCO MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO, UMA VEZ QUE UM ATO REGULAMENTAR NÃO PODE RESTRINGIR O ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DE UMA LEI FEDERAL, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS NORMAS* (SUMULA N. 44).

- RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

(STJ. REsp 36.093/RJ, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/1994, DJ 20/02/1995, p. 3216 – grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PERÍCIA DEFERIDA E NÃO REALIZADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A PARTE. NULIDADE QUE NÃO SE DECRETA A TEOR DO ART. 249, § 1º, DO CPC. AUXÍLIO-ACIDENTE. *ROL EXEMPLIFICATIVO DE DOENÇAS*. UTILIZAÇÃO DO PERCENTUAL MAIS BENÉFICO AO SEGURADO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INFORTUNÍSTICA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Malgrado o Tribunal a quo ter determinado a realização de nova perícia e esta não ter sido concretizada, não houve prejuízo para o recorrente, razão pela qual, a teor do art. 249, § 1º, do CPC, não se decreta a nulidade.

2. *A teor do art. 140, § 2º, do Decreto nº 611/92, a relação de doenças do trabalho tem caráter exemplificativo,* sendo que, se a instância ordinária concluiu pela existência de nexo causal entre a atividade desenvolvida pelo obreiro e a patologia de que é portador, não cabe a esta Corte se pronunciar sobre o tema, sob risco de estar reexaminando provas, o que lhe é vedado (súmula nº 7/STJ).

[...]

(STJ. REsp 226.762/SC, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2000, DJ 10/04/2000, p. 139 – grifos nossos)

Para melhor elucidar a questão, citamos trecho do voto do Min. Vicente Leal, no Recurso Especial n. 36.093/RJ, cuja ementa está transcrita acima:

[...].

A invocada ofensa aos preceitos, contidos nos artigos 2º e 9º da Lei n. 6.367/76, reside exatamente na circunstância de o aresto hostilizado considerar que o benefício postulado somente poderia ser concedido, se a lesão apresentada pelo trabalhador constasse da lista acima mencionada, entendimento este que restringe o conceito de acidente do trabalho.

Ora, a expressão em destaque abrange não apenas as lesões elencadas no rol indicado, mas todas aquelas que representem efetivamente a redução da capacidade laboral. Trata-se, na verdade, de um elenco meramente exemplificativo, o qual não tem o condão de delimitar a conceituação do que se entende por acidente do trabalho, consoante estabelece o art. 2º do diploma legal supra referido.

Entender diferentemente, *data venia, implicaria privilegiar um ato regulamentar em detrimento de uma lei federal, em ostensiva ofensa ao princípio da hierarquia das normas, o qual veda a possibilidade de um diploma legal de hierarquia inferior limitar ou reduzir o âmbito de incidência de outro texto normativo que lhe seja superior.*

Repudia-se, destarte, a idéia de condicionamento da concessão do benefício acidentário à circunstância de a lesão sofrida estar ou não elencada num simples anexo de um decreto. (grifos nossos)

Tal entendimento continuou sendo aplicado à Lei n. 8.213/91, conforme se verifica em voto do mesmo Ministro, Vicente Leal, no Recurso Especial n. 140.650:

Com efeito, é pacífico o entendimento proclamado por esta Corte no sentido de que a regra da Lei n. 8.213/91 estabeleceu a concessão de benefício previdenciário em razão da disacusia, sem, contudo, estabelecer um nível a partir do qual este seria devido.

E o princípio da hierarquia das normas veda que um diploma legal de hierarquia inferior possa vir a limitar ou reduzir o âmbito de incidência de outro texto normativo que lhe seja superior.

(STJ. REsp 140.650/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/1997, DJ 15/09/1997, p. 44530)

Destaque-se, por fim, que o entendimento da Corte Superior deu origem à Súmula n. 44 do Superior Tribunal de Justiça: *“A definição, em ato regulamentar, de grau mínimo de disacusia, não exclui, por si só, a concessão do benefício previdenciário”*. Tal verbete foi publicado em 22/06/1992, ou seja, já naquela época a jurisprudência do chamado Tribunal da Cidadania era firme no sentido acima apontado.

O rol do Anexo III é considerado exemplificativo pela quase unanimidade da jurisprudência brasileira justamente pela ausência de qualquer menção de limitação às hipóteses previstas em regulamento pelo *caput* pelo artigo 86 da Lei n. 8.213/91, que elenca tão somente os seguintes requisitos para a concessão do benefício: (i) ocorrência de acidente de qualquer natureza; (ii) consolidação das lesões; (iii) redução da capacidade para o trabalho habitual em decorrência das sequelas do acidente.

Assim, o artigo prevê que haverá direito ao benefício quando houver redução da capacidade laborativa após consolidação das lesões decorrentes de acidentes de qualquer natureza. Não faz qualquer

referência de restrição às hipóteses previstas em regulamento. De tal forma, é plenamente possível entender que, se preenchidos os requisitos legais estabelecidos no artigo 86 da Lei n. 8.213/91, há o direito ao recebimento do auxílio-acidente.

Em conclusão, nos parece que limitar as hipóteses de recebimento do benefício em regulamento, quando não determinado legalmente ou quando não há menção de tal limitação na legislação de regência, acaba por criar o que José dos Santos Carvalho Filho<sup>53</sup> denomina de uma obrigação primária, que somente poderia decorrer da lei, e não do ato regulamentar. Segundo o referido autor, o regulamento somente pode ser editado *secundum legem*, de acordo com a lei e, mais importante, nos limites que esta impuser. Somente poderão ser criadas obrigações subsidiárias em relação ao comando legal, e nunca obrigações primárias não previstas naquele:

Por via de consequência, não podem considerar-se legítimos os atos de mera regulamentação, seja qual for o nível de autoridade de onde se tenha originado, que, a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, criam direitos e impõem obrigações aos indivíduos. Haverá, nesta hipótese, indevida interferência de agentes administrativos no âmbito da função legislativa, com flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2º da CF.

Neste panorama, há grande descompasso entre a análise administrativa e a análise judicial das hipóteses concessivas do benefício de auxílio-acidente.

Na seara administrativa, atualmente, os médicos-peritos do INSS se detêm estritamente às hipóteses referidas no Anexo III do Decreto n. 3.048/99, obedecendo a uma taxatividade, enquanto no âmbito judicial, o rol do Anexo III do Regulamento da Previdência Social é considerado meramente exemplificativo.

Desta forma, há um crescente número de demandas judiciais concernentes à concessão deste benefício, o que vem causando prejuízos aos cofres da Previdência Social. No entanto, é possível vislumbrar uma mudança de panorama, com a publicação do Parecer n. 17/2013 da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social.

### **3.3 O Parecer n. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU: Mudança de Entendimento na Seara Administrativa**

Na data de 29/05/2013, foi publicada a Portaria n. 264/2013/MPS, assinada pelo Sr. Ministro da Previdência Social, aprovando o Parecer n. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU, elaborado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social.

<sup>53</sup> CARVALHO FILHO, op. cit. p. 55-56.

A Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social elaborou o referido parecer conforme as atribuições elencadas no artigo 11 da Lei Complementar n. 73, de 10/02/1993, embasada em parecer prévio, no mesmo sentido, da Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Parecer n. 412/2012/CGPL/CGMBEN/PFE-INSS/PGF/AGU), entidade da administração indireta vinculada ao referido Ministério:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

É de se ressaltar, por fim, que o parecer aprovado pelo Ministro de Estado tem força vinculante para os órgãos e entidades a ele subordinados, conforme o artigo 42 da Lei Complementar acima citada:

Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

Referido parecer modificou o entendimento até então defendido pelo INSS de que o rol do Anexo III do Decreto n. 3.048/99 possui caráter taxativo, concluindo que tal relação de situações que dão direito ao auxílio-acidente é meramente exemplificativa. Segue a ementa do referido parecer:

PREVIDENCIÁRIO. RGPS. AUXÍLIO-ACIDENTE. DEFINITIVIDADE DAS SEQUELAS QUE O ENSEJAM. NECESSIDADE. LEI Nº 8.213/91, ART. 86. RPS, ART. 104. SITUAÇÕES DISCRIMINADAS NO ANEXO III DO REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – RPS. INEXISTÊNCIA DE TAXATIVIDADE. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. A exigência de definitividade da sequela é válida, histórica e compatível com o benefício, dado o seu caráter vitalício. O não enquadramento em alguma das situações do Anexo III, simplesmente, não pode ser obstáculo à concessão do auxílio-acidente, caso a perícia médica do INSS verifique, no caso concreto, o preenchimento dos requisitos para a sua concessão. O Anexo III do RPS contém rol meramente exemplificativo das situações que ensejam o auxílio-acidente.

Em suas razões, o parecer é conclusivo no sentido de que o elenco do Anexo III do Regulamento da Previdência Social não tem o condão de afastar o direito ao recebimento do benefício de auxílio-acidente, mesmo que a situação concreta não se enquadre em qualquer das hipóteses lá especificadas:

19. Com isso, tem-se que a remissão feita no artigo 104 do RPS às situações discriminadas no Anexo III não afasta a possibilidade de, na prática, o segurado preencher as condições para a concessão do auxílio-acidente, conforme o exame da perícia médica do INSS.

20. Em outras palavras, não é possível liminar (*sic*) a concessão do auxílio-acidente apenas às situações do Anexo III do RPS, o qual traduz relação meramente exemplificativa, não taxativa, que não esgota o universo de possibilidades de concessão do benefício em questão.

De acordo com a doutrina abalizada, como já visto neste estudo, na discricionariedade técnica não existe liberdade de opção, uma vez que a solução correta deve ser adotada segundo critérios científicos. Se há enquadramento do caso concreto no conceito legal, segundo a ciência, não há liberdade para a Administração.

Entendemos que este deve ser o viés norteador dos casos de concessão de auxílio-acidente. No artigo 86 da Lei n. 8.213/91, é determinada a concessão do benefício de auxílio-acidente caso haja redução da capacidade laborativa habitual, consolidadas as sequelas decorrentes de acidente de qualquer natureza. A redução da capacidade laborativa deve ser vista como um conceito jurídico indeterminado de ordem técnica, que deve ser interpretado segundo conhecimentos da área médica para a aplicação no caso concreto.

Diante deste apontamento, é possível vislumbrar o motivo pelo qual a jurisprudência pátria, há muito, classifica o rol do Anexo III do Regulamento da Previdência Social como exemplificativo, uma vez que as delimitações daquele

não são capazes de esgotar todas as possibilidades, de, no caso concreto, a situação do segurado preencher os requisitos legais do artigo 86 da Lei de Benefícios. Se o caso concreto preenche todos os requisitos do referido artigo, o benefício deve ser concedido; caso contrário, a limitação do Anexo III estará ferindo direitos individuais do segurado.

A mudança de entendimento na seara administrativa, advinda com o Parecer n. 17/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU, está em concordância com a jurisprudência já consolidada acerca da matéria. Passando a ser adotado no dia-a-dia das Agências da Previdência Social, há possibilidade de uma maior concessão de benefícios de auxílio-acidente aos cidadãos já na esfera administrativa, o que causaria, conseqüentemente, uma diminuição das demandas judiciais na matéria, causando economia aos cofres públicos de um lado, e, de outro lado, uma prestação mais eficaz do serviço oferecido pela Previdência Social.

Conforme referido no item anterior, atualmente, a perícia médica do INSS concede o benefício de auxílio-acidente somente se o caso concreto se enquadrar nas hipóteses do Anexo III do Decreto n. 3.048/99.

A partir de agora, cabe ao órgão técnico da Autarquia (perícia médica) aferir se as condições do artigo 86 da Lei n. 8.213/91 estão preenchidas, segundo os critérios técnicos específicos da área médica. Verificado o preenchimento dos pressupostos, não cabe ao INSS decidir se concede ou não o benefício, e, para tanto, se valer das hipóteses elencadas no Anexo III do RPS. Preenchidos os requisitos legais, o benefício deve ser concedido. Não há opções para a Administração, pois não há discricionariedade propriamente dita quando se trata de conceitos jurídicos indeterminados de ordem técnica.

Referido parecer abre a possibilidade de deixar de lado o entrave colocado pelo Decreto n. 4.729, de 09/06/2003, que modificou o artigo 104, *caput*, do Regulamento da Previdência Social e introduziu, em sua redação, a limitação das hipóteses de concessão do benefício ao Anexo III. Como visto, esta restrição está viciada de ilegalidade, uma vez que extrapolou os limites do poder regulamentar, criando delimitações de caráter primário ao direito insculpido no artigo 86 da Lei n. 8.213/91.

#### 4 CONCLUSÃO

A Lei n. 8.213, de 24/07/1991, unificou a legislação de acidentes do trabalho e a legislação previdenciária, ate então apartada, trazendo todas as disposições sobre benefícios previdenciários e acidentários em um só diploma legal. Foi extinto o auxílio-suplementar do artigo 9º da Lei n. 6.367/76, concentrando todas as hipóteses de indenização por redução da capacidade laborativa no auxílio-acidente.

A redação do artigo 86, ao contrário da redação do artigo 9º da Lei n. 6.367/76, em nenhum momento limitou a concessão do benefício de auxílio-acidente às hipóteses determinadas em decreto regulamentar.

De todo o modo, a Lei n. 8.213/91 é regulamentada pelo Decreto n. 3.048, de 06/05/1999. O auxílio-acidente é regulamentado pelo artigo 104, que, no *caput*, com redação dada pelo Decreto n. 4.729, de 09/06/2003, refere que o benefício de somente será concedido se houver o enquadramento nas hipóteses do Anexo III.

Assim, enquanto a Lei n. 8.213/91 não limita as situações que ensejam o benefício de auxílio-acidente ao disposto em regulamento, o Decreto n. 3.048/99, no artigo 104, está delimitando a concessão do benefício às situações que estejam discriminadas no Anexo III.

A Constituição Federal prevê a edição de regulamentos apenas e tão somente para a fiel execução da lei, conforme o artigo 84, inciso IV, ou seja, nosso sistema admite apenas o regulamento de execução. Desta forma, o regulamento destina-se apenas a elucidar os dispositivos legais, através de normas de complementação.

Não sendo lei em sentido formal, o regulamento não pode criar direito novo, em obediência ao inciso II do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, o princípio da legalidade impede que o administrador imponha qualquer restrição ou obrigação senão em virtude de lei, considerando que esta reflete a expressão da vontade geral.

É importante destacar que não há empecilho para a criação de obrigações derivadas ou subsidiárias através dos regulamentos, no entanto, obrigações ou restrições de caráter primário, não previstas em lei, que tolham os direitos dos administrados, não podem ser admitidas.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS somente concede o benefício de auxílio-acidente caso a situação do segurado se encaixe em uma das hipóteses do Anexo III. Ou seja, para a Autarquia Previdenciária, o rol do Anexo III seria *taxativo*, e fora de suas hipóteses, não seria possível a concessão do benefício.

Tal atuação está embasada no artigo 37 da Constituição Federal, uma vez que, conforme o princípio da legalidade estrita, ao Administrador somente é dado fazer o que a lei permitir, de forma que conceder o benefício fora das hipóteses regulamentadas no Decreto n. 3.048/99 poderia ser enquadrado como um exacerbamento de atribuições legais.

No entanto, o artigo 86 da Lei n. 8.213/91, em nenhum momento, exigiu o enquadramento da situação do segurado às hipóteses definidas em regulamento para que fosse concedido o benefício, exigindo, apenas, o preenchimento dos requisitos nele dispostos, quais sejam, a existência de acidente de qualquer natureza, a consolidação das lesões e a redução da capacidade laborativa habitual em decorrência das sequelas do acidente.

Diante do acima exposto, entendemos que o artigo 104 do Regulamento da Previdência Social, bem como o Anexo III, não impõem apenas obrigações subsidiárias ou derivadas, com base legal no artigo 86 da Lei n. 8.213/91, e sim implicam em restrições demasiadas não previstas na hipótese legal, de forma



que podem ser caracterizados como ilegais, pois extrapolam os limites do poder regulamentar dado ao Executivo pelo artigo 84, IV, Constituição Federal.

Limitar as hipóteses de recebimento do benefício em regulamento, quando não determinado legalmente ou quando não há menção de tal limitação na legislação de regência, acaba por criar uma obrigação primária, que somente poderia decorrer da lei, e não do ato regulamentar. O regulamento somente pode criar obrigações subsidiárias em relação ao comando legal, e nunca obrigações primárias não previstas em lei.

Diante da discrepância de entendimentos na seara administrativa e judicial, o volume de demandas judiciais concernentes à concessão deste benefício é alta, o que vem causando prejuízos aos cofres da Previdência Social. No entanto, é possível vislumbrar uma mudança de panorama, com a publicação do Parecer n. 17/2013 da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social, aprovado pelo Ministro da Previdência em 29/05/2013.

O referido parecer acatou o entendimento já há muito difundido na jurisprudência e doutrina brasileiras, concluindo que a concessão do auxílio-acidente não pode ser restringida às hipóteses do Anexo III do Decreto n. 3.048/99, sendo este rol apenas exemplificativo, com fundamento jurídico na questão acima mencionada, qual seja, a criação de restrições indevidas, em decreto regulamentador, sobre o direito do segurado a ter concedido o auxílio-acidente previsto no artigo 86 da Lei n. 8.213/91, caso preenchidos os requisitos legais.

Assim, se vislumbra uma possibilidade de maior concessão de benefícios de auxílio-acidente na seara administrativa, diminuindo a judicialização de pleitos desta natureza, pois caberá à Perícia Médica da Autarquia verificar se os pressupostos do artigo 86 restam preenchidos no caso concreto, mesmo que a situação não se enquadre no Anexo III do Regulamento da Previdência Social.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 3. ed. São Paulo: LEUD, 2007.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 9. Bahia: IBDP, 2007, fev./abr./maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. ISSN 1981-1861. Acesso em: 16 out. 2013, 9h44min.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011.

LAZZARI, João Batista; PEREIRA DE CASTRO, Carlos Alberto. *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROMAN, Flávio José. Intervenções da Administração Pública na Economia: o problema da discricionariedade técnica. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto. (Coord.). *Intervenção do Estado no Domínio Econômico e no Domínio Social*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

---

## SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA VISÃO DE DIREITO COMPARADO

---

*Karina Grimaldi*  
*Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Capítulo 1 - Direito Comparado: possibilidades de estudo; 2 Capítulo 2 - Previdência Social Brasileira; 2.1 Modelos de custeio de Previdência Social; 2.2 História dos Direitos Sociais no Brasil; 2.3 A Previdência Social na Constituição Federal Brasileira de 1988; 2.4 Custeio da Seguridade Social no Brasil; 2.5 Dos benefícios previdenciários no Brasil; 2.5.1 Das diferentes formas de aposentadoria existentes no Brasil; 2.5.2 Da pensão por morte no Brasil; 2.5.3 Dos benefícios devidos em razão de incapacidade decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional; 3 Capítulo 3 - Estudo comparativo de sistemas de previdência social e reflexão sobre o Welfare State; 3.1 Previdência Social Italiana; 3.2 Sistema Previdenciário Francês; 3.3 Sistemas de seguridade social na América Latina; 3.4 O envelhecimento da população e o futuro do Welfare State; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O propósito desta pesquisa é estudar o sistema de previdência social brasileiro em um estudo de direito comparado. O objeto de estudo do direito previdenciário é a relação jurídica previdenciária, nela abarcadas a filiação, a inscrição, as contribuições e as prestações. Tratamos das características do sistema previdenciário brasileiro em comparação com outros existentes, analisando os institutos que compõem a relação jurídica previdenciária, como explicado acima, isto é, as contribuições, os segurados e os benefícios existentes. Comparar diferentes sistemas previdenciários é importante porque conhecer outras realidades jurídicas nos auxilia a compreender melhor o mundo no qual estamos inseridos e a nossa própria realidade. Neste trabalho, estudamos o sistema previdenciário no Brasil, em alguns países europeus e em alguns países da América Latina. Consideramos importante verificar a realidade previdenciária na Europa por ser o continente onde nasceram os primeiros direitos previdenciários como conhecemos e porque o direito previdenciário brasileiro sofreu forte influência do direito europeu. Outrossim, a França e a Itália são países conhecidos pela grande abrangência de cobertura previdenciária. Estudamos também a situação da previdência social em alguns países da América Latina porque o Brasil é um país latino-americano. Nossa localização geográfica justifica o interesse no estudo. Procuramos verificar qual o modelo de previdência social adotado: repartição simples ou capitalização, por se tratar de uma divisão utilizada em muitas obras de direito previdenciário para diferenciar os regimes. Tratamos também da preocupação mundial com o envelhecimento populacional e o futuro dos sistemas previdenciários.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistemas de Seguridade Social. Custeio. Benefícios. Direito Comparado. Futuro do Estado do Bem-Estar Social.

**ABSTRACT:** The purpose of this research is to know about the Brazilian Social Security System and compare it with other social security systems in the world, especially concerning costs and benefits of those systems. We studied the Brazilian Social Security System comparing it with other Social Security ones. We observed the components of the Social Security legal relation: the taxes, the beneficiaries and benefits. Why we compare different Social Security systems? Because knowing other legal system helps us to understand better the world and our reality. In this work we studied the Social Security System in Brazil, in some European countries and in some Latin American countries. We considered important to verify the European reality because the first social security benefits were created in Europe and the Brazilian laws were strongly influenced by the European ones. Moreover, France and Italy are countries known by their efficient Social Security systems. We studied the situation of Social Security in some Latin American countries because Brazil is a Latin American country. Our geographic position justifies our interest. We tried to verify which social security type was adopted: allocation or

capitalization, because it is a classification utilized by a lot of Social Security books. We also studied the worldwide preoccupation with the population's aging and the future of Social Security.

**KEYWORDS:** Social Security Systems. Costs. Benefits. Comparative Jurisprudence. The future of the Welfare State.

## INTRODUÇÃO

O propósito deste trabalho de conclusão de curso é discorrer sobre o sistema previdenciário brasileiro e compará-lo com outros sistemas de previdência social existentes.

Os jornais sempre noticiam sobre a insustentabilidade dos sistemas de previdência. Neste sentido, apenas para exemplificar, há comentários recentes na página de economia e negócios do jornal "O Estado de São Paulo", em 5 de novembro de 2013 e em 21 de janeiro de 2014.<sup>1</sup>

As notícias da mídia sempre apontam para a necessidade de ajuste das contas da previdência social para que não se torne impossível o pagamento dos benefícios. O envelhecimento da população mundial e a diminuição da oferta de emprego em vários lugares do mundo aumenta essa preocupação.

Posto isso, pesquisamos como funcionam outros sistemas previdenciários, a fim de ampliarmos nosso conhecimento a respeito e descobrir se outros países também têm receio de que, no futuro, a previdência social seja deficitária a ponto de reduzir a proteção aos segurados.

A principal intenção desta pesquisa era saber como os outros países procuram solucionar esta questão e se obtêm resultados positivos, de maneira que estas estratégias poderiam ser adotadas no Brasil também.

Vivemos em um mundo globalizado. Influenciamos e somos influenciados pelos outros países. A previdência social compõe um aspecto importante da economia de todos os países do mundo, de forma que é importante e interessante o estudo de direito comparado em matéria previdenciária.

O primeiro capítulo trata dos aspectos doutrinários de um estudo de direito comparado.

O segundo capítulo se refere à previdência social brasileira.

Inicialmente tratamos dos modelos de custeio de previdência social. Adotamos a classificação encontrada em toda a bibliografia utilizada. É importante saber as formas de custeio em um estudo cujo enfoque principal é a sustentabilidade do sistema de previdência social.

<sup>1</sup> ROMBO da Previdência cresce e governo quer apertar regras para benefícios. O Estado de São Paulo, 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-brasil,rombo-da-previdencia-cresce-e-governo-quer-apertar-regras-para-beneficios,175820,0.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2014; DÉFICIT da Previdência deve superar estimativas em 2013, admite ministro. O Estado de São Paulo, 5 nov. 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,deficit-da-previdencia-deve-superar-estimativas-em-2013-admite-ministro,169376,0.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

Discorremos em seguida sobre o histórico da previdência social no Brasil. Consideramos importante fazer um esboço de como foram criados e modificados os benefícios no Brasil porque, ao longo desta pesquisa, descobrimos que muitas modificações ocorreram também em outros países na mesma época. Este fato é interessante e demonstra como há uma influência internacional na criação da legislação brasileira.

Posteriormente analisamos a disciplina constitucional do sistema de previdência social no Brasil, posto que não seria possível estudar o sistema previdenciário sem mencionar a Carta Constitucional de 1988, que disciplina o regime geral e o regime próprio de previdência.

Em seguida discorremos sobre a forma de custeio da previdência social brasileira, procurando estudá-la do ponto de vista da classificação mencionada anteriormente.

Finalizando o segundo capítulo, analisamos os benefícios previdenciários existentes no Brasil, pois não é possível comparar a legislação brasileira com as outras apontadas neste estudo sem considerar a cobertura que nosso Seguro Social oferece.

No terceiro capítulo nos referimos ao estudo comparativo realizado entre diferentes sistemas de previdência social, realizando uma reflexão sobre o futuro do “Estado do Bem-Estar Social”.

Estudamos a previdência social italiana, considerando sua cobertura e os problemas existentes em relação ao custeio, bem como a preocupação com sua sustentabilidade no longo prazo.

Em seguida, analisamos a previdência social francesa, também considerando a cobertura e preocupações em relação à sustentabilidade financeira.

Posteriormente tratamos dos sistemas de previdência social em alguns países da América Latina e das reformas realizadas na década de 1990. Foi dada ênfase ao caso chileno, por ter ocorrido no Chile uma reforma muito diferente das outras, uma vez que houve a privatização de sua previdência.

Finalizando o terceiro capítulo, fazemos considerações sobre o envelhecimento populacional e seu impacto nas políticas sociais, em especial nos sistemas previdenciários. O envelhecimento populacional é um fenômeno que ocorre em quase todos os países do mundo, em virtude das baixas taxas de natalidade e da evolução da tecnologia médica que permite maior longevidade.

## **1. CAPÍTULO 1 - DIREITO COMPARADO: POSSIBILIDADES DE ESTUDO**

O direito comparado é um importante instrumento de comunicação entre juristas de diferentes países. Ele é útil não apenas para a solução de problemas transnacionais como para a compreensão da inserção de um sistema jurídico nacional no mundo.

É importante o estudo de direito comparado no direito previdenciário para a compreensão da inserção do sistema previdenciário brasileiro no contexto mundial.

O estudo do histórico do direito previdenciário em outros países nos permite compreender a história dos direitos sociais no Brasil, em razão da influência que os fatos da época exerceram sobre a criação e modificação da nossa legislação.

Além disso, o direito comparado visa estabelecer uma comunicação transnacional entre os estudantes de direito, diluindo os prejuízos da transnacionalidade, como explica Eugênio Battesini.<sup>2</sup>

Mister é salientar que é possível comparar legislações de diferentes países nos planos micro e macrocomparativo, como ensina Luis Sales Nascimento.<sup>3</sup>

No plano microcomparativo, a análise volta-se para a comparação de institutos jurídicos, enquanto no plano macrocomparativo a análise consiste na comparação do estilo e espírito dos diferentes sistemas jurídicos.

Neste sentido também ensina Eugênio Battesini,<sup>4</sup> como transcrevemos:

Do ponto de vista operacional, o direito comparado atua nos planos micro e macrocomparativo. No plano microcomparativo, a análise volta-se para a comparação de institutos jurídicos e problemas jurídicos específicos, ou seja, efetiva-se a comparação dos princípios a que se recorre em cada sistema jurídico para resolver situações concretas, tais como critérios de responsabilização civil, critérios de definição e proteção dos direitos de propriedade, modalidades de contratação e formas de organização da atividade empresarial. No plano macrocomparativo a análise volta-se para a comparação do estilo e espírito dos diferentes sistemas jurídicos, destacando o papel desempenhado pelos agentes jurídicos e os procedimentos utilizados, por exemplo, diferentes técnicas legislativas, diferentes estilos de codificação, métodos de interpretação, a função atribuída aos precedentes judiciais e à doutrina, o papel desempenhado pelos juízes, advogados, legisladores e demais operadores do direito (Zweigert e Kötz, 2002:5-6).

Além do que, o direito comparado realiza análise comparativa estática e análise comparativa dinâmica. A análise comparativa estática objetiva verificar identidade e diferença entre os sistemas jurídicos em dado período, considerando os diversos formantes (legal, doutrinário, jurisprudencial...) e suas combinações. A análise comparativa dinâmica objetiva identificar convergência e divergência, considerando a mútua interação entre sistemas jurídicos no curso da história, centrando o foco no processo de mudança, em

2 BATTESINI, Eugênio. Breves considerações sobre a contribuição da comparação para o desenvolvimento da ciência jurídica. In: PORTO, Antônio José M.; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro [Orgs.]. *Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. São Paulo: FGV, 2013. p. 190.

3 NASCIMENTO, Luis Sales. *Direito Constitucional comparado: pressupostos teóricos e princípios constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2006.

4 BATTESINI, op. cit., p. 192-193.

especial no transplante de institutos jurídicos e na integração e harmonização dos sistemas normativos (Sacco, 2001:69-91; Mattei, 1998:27, 102-105).

Posto isso, podemos definir o direito comparado como um conjunto de diligências e de processos, encadeados de forma racional, destinados a conduzir o jurista a realizar uma comparação entre os sistemas jurídicos, as semelhanças e as diferenças neles existentes.

Neste trabalho, pretendemos abordar qual a forma de custeio e a abrangência da cobertura da Previdência Social no Brasil e em outros ordenamentos jurídicos.

Qual a importância de um estudo de direito comparado?

Comparar permite compreender, conhecer e inclusive copiar soluções interessantes adotadas em outros países para problemas parecidos.

Neste trabalho, estudamos o sistema previdenciário no Brasil, em alguns países europeus e em alguns países da América Latina.

O estudo da legislação previdenciária na Europa é importante porque, em primeiro lugar, a Europa é o local onde surgiram os direitos sociais como nós os conhecemos. Escolhemos estudar a França e a Itália por serem países conhecidos pela grande abrangência de cobertura previdenciária.

Estudamos também a situação da Previdência Social em alguns países da América Latina, porque o Brasil é um país latino-americano. Nossa localização geográfica justifica o interesse no estudo. Elegemos a Argentina, o México e o Chile em razão de serem países bastante tratados por autores brasileiros, porque sofreram modificações na sua legislação previdenciária na década de 1990, mesma época em que foi editada no Brasil a Emenda Constitucional n. 20, que alterou profundamente as regras para aposentadoria no Brasil.

Procuramos verificar qual o modelo de previdência social adotado: repartição simples ou capitalização, por se tratar de uma divisão utilizada em muitas obras de direito previdenciário para diferenciar os regimes e por ser muito importante do ponto de vista do custeio financeiro do sistema.

Tratamos também da preocupação mundial com o envelhecimento populacional e o futuro dos sistemas previdenciários.

Finalmente, neste estudo consideramos relevante verificar as modificações legislativas realizadas nos países estudados com relação ao sistema de previdência social.

## 2. CAPÍTULO 2 - PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

### 2.1 Modelos de custeio de Previdência Social

Como ensina Xavier Prétot,<sup>5</sup> os modelos de custeio de seguridade social podem ser classificados como: modelo bismarckiano e modelo Beveridge.

5 PRÉTOT, Xavier. *Droit de la sécurité sociale*. 13. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 15-16.



Como ensina o autor, o Modelo Bismarckiano foi concebido por Otto Von Bismarck e se caracteriza pela individualização dos riscos sociais, predominando o regime de capitalização combinado com o regime de contribuição definida.

Em um regime de capitalização, existe a cotização por meio de contribuição social de cada indivíduo durante um certo lapso de tempo para que exista direito a benefícios, de modo que uma coletividade de segurados cria um fundo para o custeio de seus benefícios.

Nesse tipo de sistema a participação do Estado é mínima e a do empregador é variável.

O modelo Beveridge, por sua vez, foi concebido pelo inglês William Beveridge, entre 1942 e 1946, e se baseia em ideais de universalidade da proteção social, com todos sendo alcançados pela proteção social, independentemente de estar contribuindo ou não.

Esse modelo adota o regime de repartição simples, no qual as contribuições sociais vertem para um fundo único, do qual saem recursos para a concessão de benefícios a qualquer beneficiário que atenda aos requisitos legais.

Esse modelo repousa no princípio da solidariedade e no pacto de gerações, uma vez que cabe à atual geração de trabalhadores pagar contribuições que atendam aos benefícios dos inativos.

O modelo Beveridge desenvolveu-se na Inglaterra. A publicação do Relatório Beveridge, em 20 de novembro de 1942, traduziu uma concepção totalmente nova de seguridade social, como ensina Xavier Prétot.<sup>6</sup>

Segundo o autor, em junho de 1941 o governo britânico, dirigido por W. Churchill, encarregou William Beveridge de revisar as medidas de proteção social existentes e formular propostas de reforma.<sup>7</sup>

Como ensina Xavier Prétot, o sistema de seguridade social, para W. Beveridge, só poderia se fundar em três princípios:

Princípio da universalidade: o sistema deveria cobrir toda a população de todos os riscos;

Princípio da unidade: a cobertura dos riscos deveria ser feita por meio de um sistema único;

Princípio da uniformidade: o sistema deve garantir as mesmas prestações para todos, garantindo um mínimo vital.

Ensina o autor que o sistema Beveridge opta por um sistema de proteção fundado na residência no território nacional, garantindo-se a todos um mínimo vital. O sistema bismarckiano, por sua vez, se baseia em uma proteção social fundada na categoria profissional a que pertence o segurado.<sup>8</sup>

6 Ibidem, p. 15-16.

7 Ibidem, p. 16.

8 PRÉTOT, op. cit. p. 17

## 2.2 História dos direitos sociais no Brasil

Trataremos agora um pouco da história dos direitos sociais no Brasil, com base nos ensinamentos de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari.<sup>9</sup>

A Constituição Imperial de 1824 nada previa sobre seguridade.

O Código Comercial de 1850 assegurava proteção aos trabalhadores em razão de acidente do trabalho.

O Decreto n. 9.912-A/1888 concedeu aposentadoria aos empregados dos Correios.

A Constituição Republicana de 1881 inovou ao conceder aposentadoria para funcionários públicos em caso de invalidez.

Sobreveio então a Lei Eloy Chaves, em 1923, que concedia aposentadorias e pensões aos funcionários das estradas de ferro. Esta lei inaugurou o Sistema de Caixas de Aposentadoria e Pensão – CAP. Após esta lei, foram criadas outras caixas de aposentadorias e pensões para algumas categorias de trabalhadores.

Observe-se que o direito previdenciário brasileiro se iniciou por um sistema mais bismarckiano, posto que apenas os integrantes de determinadas categorias profissionais e que pagaram determinadas cotizações tinham direito à aposentadoria.

Posteriormente, o Governo Vargas abandona a lógica das CAPs, que eram organizadas no âmbito de cada empresa, e passam a instituir os Institutos de Aposentadoria e Pensão – IAPs, que organizavam o sistema previdenciário em razão de categorias profissionais, mantendo-se, portanto, o sistema bismarckiano.

A Constituição de 1934 inovou ao prever que a legislação trabalhista deveria assegurar a previdência.

A Constituição de 1946 veiculou pela primeira vez a expressão “previdência social”. Observe-se que referida carta constitucional foi editada após a edição do Relatório Beveridge na Inglaterra (em 1942). Trata-se de uma demonstração de modificação na realidade do pagamento das aposentarias no Brasil, que passa a ser mais abrangente e deixa de se limitar à proteção de algumas categorias profissionais.

Lembramos que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em 10 de dezembro de 1948. Referido tratado internacional prevê em seu artigo 22 o direito à seguridade social.

Em 1960 foi editada a Lei n. 3.807, também conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS.

O Decreto-Lei n. 72, de 1966, centralizou a organização previdenciária no Instituto Nacional de Previdência Social – INPS.

9 CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. A evolução da proteção social no Brasil. In: *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 37-57.

A Constituição Federal brasileira de 1988 adota um modelo de proteção baseado no Bem-Estar Social, implantado pela social democracia europeia no Pós-Guerra<sup>10</sup>

Justificamos nossa afirmação de que a Constituição brasileira de 1988 adota o modelo de proteção que se inspira na política europeia do pós-guerra porque referida Carta Constitucional é muito abrangente no que se refere aos direitos previdenciários.

Observe-se que a Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo à ordem social e seu artigo 194 define seguridade social, que passa a ser uma obrigação estatal.

A Carta Constitucional 1988 adotou o modelo de seguridade social Beveridgiano, baseado na repartição simples e nos princípios da solidariedade e universalidade da cobertura.

Para assegurar o direito constitucional à saúde foi criado, pela Lei n. 8.080, de 1990, o Sistema Único de Saúde – SUS.

A assistência social, por sua vez, vem prevista no artigo 203 da Constituição Federal. Para discipliná-la foi editada a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

Hoje, os mais importantes benefícios assistenciais no Brasil são o Bolsa-Família e o benefício pago ao idoso e ao deficiente que sejam hipossuficientes.

A previdência social, por sua vez, é prevista no artigo 201 da Constituição e tem como objetivo a proteção social.

É importante destacar que, desde o final dos anos 1980 até hoje, a política social brasileira vem sendo submetida a tensões entre dois paradigmas antagônicos: o Estado mínimo versus o Estado do Bem-Estar Social. Para os defensores do Estado mínimo, as políticas sociais são inimigas da estabilidade da moeda e das contas públicas.

Em 1998, num contexto de fortalecimento do pensamento neoliberal no Brasil, foi realizada a reforma da previdência (pela Emenda Constitucional n. 20), a qual trouxe regras mais rígidas para a concessão de aposentadoria — como a substituição do requisito tempo de serviço por tempo de contribuição, bem como a criação do fator previdenciário.

Observe-se que, como será exposto adiante neste trabalho, muitos outros países tiveram seus sistemas de previdência reformados na mesma época.

### **2.3 A previdência Social na constituição federal brasileira de 1988**

Nosso sistema de seguridade social é disciplinado constitucionalmente e está previsto no Título VIII da Magna Carta, que trata da Ordem Social, no que se refere ao Regime Geral de Previdência Social, e no Capítulo

<sup>10</sup> Não estamos falando de Estado Democrático de Direito, mas de Estado do Bem-Estar Social, também chamado de Welfare State.

VII do Título III da Magna Carta, no que se refere ao Regime Próprio de Previdência Social.

Cumpra destacar, portanto, que, no Brasil, a previdência social se divide em dois regimes: próprio e geral.

Os servidores públicos podem ter um regime próprio de previdência social, que é criado e gerido pela pessoa política à qual prestam serviço.

O Regime Geral de Previdência Social, por sua vez, abrange todos os demais brasileiros, inclusive os servidores públicos que prestem serviço a um município ou estado que eventualmente não tenha criado um regime próprio de previdência.

De toda forma, em ambos os casos, a Constituição Federal brasileira estabelece regras e princípios.

Neste tópico, trataremos basicamente da disciplina constitucional do Regime Geral de Previdência Social.

O artigo 194 da Magna Carta define seguridade social como um conjunto integrado de ações, de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A seguridade social no Brasil possui objetivos constitucionais, elencados nos incisos do parágrafo único do artigo 194, os quais consistem:

- Na universalidade da cobertura e do atendimento;
- Na uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- Na seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- Na irredutibilidade do valor dos benefícios;
- Na equidade na forma de participação no custeio;
- Na diversidade da base de financiamento;
- No caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Observe-se que a universalidade do atendimento que o Brasil adotou como princípio constitucional não existe em alguns países, como será explicado ao longo do trabalho. Trata-se de uma característica do modelo Beveridgiano de Previdência Social.

O financiamento da seguridade social vem disciplinado pelo artigo 195 da Magna Carta, que estabelece ser obrigação de toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos das pessoas políticas, bem como pelas contribuições sociais do empregador, do empregado, sobre a receita ou o faturamento e o lucro.

Observe-se que também esta é uma característica do modelo de Beveridge de previdência social, pois se trata do modelo de repartição

simples de custeio, uma vez que toda a sociedade contribui para que no momento, e não no futuro, toda a sociedade seja amparada por um mínimo de seguridade social.

Uma regra muito importante juridicamente é a estabelecida pelo parágrafo único do artigo 195 da Carta Constitucional, segundo o qual nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

A previdência social, segundo o artigo 201 da Constituição Federal, é organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, à cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, proteção à maternidade, especialmente à gestante; à proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; ao auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.<sup>11</sup>

Juristas como Fábio Giambiagi e Lavínia Barros de Castro<sup>12</sup> defendem a ideia de que Constituição Federal brasileira de 1988 não considerou as reais condições de financiamento dos benefícios que concedeu. Este é, inclusive, o entendimento de muitos outros estudiosos do sistema de seguridade social brasileiro sob o ponto de vista econômico.

Em razão das preocupações com a manutenção do equilíbrio financeiro do sistema de seguridade, foram promovidas alterações na Constituição Federal, especialmente as Emendas Constitucionais n. 20, de 1998, e n. 41, de 2003.

Outrossim, não é possível saber agora se estas alterações constitucionais serão suficientes para a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro no futuro.

Para Fábio Giambiagi e Lavínia Barros de Castro, o regime do INSS vem beneficiando de forma distorcida três categorias: 1) pessoas de classe média, que se aposentam por tempo de contribuição com idade inferior à dos outros países; 2) pessoas que só contribuem quinze anos e se aposentam por idade; 3) pessoas que nunca contribuíram e recebem o benefício assistencial.<sup>13</sup>

Para o autor, também contribuem para piorar o déficit da Previdência Social o aumento real do salário mínimo nos últimos anos e o baixo crescimento da economia brasileira no período.

É importante destacar que existe um posicionamento de que esta urgência na reforma da seguridade social não existe. Esta é a posição de Denise Lobato Gentil, como transcrevemos: “O déficit, no entanto, não existe. Se

11 § 2º “Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.”

12 GIAMBIAGI, Fábio; DE CASTRO, Lavínia Barros. *Previdência Social: diagnóstico e propostas de reforma. Revista do BNDES*. Rio de Janeiro, v. 10, n. 19, jun. 2003. p. 267.

13 GIAMBIAGI; DE CASTRO, op. cit. p. 270-271.

investigarmos mais detidamente os dados estatísticos do Brasil revelam que não há crise financeira da previdência social e, principalmente, não há crise no sistema de seguridade social.”<sup>14</sup>

Referida autora analisou o desempenho do sistema previdenciário entre os anos de 1990 e 2005 e afirma que o sistema de seguridade social brasileiro é superavitário.

Segundo Denise Lobato Gentil, também é um equívoco considerar que as receitas provenientes da COFINS, da CSLL e da CPMF não fazem parte do orçamento da previdência e são erroneamente consideradas como repasse de verba da União à Previdência Social.

Para a autora, se considerarmos as receitas das referidas contribuições, o sistema previdenciário brasileiro é superavitário.

A autora afirma, ainda, que existe um grande equívoco em considerar deficitário o regime previdenciário dos servidores públicos, porque, no caso destes, existe apenas a contribuição dos trabalhadores, não havendo a contribuição patronal, como no regime geral de previdência social. Este problema também é colocado por Fábio Giambiagi e Lavínia Barros de Castro.<sup>15</sup>

Esclarecemos que consideramos o debate citado interessante porque a existência de dinheiro para o custeio do sistema de previdência social é indispensável para o pagamento dos benefícios aos segurados deste sistema.

Logo, o equilíbrio econômico-financeiro da previdência social do país é fundamental para que o cidadão, que é segurado e contribui para o referido sistema, possa usufruir da proteção social na sua velhice ou incapacidade.

#### 2.4 Custeio da seguridade social no Brasil

A Constituição Federal Brasileira de 1988 determinou, no artigo 195, incisos I a IV, as fontes de custeio da seguridade social, as quais consistem na contribuição do empregador, na contribuição do trabalhador e demais segurados da Previdência Social e nas receitas de concursos e prognósticos.

No Brasil, os segurados da Previdência Social são os principais contribuintes do sistema.

É importante ressaltar que o sistema previdenciário brasileiro possui segurados obrigatórios e facultativos.

São segurados obrigatórios o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual, o trabalhador avulso e o segurado especial, na forma do artigo 12 da Lei n. 8.212, de 1991.

Os segurados facultativos, por sua vez, na forma do artigo 21 da Lei n. 8.213, de 1991, são as pessoas naturais, maiores de 16 anos, que se filiarem

14 GENTIL, Denise Lobato. A falsa crise do Sistema de Seguridade Social no Brasil: uma análise financeira do período 1990-2005. In: *Congresso Trabalhista Brasileiro. Brasília*, 7-11 fev. 2007. p. 3. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/artigos/falsacrise.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

15 GIAMBIAGI, DE CASTRO, op. cit. p. 267.

de forma não compulsória ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição.

No Brasil, o empregador deve pagar ao sistema de previdência social uma contribuição que é calculada sobre o total das remunerações pagas durante o mês aos seus empregados.

Existem também outras contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social brasileira: a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Ante o exposto, o custeio da previdência social brasileira ocorre basicamente por meio do pagamento de contribuições pelos segurados do referido sistema e dos empregadores e empresas que se utilizam do trabalho de empregados e de prestadores de serviços.

É importante observar que Clemilton da Silva Barros entende que, no Brasil, foi adotado um sistema que mistura características do sistema bismarckiano com o sistema Beveridge, como transcrevemos<sup>16</sup>:

Dito isso, podemos afirmar que adotamos hoje um modelo de seguridade misto por excelência, porquanto traz características diversas quanto ao financiamento e também quanto à concessão dos benefícios, abrangendo os dois modelos básicos de proteção social, o alemão e o inglês. Se de um modo as prestações de Saúde e Assistência Social são gratuitas e universais, distribuídas a todos os que delas necessitem, noutra giro temos as prestações previdenciárias concedidas apenas mediante o custeio individual do segurado, conhecido ente nós como custeio direito.

Para o autor, a seguridade social no Brasil adota aspectos de repartição simples, no que se refere a alguns benefícios, como o benefício assistencial LOAS, e também possui características de regime de capitalização, como ocorre no caso da aposentadoria por tempo de contribuição.

Todavia, concluímos neste trabalho que o sistema previdenciário brasileiro é um sistema de repartição simples, de modo que aqui adotamos o sistema Beveridge, posto que a cobertura universal e uniforme é princípio constitucional. Além disso, as contribuições são utilizadas para pagamento dos benefícios de todos no momento presente e não em um momento futuro apenas para aqueles que cotizaram.

## 2.5 Dos benefícios previdenciários no Brasil

Como já exposto neste trabalho, nos termos do artigo 201 da Magna Carta, a previdência social brasileira tem caráter contributivo e filiação obrigatória e atenderá: a cobertura de eventos de doença, invalidez, morte

16 BARROS, Clemilton da Silva. O modelo de proteção social brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3.246, 21 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21775/o-modelo-de-protecao-social-brasileiro>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

e idade avançada; a proteção à maternidade; à proteção ao trabalhador em situação de desemprego voluntário; o salário-família; o auxílio-reclusão e a pensão por morte do segurado.

A regulamentação do referido dispositivo constitucional foi dada pela Lei de Benefícios, Lei n. 8.213/1991, a qual prevê como benefícios previdenciários: a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença, a aposentadoria por idade, a aposentadoria por tempo de contribuição, a pensão por morte, o auxílio-acidente, o salário-família, o salário-maternidade e o auxílio-reclusão.

### **2.5.1 Das diferentes formas de aposentadoria existentes no Brasil**

No Brasil, o segurado pode se aposentar por tempo de contribuição, por idade ou por invalidez.

A aposentadoria por invalidez é tratada no artigo 42 e seguintes da Lei n. 8.213, de 1991. Trata-se de benefício devido ao segurado total e permanentemente incapaz para o trabalho.

É importante ressaltar que, para ter direito ao referido benefício, o segurado deve ter se tornado incapaz após a filiação ao Regime Geral de Previdência Social.

Outrossim, o benefício aposentadoria por invalidez no Brasil pode cessar a qualquer momento, no caso de se comprovar que o segurado voltou a ser capaz para o trabalho.

A aposentadoria por idade é devida ao segurado que tenha completado sessenta e cinco anos, se homem, ou sessenta anos, se mulher, e que tenha cotizado no mínimo 180 contribuições.

A aposentadoria por tempo de contribuição, por sua vez, é devida ao segurado homem que tenha no mínimo sessenta e cinco anos e que tenha contribuído com trinta e cinco anos para o Regime Geral de Previdência Social, e à segurada mulher que tenha no mínimo sessenta anos e que tenha contribuído com o regime geral de previdência social no mínimo com trinta anos de contribuição, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 201 da Magna Carta.

Antes da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, não se falava em aposentadoria por tempo de contribuição. Falava-se em aposentadoria por tempo de serviço.

Na década de 1990, o governo brasileiro tomou medidas para ajustar as contas da previdência social e uma destas medidas foi exigir a efetiva contribuição para que o segurado se aposentasse, bem como uma idade mínima. Trata-se de uma medida importante tomada pelo governo brasileiro para a manutenção da sustentabilidade financeira do sistema.

Notamos, ao longo desta pesquisa, que países como a França e a Itália exigem apenas a idade e não o tempo comprovado de contribuição para a concessão de aposentadoria.



Todavia, em tais países, o valor do benefício será proporcional à cotização feita pelo segurado, de maneira que referidos sistemas acabam sendo semelhantes ao nosso, posto que temos a aposentadoria por tempo de contribuição e a aposentadoria por idade, cujos requisitos são apenas a idade e o mínimo de 15 anos de contribuição, embora o valor do benefício seja proporcional ao tempo contribuído.

É importante observar que, no âmbito do regime próprio de previdência social, também existe a aposentadoria por invalidez e a aposentadoria por tempo de contribuição.

Cumpra-se destacar, ainda, que não existe aposentadoria por idade no regime próprio de previdência social, mas existe outro tipo de aposentadoria, que é compulsória, a qual ocorre quando o servidor público completa setenta anos de idade.

### **2.5.2 Da pensão por morte no Brasil**

O benefício pensão por morte no Brasil existe tanto no regime próprio quanto no regime geral de previdência social. É devido aos dependentes do segurado falecido, quais sejam: os descendentes, o cônjuge e os ascendentes — neste último caso, se fossem dependentes do segurado.

Observe-se que, no Brasil, a idade mínima do cônjuge não é requisito para a concessão do benefício, como ocorre na França — por exemplo, no caso de pensão por morte no caso de segurado que já era aposentado.

Fixar uma idade mínima para o recebimento da pensão por morte é uma medida interessante feita pelo governo francês, posto que evita que pessoas muito jovens se casem com pessoas muito velhas ou até doentes graves, muitas vezes com a intenção de recebimento de benefício. Este tipo de fraude tem ocorrido no Brasil e o INSS pede a anulação judicial da concessão dos benefícios nos casos de casamentos realizados claramente com esta intenção.

### **2.5.3 Dos benefícios devidos em razão de incapacidade decorrente de acidente de trabalho ou doença profissional**

No Brasil, se uma pessoa restar incapacitada em razão de acidente de trabalho ou doença adquirida em razão do exercício do trabalho e for filiada ao Regime Geral de Previdência Social, receberá aposentadoria por invalidez acidentária, no caso de incapacidade total e permanente, ou auxílio-doença acidentário, no caso de incapacidade total e temporária.

Outrossim, se o segurado do sistema brasileiro restar incapacitado parcial e permanentemente para o trabalho em razão de acidente do trabalho ou doença profissional, terá direito a receber o benefício auxílio-acidente.

No caso do Regime Próprio de Previdência Social, o servidor público receberá aposentadoria, se a incapacidade for permanente e total, ou

receberá o próprio subsídio, mas ficará afastado do trabalho por licença, se a incapacidade for total e temporária.

Mister é observar que não existe o benefício auxílio-acidente no Regime Próprio de Previdência Social Brasileiro.

### 3. CAPÍTULO 3 ESTUDO COMPARATIVO DOS SISTEMAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL E REFLEXÃO SOBRE O FUTURO DO WELFARE STATE

#### 3.1 Previdência Social Italiana

Como já dissemos na introdução do trabalho, procuramos verificar qual o modelo de previdência social adotado nos países estudados: se repartição simples ou capitalização. Temos como objetivo verificar também se os sistemas estudados garantem uma cobertura social tão boa quanto a brasileira e se também se preocupam com o envelhecimento populacional e o futuro da previdência social.

O sistema previdenciário italiano possui muitos pontos em comum com o brasileiro e também garante uma grande proteção aos seus segurados.

A primeira grande semelhança consiste na disciplina constitucional da previdência social, posto que a tutela previdenciária e assistencial vem prevista no artigo 38 da Constituição italiana.

A tutela da saúde, por sua vez, vem disciplinada no artigo 31 da Carta Constitucional Italiana.

Como no Brasil, o sistema previdenciário italiano também está disciplinado pela legislação infraconstitucional.

Ademais, como em nosso ordenamento jurídico, a jurisprudência é também uma fonte do direito previdenciário italiano, sendo que, na Itália, são muito relevantes as decisões da Corte Constitucional, que corresponde ao nosso Supremo Tribunal Federal, na medida em que é a guardiã do cumprimento da Constituição italiana.

Uma diferença interessante entre os dois países consiste no fato de que, na Itália, o equilíbrio nas contas da previdência é um princípio e é considerado nas decisões da Corte Constitucional, como ensina Maurício Cinelli.<sup>17</sup>

É interessante observar que, na Itália, também se aplica o princípio da universalidade da tutela previdenciária, de maneira que qualquer trabalhador que

17 "Particularmente, frente à consideração privilegiada que a Corte Constitucional reserva à exigência de salvaguarda do equilíbrio de balanço (espécie posterior à reforma do artigo 81 da Constituição) e de contenção de despesa, parece que este princípio está destinado a restar na sombra de outro princípio fundamental (de outra forma, incondicionalmente afirmado), segundo o qual de qualquer modo a escolha deve ser 'aquela tal que constitui plena garantia para os trabalhadores.'" Tradução livre do original: "In particolare, a fronte della considerazione privilegiata che la Corte Costituzionale riserva all'esigenza di salvaguardia degli equilibri di bilancio (specie dopo la riforma dell'art. 81 Cost) e di contenimento della spesa, parebbe destinato a restare in ombra lo stesso fondamentale principio (altre volte, vicversa, incondizionatamente affermato), secondo il quale, comunque, la scelta deve essere 'tale da costituire piena garanzia per i lavoratori.'" (CINELLI, Mauricio. *Diritto della Previdenza Sociale*. 11. ed. Torino: Giappichelli, 2013. p. 86-87).

exerça função profissional na Itália está protegido pelo sistema previdenciário italiano, independentemente de sua nacionalidade.

Outra grande semelhança com o sistema previdenciário brasileiro consiste no fato de que o sistema previdenciário italiano é financiado com a contribuição do trabalhador, do empregador e do Estado italiano, aplicando-se o princípio da solidariedade, como ensina Mauricio Cinelli.<sup>18</sup>

Estas características da solidariedade e universalidade da cobertura apontam para a adoção do sistema Beveridge na Itália.

Os benefícios previdenciários italianos são quase os mesmos que existem no Brasil.

O INPS italiano também paga um benefício em razão da maternidade ou adoção (artigos 31 e 37 da Constituição italiana e artigos 2.110 e 2.111 do Código Civil italiano).

Um benefício que existe na Itália e não existe aqui é um seguro obrigatório contra tuberculose. Entretanto, Maurício Cinelli ensina que este benefício perdeu parte de sua justificativa, posto que a gravidade social da doença tuberculose não subsiste mais.<sup>19</sup>

Do estudo da legislação italiana, observamos que, na Itália, também existem os benefícios de aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade e o benefício assistencial ao incapaz para o trabalho,

O benefício assistencial italiano é muito parecido com o previsto na Lei Orgânica de Assistência Social brasileira, porque consiste no pagamento de uma renda mínima, de natureza assistencial, a pessoas com risco de marginalidade social e impossibilidade de prover o próprio sustento, como previsto no Decreto Legislativo italiano n. 509, de 1988, e na Lei italiana n. 68, de 1999.

A aposentadoria por invalidez italiana, como no Brasil, também é paga àquele que se tornou incapaz para o trabalho.

Também existe na Itália um benefício pago àqueles segurados que se tornaram incapazes em razão de acidente ou doença profissional, benefício que se parece muito ao auxílio-acidente brasileiro.

A aposentadoria por idade italiana, prevista nos artigos 36 a 38 da Constituição italiana, também se assemelha à brasileira.

18 "O concurso ao financiamento do sistema previdenciário é aquele pelo qual melhor se realiza o princípio da solidariedade. Apesar de o cumprimento da obrigação contributiva ser uma manifestação de solidariedade de grupo, a solidariedade geral se manifesta, sobretudo, através da forma de intervenção direta do financiamento estatal, bem como através de formas indiretas, como as isenções contributivas ou as formas de não contribuição." Tradução livre do original: "Il concorso al finanziamento del sistema previdenziale è uno dei fronti sul quale meglio si manifesta e realizza il principio di solidarietà. Mentre l'adempimento dell'obbligazione contributiva è manifestazione della solidarietà di gruppo, la solidarietà generale si manifesta, inanzitutto, attraverso le forme di intervento diretto della finanza statale; ma anche attraverso forme indirette, come gli sgravi contributivi o in genere le forme di decontribuzione." (CINELLI, op. cit., p. 258).

19 *Ibidem*, p. 459.

Existe na Itália uma tendência a aumentar a idade para a aposentadoria, em razão do aumento da expectativa de vida.<sup>20</sup> Esta é uma tendência em vários países, como será exposto adiante.

Interessante também mencionar o fato de que na Itália também foram feitas reformas no sistema previdenciário na década de 1990.

Uma diferença considerável que existe no ordenamento jurídico italiano consiste no fato de que, na Itália, as lides previdenciárias são julgadas pela Justiça Administrativa, cujas decisões têm efeito de coisa julgada.

Como é de conhecimento de todos, no Brasil o segurado tem direito a peticionar administrativamente e judicialmente, porque a decisão administrativa não faz coisa julgada.

Como já mencionamos anteriormente, hoje a Itália também se preocupa com o envelhecimento rápido da população e o equilíbrio do sistema previdenciário no longo prazo.

Como explica Esping-Andersen, na Itália os empregadores têm preferido ajustar suas necessidades de trabalho por meio do ajuste de horas e não da contratação de mais trabalhadores, situação que favorece o aumento de trabalho informal e prejudica o custeio para o sistema de seguridade social.<sup>21</sup>

### 3.2 Sistema Previdenciário Francês

O sistema de aposentadorias na França se caracteriza por uma grande variedade de regimes, dentre os quais: o regime geral dos trabalhadores do setor privado, o regime dos trabalhadores do setor público, o regime dos profissionais liberais, dos artesãos, dos agricultores e outros regimes especiais, como informado no site do Ministério do Trabalho, do Emprego e da Saúde do referido país.

Esses diferentes regimes são geridos por 35 organismos diferentes.<sup>22</sup>

As regras para concessão de aposentadoria são diferentes nos diversos regimes; todavia, prevalece o princípio da repartição, o que significa que as cotizações de um ano se servem a pagar as aposentadorias deste mesmo ano. Referido princípio se baseia no princípio da solidariedade entre os mais jovens e os mais idosos.<sup>23</sup>

20 "A exigência de se elevar a idade para a aposentadoria é cada vez mais urgente, considerando-se o efeito do envelhecimento demográfico e a desfavorável tendência econômica geral, porque para manter o equilíbrio financeiro da Previdência Nacional é necessário reduzir o volume de despesa social com as aposentadorias." Tradução livre do original: "L'esigenza di elevare l'età pensionabile (sia "media" che "edittale") si è fatta sempre più pressante, man mano che, sotto l'effetto congiuntivo del fenomeno dell'invecchiamento demografico e del non favorevole trend economico generale, per mantenere gli equilibri della finanza previdenziale nazionale si è reso necessario ridurre il volume della spesa sociale per le pensioni." (CINELLI, op. cit. p. 554).

21 ESPING-ANDERSEN, Gosta. *O futuro do Welfare State na nova ordem mundial*. Lua Nova, n. 35, p. 73-111, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n35/a04n35.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

22 FRANÇA. Ministère du Travail, de l'emploi et de la Santé. *Ma retraite, mode d'emploi*: le guide pour comprendre et préparer sa retraite, 2011. p. 4.

23 Ibidem, p. 6

Neste sentido é a lição de Liliane Daligan, Jacqueline Cardona, Delhomme Joël e Fasquel Dominique<sup>24</sup>:

O sistema francês de aposentadoria está baseado em grande parte na repartição. Neste modo de gestão, as cotizações pagas pelos trabalhadores da ativa e pelos empregadores são imediatamente utilizadas para pagar as aposentadorias. Desta forma, as cotizações de hoje pagam as aposentadorias de hoje.

Este sistema de aposentadorias se caracteriza pela existência:

- de um contrato entre as gerações. Com efeito, cada geração de trabalhadores ativos reconhece a obrigação com a geração precedente e serão beneficiários do pagamento de suas aposentadorias pela próxima geração de trabalhadores ativos;
- de mecanismos de redistribuição em favor da parcela da população menos abastada;
- de mecanismos de solidariedade no seio de uma mesma geração, em razão dos períodos de interrupção do trabalho (nos casos de desemprego, maternidade e doença);
- de mecanismos de compensação entre os diferentes regimes por repartição.

Como ocorre no Brasil, a organização da seguridade social francesa é baseada no princípio da solidariedade, que garante os trabalhadores e sua família contra riscos de qualquer natureza que possam suprimir sua capacidade de ganho.

Entretanto, o sistema de seguridade social francesa se diferencia do nosso e de todos os outros estudados nesta pesquisa (Itália e países latino-americanos) porque se subdivide em muito mais regimes diferentes.

O regime geral de seguridade social francês é o mais importante, porque protege 80% da população do país,<sup>25</sup> razão pela qual, nesta pesquisa, falaremos apenas dele.

É importante observar que ao sistema de seguridade francês se aplica o princípio da territorialidade, segundo o qual o exercício de atividade no território francês ou a residência no território francês conduzem à aplicação das

24 Tradução livre do original: "Le système français de retraite repose pour une très large part sur la répartition. Dans ce mode de gestion, les cotisations 'retraite', versées par les actifs et par leurs employeurs, sont immédiatement utilisées pour payer les retraites. Ainsi, les cotisations d'aujourd'hui financent les retraites d'aujourd'hui. Ce système de répartition se caractérise par l'existence d'un contrat entre les générations. En effet, chaque génération d'actifs se reconnaît une dette vis-à-vis de la génération précédente et bénéficiera à son tour du paiement de sa retraite par la génération suivante; de mécanismes de redistribution de revenu au bénéfice des populations les moins aisées; de mécanismes de solidarité au sein d'une même génération, les périodes d'interruption de travail (chômage, maternité, maladie...) pouvant être considérées comme des périodes 'avec cotisations'; de mécanismes de compensation entre les différents régimes par répartition." (DALIGAN, Liliane; CARDONA, Jacqueline; DELHOMME, Joël; DOMINIQUE, Fasquel. *Securité sociale*. 6. ed. Paris: Elsevier Masson, 2012. p. 159).

25 DALIGAN; CARDONA; DELHOMME; DOMINIQUE, op. cit., p. 12.

regras da seguridade francesa.<sup>26</sup> Estas regras também se aplicam a franceses que deixam temporariamente o território francês para trabalhar no exterior.

Como no Brasil, existe na França um seguro contra o desemprego, chamado *assurance chômage*. O pagamento do benefício, entretanto, não é feito pelo sistema de seguridade social, mas por um órgão específico chamado Pôle Emploi.

Também diferentemente do que ocorre no Brasil, as regras do referido benefício são negociadas por organizações sindicais e patronais.<sup>27</sup>

O sistema previdenciário francês possui um benefício muito parecido com nosso auxílio-doença, o qual se chama *assurance maladie*, que, no entanto, dele se diferencia porque envolve, além do benefício previdenciário, também o tratamento médico, farmacêutico e hospitalar. Neste sentido, transcrevemos a lição de Liliane Daligan, Jacqueline Cardona, Delhomme Joël e Fasquel Dominique<sup>28</sup>:

A Seguridade Social tem por vocação o regramento das prestações destinadas a assegurar a segurança econômica dos beneficiários. Estas prestações podem ser feitas em natura, para reembolso total ou parcial dos gastos com saúde, ou podem ser feitas em espécie, para compensar uma parte da perda de salário.

Pesquisando o sistema previdenciário francês, observamos que, parecido com nossa aposentadoria por invalidez, existe na França um benefício chamado *assurance invalidité*. Referido benefício é pago àqueles que tiveram sua capacidade de trabalho reduzida em ao menos dois terços e que ainda não tenham a idade mínima para se aposentar. Seu valor é calculado com base nos dez melhores salários e a porcentagem para o cálculo varia conforme a redução da capacidade de trabalho, como nos ensinam Liliane Daligan, Jacqueline Cardona, Delhomme Joël e Fasquel Dominique<sup>29</sup>:

O benefício por invalidez não é pago diariamente, mas é uma pensão paga trimestralmente. Seu montante é calculado em função do salário médio dos dez melhores anos que precedem a doença incapacitante.

A lei distingue três categorias de inválidos:

26 PRÉTOT, op. cit., p. 106.

27 DALIGAN; CARDONA; DELHOMME; DOMINIQUE, op. cit., p. 21.

28 Tradução livre do original: "La Sécurité sociale a pour vocation le règlement de prestations destinées à assurer la sécurité économique des bénéficiaires. Elles se subdivisent en prestations en nature représentant le remboursement total ou partiel de soins de santé et en prestations en espèces pour compenser en partie une perte de salaire." (Ibidem, p. 34).

29 Tradução livre do original: "L'invalidité ne perçoit plus des indemnités journalières mais une pension qui lui est versée trimestriellement. Son montant est calculé en fonction du salaire moyen des 10 meilleures années qui précèdent la maladie invalidante. Le loi distingue 3 catégories d'invalides: catégorie 1: invalides capables d'exercer une activité rémunérée (travail léger ou réduit). La pension est égale à 30% du salaire moyen; catégorie 2: invalides incapables d'avoir une activité rémunérée quelconque. La pension est égale à 50% du salaire moyen; catégorie 3: invalides incapables d'exercer une profession et qui sont en outre dans l'obligation d'avoir recours à l'assistance d'une tierce personne pour effectuer les actes ordinaires de la vie (se laver, s'habiller, se déplacer, se nourrir, s'exonérer...)." (DALIGAN; CARDONA; DELHOMME; DOMINIQUE, op. cit., p. 48).

Categoria 1: inválidos capazes de exercer uma atividade remunerada (trabalho leve ou reduzido). Neste caso, a pensão é igual a 30% do salário médio;

Categoria 2: inválidos incapazes de ter qualquer atividade remunerada. Neste caso, a pensão é igual a 50% do salário médio;

Categoria 3: inválidos incapazes de exercer uma profissão e que precisam de assistência de terceira pessoa para realizar as atividades comuns da vida (se lavar, se vestir, se deslocar, se alimentar, fazer suas necessidades fisiológicas).

Importa destacar que a *assurance invalidité* é paga nas situações em que a incapacidade não é resultante de acidente do trabalho ou doença profissional, casos em que as indenizações são mais favoráveis.<sup>30</sup>

No caso de acidente de trabalho, na França também se paga benefício em razão de incapacidade temporária ou permanente, sendo o valor do benefício obtido por meio da aplicação de uma taxa de incapacidade sobre o salário útil da vítima.<sup>31</sup>

No caso de morte em razão de acidente de trabalho, o cônjuge ou concubino maior de 55 anos ou inválido, os filhos e os ascendentes têm direito a receber uma indenização.<sup>32</sup>

É interessante observar que o sistema previdenciário francês também possui um benefício destinado aos segurados que se tornam incapazes em razão de acidentes do trabalho, inclusive os ocorridos no trajeto para o trabalho, da mesma maneira que ocorre no Brasil.<sup>33</sup>

O sistema previdenciário francês possui um benefício parecido com o salário-maternidade brasileiro, chamado *assurance maternité*, que também é pago em caso de adoção.<sup>34</sup>

Verificamos, ainda, que na França o pai também tem direito a uma licença no caso de adoção ou nascimento de uma criança, o que se chama lá *congé de paternité*. Todavia, referido benefício tem a duração de onze dias na França, conforme a Lei n. 2001-1246, sendo, portanto, muito mais extenso que no Brasil.<sup>35</sup>

Cumpramos destacar que também existe no sistema previdenciário um benefício de aposentadoria por idade, chamado *assurance vieillesse*.

A idade para se aposentar no regime geral francês depende do ano de nascimento da pessoa e varia entre 60 a 62 anos. Por exemplo, se uma pessoa nasceu antes de julho de 1951, ela poderá se aposentar aos 60 anos. Por outro lado, uma pessoa que nasceu a partir de 1956 poderá se aposentar com a idade mínima de 62 anos.<sup>36</sup>

30 PRÉTOT, op. cit., p. 133.

31 Ibidem, p. 182-184.

32 Ibidem, p. 185.

33 DALIGAN; CARDONA; DELHOMME; DOMINIQUE, op. cit., p. 64.

34 Ibidem, p. 57.

35 PRÉTOT, op. cit. p. 133.

36 DALIGAN; CARDONA; DELHOMME; DOMINIQUE, op. cit., p. 166.

Outrossim, para que os franceses tenham direito a se aposentar com o valor integral, o que na França se chama a *taxa plena*, a idade varia entre 65 e 67 anos.<sup>37</sup>

Observe-se que o sistema previdenciário francês difere do brasileiro porque não exige um tempo mínimo de contribuição para conceder a aposentadoria por idade. Entretanto, o tempo de contribuição influencia na França o valor que terá o benefício.

Há, ainda, no sistema previdenciário francês um benefício chamado *assurance décès*, que é pago no caso de morte do segurado que gozava de aposentadoria por invalidez.

Referido benefício é pago ao cônjuge sobrevivente e não separado, aos descendentes e aos ascendentes que dependiam economicamente do segurado. Havendo mais de um beneficiário, o montante do benefício é dividido, de forma muito parecida com o que ocorre no Brasil.<sup>38</sup>

Existe, ainda, a *pension de réversion*, que consiste em benefício previdenciário pago ao cônjuge do segurado falecido que já era aposentado por idade. Para receber o benefício, o cônjuge sobrevivente deve ter a idade mínima de 55 anos e precisa ter estado casado com o cônjuge sobrevivente ao menos dois anos, bem como não pode se casar novamente.<sup>39</sup>

A pensão de reversão somente é paga àqueles que se casaram conforme a lei civil, de modo que aqueles que viviam em união estável não têm direito ao benefício.<sup>40</sup>

O valor do referido benefício corresponde a 54% do valor que o *de cujus* recebia como aposentadoria, mas este valor aumenta se existem filhos e tem acréscimo de 11% se o cônjuge sobrevivente possui 65 anos ou mais.

O cônjuge sobrevivente menor de 55 anos tem direito também a um benefício que se assemelha à pensão por morte, chamado *assurance veuvage*. Para que haja direito ao benefício, também é necessário o casamento civil, não se admitindo o concubinato. Outrossim, é necessário que o cônjuge sobrevivente comprove não receber renda superior a um limite imposto em lei.<sup>41</sup>

Como já comentado anteriormente, a imposição de uma idade para o recebimento do benefício pensão por morte é uma medida interessante adotada pela legislação francesa, posto que evita casamentos fraudulentos apenas para obtenção do benefício, o que infelizmente ocorre no Brasil.

Finalmente, observamos que, na França, existe um benefício assistencial pago aos idosos com mais de 65 anos, independentemente de contribuição, desde que eles não possuam meio de subsistência. Trata-se de um benefício muito

37 PRÉTOT, op. cit. p. 150.

38 Ibidem, p. 135.

39 PRÉTOT, op. cit. p. 158-159.

40 Ibidem, p. 160.

41 Ibidem, p. 161-162.



parecido com nosso LOAS, benefício assistencial previsto na Lei Orgânica de Assistência Social.<sup>42</sup>

Segundo Jorgemar Felix, o sistema de aposentadoria francês foi construído sob a ótica bismarckiana, como ocorreu com a Alemanha, a Itália, a Irlanda, os Países Baixos, a Dinamarca, a Finlândia, a Espanha e a Grã-Bretanha.<sup>43</sup>

É importante observar que Xavier Prétot defende posição diversa, no sentido de que o sistema de seguridade francês atual, nascido em 1945, se inspirou nos princípios de Beveridge.<sup>44</sup>

Para Xavier Prétot, antes da Segunda Guerra Mundial havia na França um sistema fragmentado de proteção social, no qual prevalecia o sistema de cotização bismarckiano.

Em 4 de outubro 1945, no governo do general De Gaulle, foi instituída a Seguridade Social francesa pela *Ordonance 452250*, que harmonizou as legislações então existentes e estendeu o campo de aplicação da seguridade social a uma nova categoria de beneficiários.<sup>45</sup>

Inicialmente, a seguridade social francesa era paga por meio de cotização. Entretanto, em 1991 foi criada uma contribuição adicional, chamada *contribution sociale généralisée*.<sup>46</sup> Entretanto, as cotizações ainda representam dois terços dos recursos da Previdência Francesa.

Como ensina Jorgemar Felix, a França sempre foi um país modelo no que se refere à Previdência Social, mas é um país ameaçado pelo envelhecimento populacional. Estima-se que, em 2040, um terço da população terá mais de 65 anos.<sup>47</sup>

Importa também destacar que, como ensina Jorgemar Felix,<sup>48</sup> os países europeus revisaram, na década de 1990, seus modelos previdenciários, atendendo as orientações de 1994 do Banco Mundial — constantes do mesmo relatório que orientou a reforma da previdência nos países latino-americanos. Em 1994, o Banco Mundial publicou um livro chamado “Averting the Old Ages Crisis”, segundo o qual as vidas estão mais longas em razão da riqueza e das tecnologias médicas avançadas, o que irá impor às nações um ônus insuportável, salvo se os sistemas de previdência social forem modificados.<sup>49</sup> Com base neste estudo, muitos países reformaram seus sistemas de previdência, entre os quais o Brasil e a França.

42 Ibidem, p. 162-163.

43 FELIX, Jorgemar. *Economia da longevidade: o envelhecimento da população brasileira e as políticas públicas para os idosos*. 2009. 107 p. Dissertação (Mestrado em Economia Política) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 75.

44 PRÉTOT, op. cit. p. 21-22.

45 PRÉTOT, op. cit. p. 22-23.

46 Ibidem, p. 83-85.

47 FELIX, op. cit. p. 75.

48 Ibidem, p. 77.

49 TRICARICO, Antonio. Banco Mundial, riscos e previdência social. In: BANCO MUNDIAL. *Conferência “New Ideas About Old Age Security”*, Washington, EUA, 14-15 set. 1999. Disponível em: <<http://www.ibase.br/userimages/banco.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

Finalmente, cumpre destacar que, em 15 de outubro de 2013, foi aprovada na França uma nova reforma da previdência, que aumenta o tempo de contribuição para que os segurados recebam aposentadoria integral.<sup>50</sup>

### 3.4 Sistemas de seguridade social na América Latina

Os países latino-americanos são muito diferentes no que se refere à adoção de sistemas de seguridade social, em razão das diferenças no desenvolvimento econômico de referidos países.

A Argentina e o Brasil foram os pioneiros a adotar um sistema de proteção social que se iniciou de acordo com o modelo bismarckiano, nas décadas de 1910 e 1920 respectivamente, como ensinam Ana Amélia Camarano e Maria Teresa Pasinato.<sup>51</sup>

Segundo as autoras, o México, a Bolívia, o Peru e a Costa Rica constituíram seus sistemas previdenciários na década de 1940, sob a influência do modelo Beveridge e das recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Apontam as autoras, no estudo que fizeram sobre a América Latina, que, nas últimas décadas, quase todos os países latino-americanos implementaram mudanças estruturais em seus sistemas previdenciários, a fim de obterem um maior equilíbrio fiscal, de forma que buscaram uma relação mais correta entre contribuições e benefícios e aumento da expectativa de vida. Isso ocorreu no Peru em 1992, na Argentina em 1994, no México em 1997, na Bolívia em 1998, e na Costa Rica em 2000.

No Brasil, não se realizou uma reforma estrutural, mas foram implementados ajustes em 1998 e em 2003, com as Emendas Constitucionais n. 20 e n. 41, respectivamente, também com a intenção de buscar um equilíbrio financeiro no sistema previdenciário.

Para Ana Amélia Camarano e Maria Teresa Pasinato,<sup>52</sup> as populações mais idosas de alguns países latino-americanos podem ficar desprotegidas em razão das reformas realizadas:

Uma das conseqüências do ajuste atuarial proposto pelas reformas nos países que experimentam um processo de informalização crescente é o aumento da desproteção da população nas idades avançadas. Ou seja, parte expressiva da geração dos idosos do futuro está vivenciando os efeitos da flexibilização do mercado de trabalho e experimentará o “engessamento” da previdência social. Além disso, não se pode esperar desse ajuste o equacionamento da questão de

50 SOB PROTESTOS, Assembleia da França aprova reforma previdenciária. Operamundi, 15 out. 2013. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/31838/sob+protestos+assembleia+da+franca+aprova+reforma+previdenciaria.shtml>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

51 CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Teresa. *Envelhecimento, Pobreza e Proteção Social na América Latina*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1844/1/TD\\_1292.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1844/1/TD_1292.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2014.

52 *Ibidem*, p. 21.

financiamento, pois não foram consideradas as transformações no mercado de trabalho, que estão resultando no declínio da proporção de contribuintes.

Cumpram-se destacar que referidas reformas buscaram aumentar a relação entre a contribuição e a percepção dos benefícios, numa clara opção por um sistema mais capitalizado.

Entretanto, como ensinam Ana Amélia Camarano e Maria Teresa Pasinato,<sup>53</sup> não se observou um aumento de arrecadação de contribuição previdenciária nos países latino-americanos após a realização das referidas reformas, o que se deve, em grande parte, à economia informal:

Diagnósticos recentes, realizados por organismos internacionais (GILL; PACKARD; YERMO, 2004; CEPAL, 2006a; OIT, 2003), revelam que se, por um lado, as reformas empreenderam grandes esforços para o saneamento do componente contributivo dos sistemas, pouca atenção foi dada ao primeiro pilar ou pilar zero da estrutura dos sistemas de seguridade social, responsável pela conformação de uma rede de proteção para a população carente e sem capacidade contributiva. O Brasil foi um dos países da América Latina que mais avançou nessa questão. Não se tem dúvidas de que a ampliação da cobertura dos programas de benefícios não contributivos para os trabalhadores vinculados ao setor informal é uma questão fundamental para garantir a proteção social para esses trabalhadores quando da perda de sua capacidade laborativa: são os benefícios devidos pelo trabalho, como é o caso da previdência rural brasileira, e por carência de renda (assistenciais). Assume-se que isso requer formas de financiamento diferentes das tradicionais.

Muito interessante é colocação das autoras. Senão, vejamos: no Brasil, por exemplo, nós passamos por duas grandes reformas de nosso sistema previdenciário, por meio das Emendas Constitucionais n. 20, de 1998, e n. 40 de 2003, nas quais se buscava um maior ajuste entre os benefícios e seu custeio.

Todavia, paga-se no Brasil muitos benefícios assistenciais, que são destinados a pessoas que não possuem renda comprovada, mas que, provavelmente, possuem sim alguma renda recebida por meio da economia informal.

Trata-se do benefício conhecido como LOAS, previsto na Lei Orgânica da Assistência Social, que é pago ao idoso ou ao deficiente que estejam em situação de hipossuficiência econômica.

O recebimento de benefício assistencial por idosos que foram trabalhadores informais configura uma grande injustiça, posto que o trabalhador assalariado contribui para o sistema para receber seu benefício, que muitas vezes será no valor de um salário mínimo, mesmo valor percebido por quem recebe o benefício assistencial e nunca contribuiu para o sistema.

A solução constitucionalmente adequada seria a criação de regras mais rígidas para o pagamento do benefício assistencial e a realização de um trabalho

53 CAMARANO; PASINATO, op. cit. p. 23.

de fiscalização mais eficaz por parte do Estado, de maneira a diminuir a existência do trabalho informal.

Como ensinam Ana Amélia Camarano e Maria Teresa Pasinato, a Bolívia também possui um benefício não contributivo pago aos idosos que se chama “Bonosol”.

O México, segundo as autoras, não possui um benefício específico não contributivo pago aos idosos, mas paga um benefício a idosos que comparecem a consultas médicas e sejam inscritos no Programa Oportunidades.<sup>54</sup>

Ensinam as autoras que os citados benefícios assistenciais são importantes na redução da pobreza nos países latino-americanos<sup>55</sup>:

No entanto, esses benefícios têm tido um grande impacto na redução da pobreza dos domicílios onde residem idosos, o que repercute nas medidas de pobreza da população como um todo. De acordo com a OIT (2003), eles foram responsáveis por 31% da diminuição da pobreza entre domicílios com idosos argentinos em 1997, 29% no Brasil em 1999, e 24% na Costa Rica em 2000.

Um país que seguiu um sistema diferenciado na América Latina foi o Chile.

O Chile se destaca dos outros países latino-americanos no que se refere à reforma previdenciária, posto que, desde o início dos anos 1980, empreendeu uma radical privatização do setor previdenciário.

O modelo chileno anterior à referida reforma era bastante similar ao dos outros países latino-americanos, como ensina Jorgemar Felix,<sup>56</sup> de maneira que um pequeno grupo era extremamente privilegiado (militares), o grupo dos trabalhadores era menos favorecido e uma grande parte da população não possuía cobertura.

Referido sistema, baseado no princípio da solidariedade, foi substituído por um sistema privatizado e de capitalização.

Desta forma, no Chile, após 1981, a previdência pública fechou-se para novas participações e extinguiu-se o sistema de repartição simples, menos para os que já trabalhavam e puderam optar pelo setor público.

Outrossim, o resultado de referida reforma não é favorável, pois resultou em grande parte da população sem cobertura, como nos ensina Jorgemar Felix: “Depois de duas décadas e meia, com o crescimento da economia informal, a instabilidade no emprego e a baixa adesão dos autônomos, que podiam optar por contribuir ou não, resultou em 80% da mão-de-obra ativa sem cobertura.”<sup>57</sup>

Por esta razão, em janeiro de 2008, o governo de Michelle Bachelet aprovou uma segunda reforma, cujo foco foi universalizar o direito à aposentadoria, para todos os chilenos, para cujo fim foi criada a Pensão Básica Solidária para os 40% mais pobres da população (pessoas com renda *per capita* de US\$ 170,00) para

54 CAMARANO; PASINATO, op. cit. p. 25.

55 Ibidem, p. 25.

56 FELIX, op. cit., p. 70.

57 Ibidem, p. 71.

que recebam pensão de US\$ 150,00, mesmo que nunca tenham contribuído para o sistema previdenciário.

Aponta Gosta Esping-Andersen<sup>58</sup> que a privatização da seguridade social no Chile tem prós e contras, porque a adoção de um esquema de pensões, baseado em aposentadorias individuais e privadas, necessitou de altos investimentos públicos.

Outrossim, o custeio é feito pelos empregados e, por isto, grande parte da população chilena não possui cobertura previdenciária — entre os quais os desempregados e os trabalhadores do mercado informal.

Para o autor, o sistema de seguridade social privatizado chileno repete vários erros do sistema público de seguridade social.

Importa novamente destacar que, como ensina Jorgemar Felix,<sup>59</sup> muitos países na década de 1990 revisaram seus modelos previdenciários, atendendo as orientações de 1994 do Banco Mundial.

Como já ressaltamos anteriormente, em 1994 o Banco Mundial publicou um livro chamado “Averting the Old Ages Crisis”, segundo o qual vidas mais longas, resultantes da riqueza e das tecnologias médicas avançadas, vão impor às nações um ônus insuportável, salvo se os sistemas de previdência social forem modificados.<sup>60</sup>

Entretanto, nos explica Jorgemar Felix que o próprio Banco Mundial recuou de sua posição de 1994, editando um documento, em 2001, com a intenção de demonstrar que a privatização da previdência social não é a solução e significa um retrocesso na distribuição de renda.

### 3.5 O Envelhecimento da população e o futuro do Welfare State

Observamos que o aumento da população mundial e da longevidade, bem como a diminuição da natalidade e o envelhecimento da população geram uma preocupação com a subsistência e eficiência dos sistemas de seguridade social em quase todos os países do mundo.

Como ensina Jorgemar Felix, o Brasil é um país que envelhece muito mais rápido do que vislumbram as projeções, de modo que a participação do grupo jovem da população (15 a 29 anos) atingiu o máximo no ano 2000 e declinará até 2030. Segundo o autor, até 2025 o Brasil ocupará o sexto lugar do mundo entre os países com maior população idosa.<sup>61</sup>

Outro dado interessante apresentado pelo autor com relação ao Brasil consiste no fato de que foi reduzida a situação de pobreza entre os

58 ESPING-ANDERSEN, op. cit., p. 101.

59 FELIX, op. cit., p. 77.

60 TRICARICO, op. cit.

61 FELIX, op. cit., p. 9-10.

idosos no país, provavelmente em razão do benefício assistencial LOAS, conforme análise do IBGE, referente às PNADs de 1997, 2000 e 2007.<sup>62</sup>

De toda forma, o envelhecimento da população gera em quase todos os países a preocupação com o bem-estar social da população idosa.

De uma assembleia geral da ONU em 1982 surgiu o Plano de Viena, segundo o qual seria necessário discutir a autonomia dos idosos e os meios físicos e financeiros que a garantam. O Plano de Viena incentivou os países, já naquela época, a modificarem suas constituições e a criarem leis que ampliassem a proteção ao idoso, como no caso da Constituição brasileira de 1988.

Como nos ensina Jorgemar Felix<sup>63</sup>:

Ao contrário da visão catastrofista de alguns autores, o envelhecimento populacional pode ter seu impacto reduzido também na Previdência Social, se forem adotadas medidas na área trabalhista capazes de incentivar a formalização do mercado de trabalho e também medidas de fiscalização e combate de fraudes e sonegação. E ainda alternativas como a redução da jornada de trabalho, aposentadoria parcial e outros incentivos à permanência do trabalhador na ativa e a protelação da aposentadoria. Essas medidas, de alguma forma, devem ser um incentivo para o trabalhador abandonar (ou o Estado desmontar) o sistema de repartição. Nos países onde ocorreu a substituição do sistema de repartição pelo de capitalização, verificou-se um profundo agravamento da exclusão dos idosos mais pobres. Logo, como a Previdência, no Brasil, tem se mostrado uma das mais importantes ferramentas de combate à desigualdade, a eliminação deste sistema teria graves consequências sociais para a população idosa do futuro.

O pensamento neoliberal do governo brasileiro da década de 1990 era pela privatização da previdência e outros serviços sociais, disseminando-se uma ideia de que o indivíduo deve se responsabilizar pela própria velhice.

Entretanto, como mostrou a experiência chilena, este modelo, para funcionar, depende muito da situação econômica do país.

*Welfare State* é o nome que se dá ao conjunto de políticas sociais implementadas no pós-guerra. Estas políticas representavam, sobretudo, a reconstrução econômica e moral da sociedade.

Entretanto, em razão do envelhecimento da população em muitos países do mundo e da crise econômica que assola a Europa no momento atual, os estudiosos discutem sobre a necessidade de reformas nas políticas sociais.

Segundo Gosta Esping-Andersen, o crescimento do desemprego na Europa e o aumento das desigualdades na América do Norte são sintomas da diferença entre o crescimento no emprego e a seguridade social generosa.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>63</sup> FELIX, op. cit., p. 85.

<sup>64</sup> ESPING-ANDERSEN, op. cit. p. 74.

Constata o autor que existem fatores que criam uma necessidade de alteração das políticas sociais, citando a mudança na estrutura familiar (existência de famílias monoparentais), a estrutura ocupacional mais diferenciada e homogênea, o crescimento mais lento, a desindustrialização, o envelhecimento da população e as baixas taxas de natalidade. Neste sentido, o autor cita os referidos dados<sup>65</sup>:

Na Comunidade Européia, a proporção de dependentes crescerá 50% entre hoje e 2020; com as atuais regras e benefícios, isso absorverá um adicional estimado de 5% a 7% do PIB. Projeções da OCDE para até 2040 indicam que somente o envelhecimento dobrará ou triplicará os gastos com aposentadorias e saúde, especialmente em países que, como o Japão, passam por um envelhecimento extremamente rápido.

A preocupação é tamanha que especialistas em economia e previdência social se preocupam que o trabalho feminino possa reduzir as taxas de natalidade.

No entanto, como aponta Gosta Esping-Andersen, estudos apontam que países como Finlândia e Suécia atingiram o máximo de emprego feminino e ainda assim possuem altas taxas de natalidade, para o que, segundo o autor, é determinante a existência de políticas sociais como serviços sociais e benefícios generosos de licença-maternidade.

Para o autor, a política de *Welfare State* é importante para compatibilizar os objetivos da família e do trabalho.<sup>66</sup> Outrossim, aponta que o principal problema consiste no custo alto das contribuições sociais, que representa um fator que limita o crescimento do emprego. Além disso, os benefícios sociais generosos reduzem o incentivo ao trabalho.

Entretanto, a privatização da seguridade social não é a solução. Esta também é a posição de Gosta Esping-Andersen<sup>67</sup>:

Há evidências de que os altos custos marginais do trabalho e os direitos trabalhistas rígidos impedem o crescimento do emprego, e um dos modos de enfrentar parcialmente este problema seria a redução das contribuições sociais por meio da privatização dos programas de bem-estar. Mas a privatização da seguridade social não pode oferecer uma solução real. Em primeiro lugar, e como sabemos a partir dos Estados Unidos e, mais recentemente, do Chile, os planos privados dependem de taxas de concessão favoráveis, isto é, de subsídios públicos. Em segundo lugar, a experiência americana mostra que planos de bem-estar ocupacionais (ou de benefícios ocupacionalmente diferenciados) podem incorrer exatamente nas mesmas inflexibilidades e sobrecargas de custos do sistema público. Os primeiros tendem a inibir a mobilidade ocupacional, porque os trabalhadores temem a perda de benefícios

65 ESPING-ANDERSEN, op. cit., p. 79.

66 Ibidem, p. 80.

67 Ibidem, p. 81.

e porque implicam exigências contratuais (nos Estados Unidos, por exemplo, os trabalhadores devem em média estar empregados por um mínimo de cinco anos para que se tornem elegíveis aos benefícios). Assim, como a seguridade social pública, os planos privados também impõem encargos trabalhistas altos. Os esforços de redução da seguridade social por parte do setor público são portanto semelhantes aos do setor privado. Nos Estados Unidos, a cobertura dos planos ocupacionais caiu quase 8% na última década.

Um ponto importante a observar consiste no fato de que países que optam por manter baixos custos da força de trabalho não ampliam seu *Welfare State*.

Explica Gosta Esping-Andersen que a aposentadoria precoce tem aumentado na Europa como resposta ao desemprego. Segundo o autor, em países como França e Itália, os empregadores têm preferido ajustar suas necessidades de trabalho por meio do ajuste de horas e não da contratação de mais trabalhadores, situação que favorece o aumento de trabalho informal.<sup>68</sup> Afirma, ainda, que países como a Argentina e o Chile estão buscando a privatização da previdência social e uma rede pública de seguridade social reduzida.<sup>69</sup>

Outros países, como o Brasil e a Costa Rica, fortaleceram seu modelo de rede pública de seguridade social, fortalecendo a universalidade da cobertura.<sup>70</sup>

Ana Amélia Camarano defende a ideia de que, em razão do ritmo acelerado de envelhecimento da população brasileira, o país deveria discutir a elevação da idade mínima para aposentadoria.<sup>71</sup>

Cumprе ressaltar que os cenários econômicos dos países foram muito diferente nos últimos tempos, o que pode explicar as diferentes estratégias de administração da seguridade social.

Quanto à opção brasileira de fortalecer a seguridade social, Gosta Esping-Andersen cita o estudo de Huber, que é pessimista quanto à viabilidade desta estratégia no longo prazo, em razão da inflação e da estagnação do PIB.<sup>72</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

Podemos concluir, com base na pesquisa realizada, que o Sistema de Previdência Social brasileiro se baseia no sistema Beveridge, porque

68 Ibidem, p. 96.

69 Ibidem, p. 98.

70 ESPING-ANDERSEN, op. cit. p. 99.

71 PESQUISA mostra redução da taxa de fecundidade no Brasil comunicado nº 64 também aponta que a população diminuirá a partir de 2030 após pico de 206,8 milhões de pessoas. Informativo Urgente da Diretoria Executiva da ANASPS. Brasília, v. 12, n. 928, 15 out. 2010. Disponível em: <[http://www.anasps.org.br/mostra\\_materia.php?id=2676](http://www.anasps.org.br/mostra_materia.php?id=2676)>. Acesso em: 17 fev. 2014.

72 ESPING-ANDERSEN, op. cit., p. 102.



tem como princípio a universalidade da cobertura e como forma de custeio a repartição simples.

A universalidade do atendimento e da cobertura é um objetivo constitucional da Seguridade Social no Brasil, previsto no inciso I, do parágrafo único, do artigo 194, da Carta Constitucional.

No sistema de repartição simples, baseado no princípio da solidariedade entre as gerações, os cidadãos contribuem para o sistema e não para sua própria aposentadoria futura exclusivamente. No Brasil, este sistema tem como fundamento constitucional o artigo 195 da Magna Carta.

Observamos no estudo realizado que no Brasil são pagos benefícios previdenciários semelhantes aos que existem nos outros países estudados, com apenas algumas diferenças em relação à denominação a aos requisitos de concessão.

É possível concluir que após a Segunda Guerra Mundial ganhou importância na Europa a realização de uma política voltada para a proteção social, o que foi denominado “Estado do Bem-Estar Social” ou *Welfare State*.

Referida política tinha como objetivo a reconstrução econômica e moral da sociedade.

Esta tendência que nasceu na Europa foi adotada em outros países, entre os quais o Brasil.

Todavia, na época atual surge a preocupação com o futuro dos sistemas de seguridade social influenciados pelo *Welfare State*, em razão da diminuição da taxa de natalidade e a da longevidade da população idosa, fenômenos que ocorrem em todos os países estudados.

No Brasil, particularmente, observamos que a população está envelhecendo muito mais rápido do que vislumbram as projeções.

Ademais, verificamos também que uma previdência social generosa desestimula o emprego seja porque reduz o incentivo ao trabalho, seja porque torna cara a contratação dos trabalhadores em razão dos altos custos das contribuições sociais.

Analisamos os estudos realizados a respeito da privatização da previdência social como opção para responder aos problemas supracitados.

Estudamos vários países e observamos que a experiência mais radical de modificação do sistema previdenciário ocorreu no Chile, que privatizou seu sistema de previdência social.

Foi importante estudar outros países para saber que tomaram medidas parecidas com as adotadas no Brasil na década de 1990 e, no caso da França, como apontado neste trabalho, também nesta década.

Todos os outros países estudados continuam com a preocupação sobre o futuro de seus sistemas previdenciários.

O Chile não tem mais este problema. Entretanto, como apontado neste estudo, a privatização de sua seguridade social apresenta outro problema, qual seja, a inexistência de cobertura para toda a população, posto que ficaram excluídos os desempregados e os trabalhadores informais.

A experiência brasileira, por outro lado, é muito boa do ponto de vista do atendimento, porque temos como princípio constitucional a universalidade da cobertura, de modo que, no Brasil, todos são assistidos.

Entretanto, podemos concluir que, atualmente, ocorre no Brasil uma espécie de privatização parcial da previdência, posto que o regime geral de previdência social possui um teto máximo para pagamento dos benefícios, de modo que quem optar por receber uma aposentadoria maior no futuro precisa contribuir para um sistema de previdência privada.

Desta forma, algumas empresas contratam a cobertura de previdência privada para completar a renda de seus empregados quando se aposentarem.

O Brasil ainda não apresenta um problema grave de envelhecimento populacional, mas provavelmente também enfrentará o problema, como aponta esta pesquisa.

Verificamos, portanto, que embora ainda possa ser necessária nova reforma da previdência social brasileira, em razão do envelhecimento populacional, a privatização total do sistema não é a melhor escolha, porque pode excluir parte considerável da sociedade da cobertura do seguro social, o que acarretaria a miséria e os problemas que dela decorrem.

Outrossim, uma eventual privatização da previdência social seria inconstitucional, porque afrontaria diretamente o inciso I, do parágrafo único, do artigo 194, que prevê a já citada universalidade da cobertura, posto que a privatização excluiria parte da população eventualmente desempregada ou que optasse por não se filiar ao sistema.

Neste sentido, podemos concluir que a privatização da previdência social não é a melhor opção a ser adotada.

Uma sugestão interessante é a elevação da idade mínima para a aposentadoria.

Também seria eficiente o aumento da fiscalização do trabalho, de forma a reduzir o trabalho informal, e, desta maneira, aumentar a arrecadação das contribuições sociais.

Outra sugestão possível é a redução da política de assistência social, posto que como apontado neste estudo, os benefícios assistenciais têm sido importantes para a redução da miséria no país, mas sua existência não pode inviabilizar o sistema de previdência social.

Posto isso, os benefícios assistenciais são importantes e devem continuar existindo, mas as regras para sua concessão deveriam ser reavaliadas, levando-se em conta a sustentabilidade do sistema de seguridade social brasileiro no longo prazo.

Ante o exposto, concluímos que o Sistema de Seguridade e Previdência Social brasileiro é eficaz no sentido da abrangência de cobertura e redução da miséria, quando comparado com os outros sistemas estudados. Entretanto, o envelhecimento populacional também está ocorrendo no Brasil, como apontam as estatísticas, de forma que provavelmente será necessária a adoção de medidas que garantam a continuidade de sua eficiência.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Clemilton da Silva. O modelo de proteção social brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 17, n. 3.246, 21 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21775/o-modelo-de-protacao-social-brasileiro>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

BATTESINI, Eugênio. Breves considerações sobre a contribuição da comparação para o desenvolvimento da ciência jurídica. In: PORTO, Antônio José M.; SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro (Orgs.). *Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. São Paulo: FGV, 2013.

CAMARANO, Ana Amelia; PASINATO, Maria Teresa. *Envelhecimento, Pobreza e Proteção Social na América Latina*. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1844/1/TD\\_1292.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1844/1/TD_1292.pdf)>. Acesso em: 17 fev. 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. A evolução da proteção social no Brasil. In: *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CINELLI, Mauricio. *Diritto della Previdenza Sociale*. 11. ed. Torino: Giappichelli, 2013.

DALIGAN, Liliane; CARDONA, Jacqueline; DELHOMME, Joël; DOMINIQUE, Fasquel. *Securité sociale*. 6. ed. Paris: Elsevier Masson, 2012.

DÉFICIT da Previdência deve superar estimativas em 2013, admite ministro. *O Estado de São Paulo*, 5 nov. 2013. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,deficit-da-previdencia-deve-superar-estimativas-em-2013-admite-ministro,169376,0.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. O futuro do Welfare State na nova ordem mundial. *Lua Nova*, n 35. 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n35/a04n35.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

FAGNANI, Eduardo. Na contramão do mundo: a experiência brasileira da seguridade social. In: LIMA, Claudia Rejane de (Org.). *Seguridade social, desenvolvimento e saúde: desafios para o mundo do trabalho*. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores; Secretaria Nacional de Saúde do Trabalhador, 2010.

FELIX, Jorgemar. *Economia da longevidade: o envelhecimento da população brasileira e as políticas públicas para os idosos*. 2009. Dissertação (Mestrado em Economia Política) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

FRANÇA. Ministère du Travail, de l'emploi et de la Santé. *Ma retraite, mode d'emploi: le guide pour comprendre et préparer sa retraite*, 2011.

GENTIL, Denise Lobato. A falsa crise do Sistema de Seguridade Social no Brasil: uma análise financeira do período 1990-2005. In: *Congresso Trabalhista Brasileiro*. Brasília, 7-11 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/artigos/falsacrise.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

GIAMBIAGI, Fábio; DE CASTRO, Lavínia Barros. Previdência Social: diagnóstico e propostas de reforma. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 19, jun. 2003.

HARADA, Kiyoshi. *Acordo Brasil-Japão de previdência social*. Ieprev. Belo Horizonte, ano 06, n. 242, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/28234/t/acordo-brasil-japao-de-previdencia-social>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Luis Sales. *Direito Constitucional comparado: pressupostos teóricos e princípios constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2006.

PESQUISA mostra redução da taxa de fecundidade no brasil comunicado nº 64 também aponta que a população diminuirá a partir de 2030 após pico de 206,8 milhões de pessoas. *Informativo Urgente da Diretoria Executiva da ANASPS*, Brasília, v. 12, n. 928, 15 out. 2010. Disponível em: <[http://www.anasps.org.br/mostra\\_materia.php?id=2676](http://www.anasps.org.br/mostra_materia.php?id=2676)>. Acesso em: 17 fev. 2014.

PRÉTOT, Xavier. *Droit de la sécurité sociale*. 13. ed. Paris: Dalloz, 2011.

ROMBO da Previdência cresce e governo quer apertar regras para benefícios. *O Estado de São Paulo*, 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-brasil,rombo-da-previdencia-cresce-e-governo-quer-apertar-regras-para-beneficios,175820,0.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

SOB PROTESTOS, Assembleia da França aprova reforma previdenciária. *Operamundi*, 15 out. 2013. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/31838/estos+assembleia+da+franca+aprova+reforma+previdenciaria.shtml>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

TRICARICO, Antonio. Banco Mundial, riscos e previdência social. In: BANCO MUNDIAL. *Conferência "New Ideas About Old Age Security"*, Washington, EUA, 14-15 set. 1999. Disponível em: <<http://www.ibase.br/userimages/banco.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2014.

VIANA, João Ernesto Aragonês. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2. jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2014.



---

## O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NAS LIDES PREVIDENCIÁRIAS COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, REPARTIÇÃO DE PODERES E EFICIÊNCIA

---

*Paula Rodrigues Coimbra Sales  
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; Capítulo 1- Jurisdição, ação e a pacificação social; 1.1 A trilogia estrutural a serviço da solução justa dos conflitos; 1.2 O conceito do direito de ação e sua evolução: da teoria civilista à teoria eclética de Liebman; Capítulo 2 - A tutela constitucional do processo e o “justo” acesso à Atividade Jurisdicional; 2.1 A tutela constitucional do processo; 2.2 O Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o exaurimento das vias administrativas (art. 5º, inciso XXXV, da CF); 2.3 Princípio da repartição dos poderes (art. 2º, da CF) 2.4 Princípio da efetividade (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal); Capítulo 3 - Regras X Princípios e os elementos metajurídicos; 3.1 A ponderação de interesse pela teoria principiológica de Dworkin para a compatibilização dos preceitos constitucionais; 3.2 Os elementos metajurídicos na interpretação do direito e a exigência do prévio requerimento administrativo; Capítulo 4 - Concepções Doutrinárias e jurisprudenciais acerca

da exigência de prévio requerimento administrativo; 4.1 A exigência de prévio requerimento administrativo como condição da ação: elemento necessário à caracterização da lesão ou ameaça a direito para o controle jurisdicional - ausência de ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da CF; 4.2 A atividade do poder judiciário em substituição ao poder executivo: caracterização de ofensa ao art. 2º da constituição federal; 4.3 A inviabilidade da manutenção do sistema judiciário com a transferência da demanda administrativa para a esfera judicial: negativa ao princípio da eficiência (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal); 5 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** É recorrente em matéria previdenciária o ingresso de pedido judicial antes mesmo de qualquer requerimento administrativo com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e tal possibilidade tem sido objeto de intensos debates na doutrina e nos Tribunais Pátrios. Há uma discussão doutrinária relevante e divergências jurisprudenciais acerca do tema que culminaram na admissão da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário. Assim, o presente estudo tem por objeto a análise da doutrina brasileira acerca da necessidade do prévio requerimento administrativo como condição ao desenvolvimento válido do processo, bem como da construção jurisprudencial observada nos Tribunais Superiores, com a finalidade de identificar a aparente colisão de normas constitucionalmente consagradas, à luz dos mecanismos de harmonização de princípios constitucionais trazidos pelos doutrinadores. Como objetivo específico, dentre outros, busca-se demonstrar que os Tribunais pátrios, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, vêm atualmente seguindo a tendência de uma verdadeira evolução do sistema democrático brasileiro, com a continuidade e aproximação cada vez maior do conceito de ação, em sua concepção eclética, adequando-a ao novo contexto histórico contemporâneo, em que não se está mais em risco o acesso amplo e irrestrito ao Poder Judiciário. Com a análise de precedentes judiciais, busca-se ainda identificar o tratamento jurisprudencial dispensado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, separação de poderes e efetividade em relação ao tema proposto. Trata-se, pois, de analisar a postura do Poder Judiciário frente à aparente colisão de normas constitucionalmente consagradas à luz dos mecanismos de harmonização de princípios constitucionais trazidos pelos doutrinadores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prévio Requerimento Administrativo. Condições da Ação. Ausência de Interesse de Agir. Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição. Princípio da Repartição de Poderes. Efetividade.

**ABSTRACT:** Applicant's social security matters in the entry of court order even before any administrative application based on the principle of non-refoulement



of jurisdiction and this possibility has been the subject of intense debate in doctrine and in the Courts patriotic. There is a relevant discussion doctrinal and jurisprudential disagreements about the issue that led to the admission of the general implications of the issue by the Supreme Court in place of extraordinary appeal. Thus, the present study aims at the analysis of the Brazilian doctrine of the need for prior administrative requirement as a condition to the development of valid process and the judicial construction observed in the Superior Courts, in order to identify the apparent collision of norms constitutionally enshrined in the light of harmonization mechanisms of constitutional principles brought by scholars. Specific objectives, among others, we seek to demonstrate that the patriotic courts, especially the Supreme Court, currently are following the trend of a true evolution of the Brazilian democratic system, with continuity and increasing approximation of the concept of action, in its eclectic design, adapting it to the new contemporary historical context, in which no one is more at risk the full and unrestricted access to the Judiciary. With the analysis of judicial precedents, we seek to further identify the jurisprudential treatment of the principle of non-*refoulement* of jurisdiction, separation of powers and effectiveness in relation to the proposed theme. It is, therefore, to analyze the position of the judiciary against the apparent collision of constitutionally enshrined in the light of harmonization mechanisms of constitutional principles brought by scholars standards.

**KEYWORDS:** Prior Administrative Application. Conditions of Action. Lack of Interest in Acting. Constitutional Principle of Non-*Refoulement* of Jurisdiction. Principle of Division of Powers. Effectiveness.

## INTRODUÇÃO

Como se observa na redação do dispositivo constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), a lei não pode afastar a jurisdição quando houver lesão ou ameaça a direito.

Contudo, ao deixar a parte de levar seu pedido à Administração, evidentemente, não se toma conhecimento de sua pretensão e, portanto, não há a emissão de qualquer juízo de valor, inexistindo, por isso mesmo, pretensão resistida.

Ademais, diante da inexistência de prévio requerimento, não há lide e, conseqüentemente, não se afigura presente uma das condições para a propositura da ação judicial, qual seja, o interesse de agir.

É comum, contudo, especialmente em matéria previdenciária, ingressar-se com pedido judicial antes mesmo de qualquer requerimento administrativo, com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Na lida cotidiana das atribuições do cargo de Procurador Federal, especialmente nas

lides previdenciárias, o tema é recorrente e tem sido objeto de intensos debates na doutrina e nos Tribunais Pátrios.

De fato, atualmente, há uma discussão doutrinária e divergências jurisprudenciais acerca da exigibilidade do prévio requerimento em matérias previdenciárias, além, à evidência, da elevada relevância do tema, o que culminou na admissão da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, para que seja firmado um entendimento contundente acerca das divergências existentes em torno da questão. Não há, pois, um posicionamento uno e incisivo sobre a matéria, o que motivou a elaboração da presente monografia.

Importante destacar também a grande demanda judicial existente no país sob o pálio da Justiça Gratuita, o custo do aparato judicial, além do pagamento de juros e honorários advocatícios, de forma que o processo judicial é muito mais custoso ao Erário do que se o mesmo pedido fosse feito no âmbito administrativo.

Assim, o tema da do prévio requerimento administrativo tem nítida relevância pública, pela oneração do Estado que a sua desnecessidade acarreta e por identificar se os critérios de ponderação utilizados nas decisões judiciais têm atendido aos princípios basilares do direito público, como o princípio da repartição de poderes e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que devem ser garantidos pelo Estado, na forma dos artigos 2º e 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Ademais, é importante ressaltar a quantidade significativa de ações em matéria previdenciária, que representa uma grande parcela do total de ações em que o Poder Público figura como réu. Uma possível solução do Supremo Tribunal Federal no sentido da desnecessidade do prévio requerimento administrativo aumentará desenfreadamente o número de ações judiciais em todo o País, o que, teoricamente, inviabilizaria a própria atividade jurisdicional e dificultaria a própria defesa do ente público por meio de seus representantes legais em juízo.

Trata-se, portanto, de um trabalho cujo objeto consiste na análise da doutrina brasileira acerca do objeto acima enunciado, bem como da construção jurisprudencial observada nos Tribunais Superiores, notadamente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de identificar a aparente colisão de normas constitucionalmente consagradas, à luz dos mecanismos de harmonização de princípios constitucionais trazidos pelos doutrinadores.

Como objetivo específico, dentre outros, busca-se, deveras, demonstrar que os Tribunais pátrios, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, vêm atualmente seguindo a tendência de uma verdadeira evolução do sistema democrático brasileiro, com a continuidade e aproximação cada vez maior do conceito de ação, em sua concepção eclética, adequando-a ao novo contexto histórico contemporâneo sem grandes rupturas, em que não se está mais em risco o acesso amplo e irrestrito ao Poder Judiciário.

Através do método indutivo-razional, partindo-se de uma visão dogmática até a chegada de uma perspectiva teleológica do direito, verificando sempre a atualidade e a validade das ideias relacionadas, com o estabelecimento de pontos de convergência e divergência existentes, sempre com uma palavra de aceitação ou refutação de ideias, à luz das normas e princípios do ordenamento jurídico vigente.

Com a análise de precedentes judiciais será identificado o tratamento dispensado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e separação de poderes, com enfoque nos seguintes questionamentos: a propositura de ação judicial é condicionada ao prévio requerimento administrativo? Tal exigência afronta ou satisfaz o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o da repartição de poderes?

Os pontos que se colocam, portanto, também são os seguintes: por que determinadas decisões judiciais sobre matérias de ampla repercussão têm impedido a efetividade das normas constitucionais e infraconstitucionais? Qual a motivação de tais decisões no campo principiológico? Como tem sido feita a conciliação dos princípios constitucionais? É possível identificar incoerências ou contradições?

Trata-se, pois, de também analisar a postura do Poder Judiciário frente à aparente colisão de normas constitucionalmente consagradas à luz dos mecanismos de harmonização de princípios constitucionais trazidos pelos doutrinadores.

Por fim, as fontes utilizadas serão a literatura mais autorizada acerca do assunto, nacional ou estrangeira, que trará uma visão doutrinária ao estudo, e as orientações jurisprudenciais, que representam a visão prático-interpretativa dos princípios e normas cogentes estabelecidos pelo legislador ordinário no tocante à matéria. E o resultado será a construção de um posicionamento próprio sobre o tema adotado, com a fixação das perspectivas vindouras quanto à exigibilidade do prévio requerimento administrativo para as demandas previdenciárias perante o Poder Judiciário.

## **CAPÍTULO 1 - JURISDIÇÃO, AÇÃO E A PACIFICAÇÃO SOCIAL**

### **1.1 A trilogia estrutural a serviço da solução justa dos conflitos**

Na fase primitiva da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar o individualismo e impor o direito acima da vontade dos particulares. No regime vigente da autotutela, os particulares, mediante o uso da própria força, defendiam e buscavam a satisfação de seus próprios interesses, sem que existisse a figura de um juiz equidistante das partes. Vigorava a imposição do direito pela parte mais forte.

Efetuada a transição da justiça privada para a pública, com o uso da solução imparcial de conflitos, o Estado, mediante seus representantes, em

caráter substitutivo das partes, passou a examinar as pretensões e resolver os conflitos de interesses autoritariamente e em posição equidistantes das partes interessadas. A essa atividade, dá-se o nome de jurisdição.

A Jurisdição, contudo, não é mera atividade, mas também função estatal e poder. O que distingue o poder jurisdicional dos demais poderes do Estado é precisamente a finalidade pacificadora para a qual o Estado o exerce.

Para o desempenho dessa função precípua, o Estado dispõe de duas ordens distintas: a legislativa e a jurisdicional. Com a primeira, se estabelece as normas e a segunda, o Estado busca a realização prática dessas normas. Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país<sup>1</sup>.

O processo, neste interregno, além de um instrumento técnico, é também ético, destinado à solução justa dos conflitos, - escopo magno da jurisdição, apesar dos outros existentes, como o social, o político e o jurídico, servindo à sociedade e ao Estado.

Dessa forma, o Estado tem o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional - dever de prestar a tutela jurisdicional, isto é, de dirimir os conflitos de interesses. Por outro lado, a par desse poder-dever, surge para o indivíduo um direito público subjetivo de acionar a jurisdição (direito de ação). Destarte, mediante o direito de ação, provoca-se a jurisdição estatal, a qual, por sua vez, será exercida por meio daquele complexo de atos que é o processo.

Essa trilogia estrutural (ação, jurisdição e processo) deriva das teorias germânicas do final do século XIX e das italianas do início do século XX. Contudo, em função dos diversos contextos históricos ao longo dos anos, fizeram-se necessárias diversas modificações conceituais para uma legitimação democrática da atividade jurisdicional diante das mutações na função política do Poder Judiciário, que acarretaram uma série de mudanças no processo de aplicação constitucional.

Nesse sentido, afirmar o caráter instrumental e seus fins, teoricamente, não é mais suficiente na sociedade contemporânea se não se obtém os resultados práticos resultantes de sua aplicação. E o acesso e a concretização desse provimento justo e eficaz não se satisfazem com a mera possibilidade de ingresso em juízo mediante o processo. Para a efetividade do processo, é necessário, além de tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema que o Estado persegue, superar os óbices que ameaçam o amplo e efetivo acesso à justiça.

A doutrina instrumentalista contemporânea, influenciada especialmente por Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH, localizou basicamente os três grandes óbices que ficaram conhecidos doutrinariamente como as “três ondas do acesso à justiça”.

1 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38.

Num primeiro momento, a dogmática, mormente a processual, preocupou-se com os óbices econômicos de acesso ao Judiciário, que praticamente impediam os carentes de recursos de buscar essa atividade para obter a solução de seus conflitos. Nesse aspecto, o direito brasileiro avançou sobremaneira com a Lei 10.060/50, por exemplo, que garante aos economicamente necessitados a possibilidade de litigar, independentemente do pagamento de despesas processuais.

Construídos os mecanismos para superar eventuais óbices de natureza econômica para a busca do Judiciário, verificou-se, num segundo momento, que nem todos os interesses e posições jurídicas de vantagens eram passíveis de proteção por meio da atividade jurisdicional, especialmente os direitos que extrapolavam a esfera individual (difusos e coletivos, de acordo com conceituação prevista no parágrafo único do art.81 da Lei 8078/90). Contudo, o Direito Brasileiro novamente avançou significativamente com o texto da Constituição Federal de 1988, bem como por leis esparsas, como a Lei 4717/65 (Ação Popular), Lei 7347/85 (Ação Civil Pública) e Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Vencidos esses óbices, a terceira onda renovatória identificou-se com o modo de ser do processo, na busca da efetividade do processo como meio de acesso a um “justo” provimento jurisdicional. Passou-se a avaliar o grau de satisfação do próprio usuário da atividade jurisdicional. Embora haja muito a avançar nesse aspecto, a Emenda Constitucional n. 45/03 tratou de estabelecer expressamente nova premissa hermenêutica, uma verdadeira garantia processual e constitucional da duração do processo em prazo razoável, que será melhor analisado em tópico específico no presente trabalho.

## 1.2 O conceito do direito de ação e sua evolução: da teoria civilista à teoria eclética de Liebman

Como já exposto anteriormente, os conceitos utilizados pelo direito processual são impregnados pelos contextos históricos em que são pensados e é natural que com o desenvolvimento da ciência processual e com a construção histórica surjam diferentes teorias, especialmente a respeito da natureza jurídica da ação.

De fato, a teoria do processo acopla concepções diversas, unidas por uma coerência narrativa, mas sem uma forma lógica. Assim, surgindo um elemento radicalmente novo em relação aos existentes no direito anterior, a história demonstrou que o conceito de ação tende a se modificar para abarcar a nova realidade.

Dessa forma, o conceito de ação nem sempre foi o mesmo ao longo da história, nem mesmo na época da *actio* romana.

Em primeiro, viu-se a teoria romanista, trabalhada sobre o conceito de ação formulada pelo jurista romano Celso, que precedeu a Teoria civilista, defendida por Savigny e adotada pelo Código Civil de 1916 (art. 75).

Celso enunciava que a ação nada mais era do que o direito de pedir em juízo o que lhe é devido. Assim, o sistema romanista fundava-se na premissa de que a ação não era um direito específico, mas uma faceta do próprio direito subjetivo.

Afirmar que a cada direito corresponde uma ação significava também reconhecer que somente há direito quando existe uma forma de exercê-lo judicialmente. Assim, não haveria ação sem direito, nem direito sem ação, o que não poderia explicar, por exemplo, por essa teoria, a ação julgada infundada e a ação declaratória, justamente pelo fato de que não se pode dizer, a toda evidência, que não houve ação quando o pedido nela veiculado é julgado improcedente.

Dessa forma, ao limitar o poder dos juízes ao reconhecimento e manejo das ações previamente determinadas, ou seja, a uma previsão normativa que permitisse a interferência judicial em uma situação concreta, esta teoria aparentava ser incompatível com a jurisdição dos Estados Modernos, nos quais se consolidou o princípio de que qualquer demanda pode ser levada ao judiciário.

É a partir dessa problemática que surge a teoria civilista, na formulação de Savigny, que compatibilizava o sistema de direito romano com as novas realidades políticas, qual seja a conquista do direito de invocar a jurisdição em qualquer caso que uma pessoa julgasse ter tido violado um direito.

Assim, para os defensores dessa teoria, a ação seria imanente (aderida) ao direito material controvertido, de forma que a jurisdição só poderia ser acionada se houvesse a violação ao direito postulado, como um novo direito num estado de reação. Assim, não havia mais uma perfeita identidade entre a ação e o direito subjetivo material, apesar de uma estreita vinculação entre os dois conceitos. Da adoção da teoria imanentista advém três corolários:

- a) não há ação sem direito material;
- b) não há direito sem ação;
- c) a ação segue a natureza do direito material alegado.

Como afirma Ovídio Batista<sup>2</sup>, a teoria civilista orientou a doutrina brasileira até meados do século XX e foi adotada inclusive pelo Código Civil de 1916, que assim dispunha em seu art. 75: "a todo direito corresponde uma ação, que o assegura".

Essa teoria, contudo, não foi mais adotada quando da elaboração do Novo Código Civil Brasileiro de 2002, nem mesmo referido dispositivo

2 SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

(art. 75, CC/1916) fora novamente reproduzido nesse novo diploma legal, ante as modificações ocorridas nessa concepção clássica quanto ao direito de ação. A doutrina moderna, cada vez mais, passou a considerar, de um modo geral, o direito de ação autônomo, distinto do direito material.

Isso porque, como dito, é evidente o vínculo entre as concepções processuais e a ideologia política vigente em um determinado tempo. Assim, essa concepção civilista do conceito de ação continuou a se modificar com o passar dos anos, acompanhando a ideologia política vigente em seu tempo, e essa reelaboração do conceito de ação partiu da Polêmica Windscheid X Muther – a ação como direito autônomo – surgida ainda no ano de 1856.

Assim, a partir do debate entre Windscheid e Muther, duas correntes principais se formaram para explicar a natureza autônoma da ação:

I – Teoria da ação como direito autônomo e concreto (Wach, Bulow, Hellwig): para essa teoria a ação é autônoma, mas só existe quando a sentença for favorável. Em outras palavras, o direito à ação só é possível quando existir o direito material.

II – Teoria da ação como direito autônomo e abstrato: para essa teoria, a ação não tem qualquer relação de dependência com o direito material controvertido.

Antes concebida como um direito de exigir o que é devido (teoria imanentista), a partir desse ponto, a ação passou a ser autônoma em relação ao direito material controvertido, notadamente em função da conquista histórica adquirida com a instituição do Estado de Direito, que passou a reconhecer a universalização da jurisdição.

Sobre a evolução histórica do conceito de ação, bem sintetiza Cândido Rangel Dinamarco<sup>3</sup>:

[...] foi esse sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal que no Século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio romana*: *ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual. Não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional*. A celeuma provocada a essas afirmações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno) acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até à plena consciência da autonomia não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais. A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para autonomia

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18-19.

da relação jurídica processual, que se distingue direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto.

Contudo, restou evidente da legislação pátria que o conceito de ação adotado pelo sistema processual civil brasileiro se afilia, na verdade, à Teoria Eclética da Ação. Explica-se.

Segundo LIEBMAN, o direito de ação não estaria vinculado a uma sentença favorável (teoria concreta), mas também não é completamente independente do direito material (teoria abstrata). Haveria, de fato, uma abstração do direito de ação, no sentido de que a existência do processo não estaria condicionada ao direito material invocado; porém, sustenta-se pela teoria eclética que a ação é o direito a uma sentença de mérito, seja qual for o seu conteúdo, isto é, de procedência, improcedência, ou mesmo extintiva. O acolhimento da teoria eclética de LIEBMAN pelo Código de Processo Civil brasileiro é evidenciado por uma série de dispositivos, tal como o seu artigo 267, inciso VI.

Embora um direito subjetivo abstrato, o direito de ação submete-se a determinadas condições imprescindíveis para que se possa exigir legitimamente a prestação jurisdicional. São elas: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade *ad causam*.

Consoante a legislação processual pátria, é dever do juiz a verificação prévia e *ex officio* da presença das referidas condições da ação, para *evitar o uso improfícuo da máquina judicial*. A ausência de qualquer uma delas enseja a extinção do processo, por carência de ação, a qualquer tempo, ao longo do processo. É possível, inclusive, no sistema processual brasileiro, o ajuizamento pela parte prejudicada de ação rescisória, após o término do processo, a fim de rescindir o julgamento final que não a tenha declarado.

A possibilidade jurídica do pedido significa que é condição da ação a possibilidade do pedido ser apreciado pelo judiciário, porquanto não excluído *a priori* do ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, quer-se dizer que um pedido somente será juridicamente impossível caso haja um veto legal a sua formulação. Há uma tendência, porém, no direito contemporâneo, em reduzir os casos de impossibilidade jurídica do pedido, em virtude do movimento constitucionalista renovatório do amplo acesso à justiça, encampado por juristas como Cappelletti e Garth, já mencionado em tópico anterior.

Quanto à legitimidade *ad causam* se desdobra em legitimidade ativa e passiva. É titular da ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito subjetivo material e só pode ser demandado aquele que seja titular da obrigação correspondente. É a chamada legitimação ordinária, prevista no art. 6º do Código de Processo Civil Brasileiro.

Não obstante, a parte final do mencionado dispositivo legal traz também a chamada legitimação extraordinária, que permite o ingresso em juízo, em nome próprio, na defesa de direito alheio. A própria Constituição Federal de 1988 também ampliou sobremaneira esse rol de legitimados, sobretudo por



influência do movimento do “acesso à justiça”, que buscou enfrentar os óbices em relação à tutela dos direitos transindividuais.

Sobre o tema, Cappeletti e Garth no já citado ensaio para o “Projeto de Florença”, enunciaram como o segundo movimento ou onda renovatória no processo evolutivo para o acesso à ordem jurídica justa, o enfoque dado às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor<sup>4</sup>.

Por último, há o interesse de agir, que enuncia ser necessário não apenas a utilidade da prestação jurisdicional, mas também a sua necessidade e adequação. É certo que o Estado tem interesse na manutenção da paz e da ordem social, mas é necessário que a tutela do direito não possa ser satisfeita sem a intervenção judicial para que exista a utilidade das decisões. E não basta ser útil, a prestação jurisdicional solicitada precisa ser adequada ao direito perseguido pelo autor, ou seja, o provimento solicitado deve ser apto a corrigir a “injustiça” que o autor alega na lide, sob risco de não ter razão de ser.

## **CAPÍTULO 2 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO E O “JUSTO” ACESSO À ATIVIDADE JURISDICIONAL**

### **2.1 A tutela constitucional do processo**

É inegável a relação existente entre o direito processual e o regime constitucional, dentro do sistema jurídico brasileiro. Ao analisar a Constituição brasileira em vigor, observam-se vários dispositivos aptos a caracterizar a tutela constitucional da ação e do processo.

Todo o direito processual brasileiro, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais e estabelece também princípios processuais. Ademais, alguns princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionalmente consagrados ou neles implícitos: o do juiz natural, o da publicidade das audiências, o da posição do juiz no processo, o da subordinação da jurisdição à lei, o da declaração e atuação do direito objetivo; e, ainda, os poderes do juiz no processo, o direito de ação e de defesa, a função do Ministério Público, a assistência judiciária.

Com efeito, as atuais análises acerca do processo constitucional seguem na esteira dos pensamentos pioneiros de GOLDSCHIMIT, CALAMANDREI, COUTURE e LIEBMAN. Observa COUTURE, *in verbis*:

Las Constituciones del siglo XX han considerado, com muy escasas excepciones, que una proclamación programatica de principios de derecho

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 31.

procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora<sup>5</sup>.

O fenômeno conhecido por *Constitucionalização do Direito*, causa e consequência do *caráter analítico das Constituições contemporâneas*, atribuiu o *status de supralegalidade constitucional* àquelas matérias antes tratadas apenas em nível infraconstitucional. Assim, o direito processual passa de mero instrumento técnico, para assumir também a de ético, uma vez que é profundamente influenciado pelos fatores históricos, sociológicos e políticos que compõem a Constituição em um dado momento. É justamente a constituição, como resultante do equilíbrio desses fatores existentes na sociedade em dado momento, o instrumento jurídico de que passa a utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios.

Esse conteúdo constitucional-ideológico do processo na época contemporânea se reflete na consagração, por um lado, de normas constitucionais que visam à garantia processual da própria Constituição, e, por outro, de garantias constitucionais em relação ao processo e ao procedimento.

Para os fins específicos do presente estudo, contudo, destacam-se os postulados da tutela constitucional do processo, que englobam o direito de ação e de defesa e outras garantias que desses decorrem.

## 2.2 O Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o exaurimento das vias administrativas (art. 5º, inciso XXXV, da CF)

Como já comentado anteriormente, Cappeletti e Garth elaboraram um ensaio para o “Projeto de Florença”, no qual apresentaram como o terceiro movimento ou onda renovatória no processo evolutivo para o acesso à ordem jurídica justa, o enfoque dado ao acesso à justiça na tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo<sup>6</sup>.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 contemplou em seu art. 5º, inciso XXXV, de forma expressa e categórica, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, alçado à categoria de direito fundamental, também denominado, de forma mais precisa e atual pela doutrina pátria, de “acesso à ordem jurídica justa”<sup>7</sup>.

Sobre o tema, leciona ainda Gilmar Mendes:

Ao olharmos o texto constitucional do artigo 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), vemos desenhado o próprio estado de direito. Tivemos poucas exceções a esse modelo de proteção judicial efetiva, e as que ocorreram foram negativas, como no período militar,

5 COUTURE, Eduardo J. apud Ivo Dantas. *Processo Constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

6 CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 31.

7 WATANABE, Kazuo. Acesso a justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

especialmente com a edição do Ato Institucional nº 5, de 1968, pelo qual foram suspensas as garantias da magistratura e concedida indenidade aos atos baixados pelo poder revolucionário, tornando-os insuscetíveis de serem revistos ou apreciados pelo Poder Judiciário<sup>8</sup>.

Assim, em decorrência do princípio em análise, em clara evolução em relação ao sistema constitucional anterior do Brasil (art. 153, §4º, da CF/69, na redação dada pela ED n. 07, de 13.04.1977), passou-se desde 1988 a não mais se admitir a jurisdição condicionada ao prévio esgotamento das vias administrativas. E, exceções a esse direito e garantia individual, cláusula pétreia em nosso ordenamento jurídico, apenas seria possível se introduzido pelo próprio constituinte originário, como aconteceu com a justiça desportiva<sup>9</sup>.

Assim prescreve a Constituição Federal acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição:

Art. 5º. Omissis

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o referido princípio sob a dicção de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), em verdade, revelou, ao mesmo tempo, duas importantes garantias que dele decorrem: a primeira é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição; enquanto a segunda é o direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha lesado ou simplesmente ameaçado um direito<sup>10</sup>.

Por conseguinte, garantido constitucionalmente o monopólio da jurisdição, conclui-se que toda e qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser examinada pelo Poder Judiciário. Fredie Didier Jr., neste diapasão, abaliza que – qualquer que seja a espécie de lide, em nosso sistema, poderá ser examinada pelo Poder Judiciário<sup>11</sup>. Não se admite, portanto, qualquer empecilho a quem sinta seu direito lesado, ou mesmo ameaçado, socorrer-se à tutela jurisdicional. Por sua vez, o Judiciário, quando provocado, não poderá sonegar o exercício da sua atividade jurisdicional. Isso porque, como assinala Fredie Didier Jr., – ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro<sup>12</sup>.

8 MENDES, Gilmar. Direito desportivo: função social dos desportos e independência da justiça desportiva. In: MACHADO, Rubens Approbato et al (coord.). *Curso de direito desportivo sistêmico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 341.

9 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 699.

10 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 131.

11 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out. 2002. p. 27.

12 *Ibidem*, p. 23.

Desta forma, o texto constitucional, no tocante ao princípio na inafastabilidade da jurisdição, consagra o direito de ação como direito fundamental, sem condicionamentos ou quejandos<sup>13</sup>.

Contudo, se assim estabelece a Constituição Federal, porque o legislador estabeleceu as condições da ação em nível infraconstitucional e cada vez mais a teoria eclética ganha força no processualismo brasileiro? Quando o segurado propõe ação judicial sem ter havido sequer conhecimento por parte da Administração do direito que a parte demandante entende possuir, cabe a questão: qual é a lesão ou ameaça perpetrada se a administração não teve oportunidade de se manifestar a favor ou contra o direito reclamado judicialmente?

Como se infere, o disposto no art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal vigente, a própria lesão ou ameaça de direito a tutelar só surge a partir do momento em que a demandada, no caso em questão, a própria Administração, é incitada a se manifestar acerca do direito do segurado.

A doutrina tradicional passou a tratar como sinônimos o princípio da inafastabilidade da jurisdição e a previsão de desnecessidade do prévio esgotamento da instância administrativa. Tal se infere da própria voz de Celso Ribeiro Bastos, que já se manifestou sobre a questão:

É certo que a lei poderá criar órgãos administrativos diante dos quais seja possível apresentarem-se reclamações contra decisões administrativas. A lei poderá igualmente prever recursos administrativos para órgãos monocráticos ou colegiados. Mas estes remédios administrativos não passarão nunca de uma mera via opcional. Ninguém pode negar que em muitas hipóteses possam ser até mesmo úteis, por ensejarem a oportunidade de uma autocorreção pela administração dos seus próprios atos, sem impor ao particular os ônus de uma ação judicial; mas o que é fundamental é que a entrada pela via administrativa há de ser uma opção livre do administrado e não uma imposição da lei ou de qualquer ato administrativo<sup>14</sup>.

Contudo, por não se tratar de limitação ao acesso à justiça, o prévio requerimento administrativo em matéria previdenciária funciona como fator para verificação da lesão ou ameaça a direito a que alude o próprio texto constitucional, totalmente distinto do prévio esgotamento da via administrativa, que exige a ultrapassagem por todas as instâncias administrativas antes de invocar-se o Poder Judiciário, é rechaçado pela Constituição Federal vigente.

Enquanto o primeiro diz respeito à necessidade de se postular, *a priori*, o benefício na esfera administrativa com pré-requisito para análise do pedido pelo Poder Judiciário, o segundo trata da dispensa do exaurimento dessa via administrativa, ou seja, não necessita o segurado de ultrapassar todos os recursos cabíveis administrativamente para se socorrer às vias judiciais. Sobre o tema, cabem ainda os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

<sup>13</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>14</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 198.

Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar ao Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter o provimento judicial, uma vez que excluiu a permissão que a Emenda Constitucional nº 7 à Constituição anterior estabelecera, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário<sup>15</sup>.

Como dito, o prévio esgotamento das vias administrativas efetivamente constitui obstáculo ao livre acesso ao Poder Judiciário, o que não ocorre, todavia, com apenas a exigência de invocar-se a Administração, para que reste configurado existir uma pretensão resistida ou uma ameaça a seu direito.

Vale ressaltar que as exceções ao amplo acesso ao Judiciário apenas seriam possíveis caso introduzidas pelo próprio constituinte originário<sup>16</sup>, como ocorre no habeas data, na justiça desportiva, nos dissídios coletivos, por exemplo. A exigência do prévio requerimento administrativo, todavia, não impede o acesso ao judiciário, nem retira o direito de demandar, mas apenas constitui uma prova da existência de uma lide deduzida perante o Poder Judiciário, ou seja, a resistência a uma pretensão, seja pela negativa do direito, seja pela omissão por tempo demasiado em fornecer uma resposta aos segurados.

A concessão de benefícios previdenciários se caracteriza por um ato administrativo complexo e vinculado. Cumpridos os requisitos para a concessão do benefício, a autarquia previdenciária deve concedê-lo. Entretanto, negado o benefício, caso o segurado entenda ocorrido erro da Administração, por entender preenchidos os pressupostos para a sua concessão, poderá, mesmo antes de esgotada a via administrativa, iniciar o devido processo legal perante o Poder Judiciário para que lhe sejam garantidos os pretensos direitos previstos na legislação previdenciária.

Dessa forma, o prévio requerimento administrativo afigura-se como condição indispensável para o ajuizamento de uma ação, uma vez que constitui nada mais que a demonstração da existência da prestação resistida, ou seja, da própria lesão ou ameaça de direito a que se refere o texto constitucional, o que não se confunde com o exaurimento das vias administrativas rechaçado pelos constitucionalistas. Sentido diverso ensejaria a criação de litígios onde ainda não há lide.

15 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 241.

16 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 699.

### 2.3 Princípio da repartição dos poderes (art. 2º, da CF)

Consolidada por Montesquieu, em contraposição aos ideais absolutistas europeus, a teoria da tripartição ou separação de poderes estabelece, em suma, a coexistência autônoma, harmônica e independente que detém, entre si, os três Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), delimitando a cada um deles funções típicas, inerentes à sua natureza. Traduzida em princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, a separação de poderes tem sido reconhecida pela doutrina como a garantia das garantias constitucionais<sup>17</sup>.

Seguindo essa linha, a República Federativa do Brasil é composta pelos seus três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si, cada qual com suas atribuições típicas específicas, na forma do art. 2º da Constituição Federal vigente.

Por sua vez, a Carta Magna ainda trouxe em seu texto a tripartição de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e confere a essa tripartição proteção em nível de cláusula pétrea fundamental, consoante art. 60, § 4º, III:

Art. 60. *omissis*

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III- a separação dos Poderes.

Para avaliar-se a importância desse princípio, Gilmar Mendes destaca as próprias palavras de Montesquieu, um de seus formuladores e, certamente, grande responsável pela sua expansão no constitucionalismo:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.<sup>18</sup>

Contudo, referido princípio perdeu ao longo dos anos a rigidez inicial de sua exegese necessária pelas próprias circunstâncias históricas quando da sua criação, para nos dias atuais ser compreendido com temperamentos e ajustes, adequando-se à nova realidade social, propiciada pela necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada pelo Poder Executivo – como as medidas provisórias – bem como pela legislação judicial, fruto especialmente das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade<sup>19</sup>.

17 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 130.

18 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat Apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177.

19 MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178.

Trata-se, como é certo e ressabido, conforme as mais tradicionais lições de Direito Constitucional, do cumprimento pelos respectivos poderes da República de atividades típicas, bem como de atividades atípicas, em determinados casos relacionadas com os demais poderes.

Tal flexibilização, todavia, apresenta limites, a fim de que não haja uma situação onde atribuições inerentes ao Poder Executivo acabem sendo absorvidas pelo Poder Judiciário, o que afrontaria invariavelmente o referido princípio, mesmo em sua acepção mais moderna.

Pergunta-se então: o direito a essa prestação material, especialmente no que concerne aos direitos da seguridade social, poderia ser oposta ao Estado diretamente perante o Poder Judiciário de forma independente de sua anterior exigência na esfera administrativa, ou seja, sem que haja uma pretensão resistida pelo Poder Executivo?

Tal questionamento acerca da exigência do prévio requerimento administrativo se encontra diretamente relacionado ao princípio da Repartição de Poderes acima referido.

O texto constitucional confere o caráter de direitos fundamentais aos direitos sociais, e, como tais, expressamente lhe foi garantida a aplicabilidade imediata inerente a essa categoria de direitos (art. 5, §1º, CF/88), impondo aos Poderes do Estado a obrigação de efetivá-los.

No entendimento do jurista Ricardo Barreto de Andrade<sup>20</sup>, os direitos sociais que compõem o espectro da seguridade social, como o direito à saúde, à assistência social e à previdência social, possuem proteção constitucional apta a gerar, além de uma proteção coletiva da comunidade, demandas individuais e específicas dos cidadãos.

Diante disso, nada obstará a dedução de pretensões subjetivas dos direitos sociais perante o Estado, ainda mais quando também efetivada a atuação do legislador positivo na regulamentação desses direitos, como no caso da previdência social.

Diferente, contudo, é o caso do prévio requerimento administrativo, que será analisado no presente estudo, quando imediatamente após o ajuizamento de uma determinada ação o Poder Judiciário realiza o juízo de valor acerca da legitimidade da pretensão de gozo de benefício previdenciário, sem que anteriormente tenha sido invocado o Poder Executivo a cumprir a sua função, mediante o competente requerimento administrativo, substituindo as atividades de um Poder pelo outro.

20 ANDRADE, Ricardo Barreto. *Direito da Seguridade Social*. Disponível em: <[http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/839/mod\\_folder/content/25/1\\_-\\_Textos-base/Texto-base\\_Unidade\\_1\\_-\\_Direito\\_Previenciario.pdf?forcedownload=1](http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/839/mod_folder/content/25/1_-_Textos-base/Texto-base_Unidade_1_-_Direito_Previenciario.pdf?forcedownload=1)>. Acesso em: 13 jan. 2013. p. 12.

## 2.4 Princípio da efetividade [art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal]

Em que pese toda a exposição doutrinária acerca da importância da inserção da efetividade do processo – ou, em outros termos, o direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável – como uma norma processual constitucional de um determinado sistema, a Constituição Federal brasileira, em sua redação original, não a elencou expressamente como direito fundamental dos cidadãos.

Renomados doutrinadores entendem, todavia, que a garantia da efetividade do processo estaria no texto constitucional de forma implícita, como um corolário do próprio direito ao devido processo legal, inserto no art. 5º, inciso LIV, da atual Carta Magna, com fins a garantir o acesso à justiça.

O professor MARINONI leciona nesse sentido, *ipsis litteris*:

O direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos têm direito de ir a juízo, mas também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva<sup>21</sup>.

De igual modo Teori Albino ZAVASCKY leciona:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial e atuar eficazmente no plano dos fatos<sup>22</sup>.

Decerto, não se poderia negar a natureza de garantia fundamental do cidadão à efetividade processual, apenas por não constar do texto constitucional. A efetividade do processo é garantia fundamental do cidadão em decorrência da aplicação das regras de interpretação e integração das normas constitucionais ao próprio direito ao acesso à justiça.

Contudo, certo é que atualmente, além de estar explicitamente no patamar das garantias fundamentais do cidadão na Carta Magna desde a edição da Emenda Constitucional 45/04, seu preceito se refere tanto à *esfera administrativa quanto a judicial e possui aplicação imediata, por expressa disposição do § 1º do art. 5º da Carta Magna*.

Note-se que na ausência de outros meios que garantam a celeridade, como se deve dar plena e imediata aplicabilidade à normal constitucional, apesar de não corresponder a um novo paradigma, há de se lançar um

21 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

22 ZAVASCKY, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 64.



olhar mais apurado sobre os instrumentos já existentes, para que passem a se prestar também a esse fim constitucional.

Assim, a despeito de serem criados instrumentos processuais específicos para assegurar a celeridade – e, assim, o fim maior da efetividade – por interpretação direta do texto constitucional, há de se proceder a uma *releitura das garantias constitucionais e processuais* – inclusive, dos *princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, do direito de ação e do princípio da repartição de poderes – para reconhecer nelas legítimos mecanismos a serem utilizados para adequar-se o atual contexto histórico garantidor da efetividade como direito constitucionalmente tutelado.*

Tal princípio ganha relevância na matéria previdenciária a partir do momento em que a grande demanda previdenciária ameaça constantemente a efetividade dos provimentos jurisdicionais. Ademais, como será visto mais adiante, a demanda administrativa anterior à judiciária, a partir de quando a Administração toma conhecimento da pretensão do particular, é eficiente para atingir a pacificação social e na concreção dos direitos subjetivos dos particulares.

Por outro lado, como regra, sua inexigibilidade resultaria na inevitável ampliação indiscriminada de demandas, elemento metajurídico, mas que constitui grave ameaça ao princípio da efetividade hoje tão consagrado e almejado pelos três Poderes da República Federativa do Brasil.

### **CAPÍTULO 3 - REGRAS X PRINCÍPIOS E OS ELEMENTOS METAJURÍDICOS**

#### **3.1 A ponderação de interesse pela teoria principiológica de dworkin para a compatibilização dos preceitos constitucionais**

O Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes anteriores passou a dar maior ênfase à aplicação imediata e à eficácia dos comandos constitucionais, prevista no próprio §1º do art. 5º da própria Constituição Federal, por entender apresentarem os direitos e garantias fundamentais função central no Constitucionalismo atual.

Assim, para a Corte Suprema, tanto os Princípios Gerais do Direito, como a Analogia, podem ser utilizados para integrar a lacuna no direito (omissão legislativa quanto à concretização do direito previsto no art. 203, inciso V, da Carta Magna) numa situação concreta e, portanto, possibilitar o pleno exercício dos direitos e liberdades ainda que na ausência de norma regulamentadora própria. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal sedimentou, por exemplo, que a conduta omissiva do Poder Legislativo é suficiente a ensejar a apreciação do Judiciário de forma a garantir a integridade dos direitos ainda que minimamente já reconhecidos pela Constituição. Também passou a realizar a compatibilização entre os diversos princípios constitucionais, num processo hermenêutico em busca da integridade do direito.

A questão suscitada pela Suprema Corte pode ser compreendida a partir da noção de integridade do direito, como bem explanado por Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti<sup>23</sup>, especialmente mediante a capacidade e a sensibilidade do intérprete de, no processo hermenêutico de densificação e concretização normativa, diante de uma situação concreta de aplicação, impor normas que se mostrem adequadas a reger essa situação de modo a dar pleno curso ao Direito em sua integridade, a reforçar a crença na efetividade da comunidade de princípios.

Como lembrado por Guilherme Scotti, em sua obra, Dworkin desenvolveu uma distinção entre regras e princípios para demonstrar a insuficiência da visão positivista do direito como um sistema autossuficiente de regras, que deixava escapar a problemática da questão central do ordenamento jurídico: sua estrutura principiológica. O sistema principiológico de Dworkin parte do pressuposto de que as regras, mesmo que especifiquem com maior detalhe as suas hipóteses de aplicação, não são capazes de esgotá-las, razão pela qual podem ter sua aplicação afastada diante de princípios<sup>24</sup>. Os princípios jurídicos, embora muito gerais e abstratos, exigem do intérprete densificação, com especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados do Direito<sup>25</sup>.

Essa leitura principiológica de Dworkin não estaria abstraída do elemento sociológico, político e histórico, tal como no positivismo de Kelsen. Por essa teoria, os princípios passam a ter uma feição social e histórica e estão diretamente relacionados ao vínculo intersubjetivo dos cidadãos e de sua postura diante das normas: um sentido vivencial dos princípios vigentes em determinada comunidade, tanto na assimilação prática, nas suas lutas e reivindicações por posições interpretativas e em seu aprendizado histórico, quanto na reafirmação institucional do seu sentido pelos órgãos oficiais.

*Em outros termos, para Dworkin a interpretação da Constituição deve levar em conta não só elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também a história do seu tempo e, dessa forma, a existência dos princípios positivados propicia a contemporaneidade da Constituição diante do dinamismo social.*

Assim, diante da tese do argumento de Dworkin da única resposta correta, quando o julgador se depara com um *hard case*<sup>26</sup>, caberia ao juiz descobrir quais são os direitos aplicáveis, de forma não metódica ou mecanizada. Uma verdadeira postura a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta e

23 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização de direitos. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira; Felipe Daniel Amorim Machado. (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

24 SCOTTI, Guilherme. *Teorias Jurídicas positivistas*. Disponível em: <[http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/615/mod\\_folder/content/31/1\\_-\\_Textos-base/Texto\\_base\\_2.pdf?forcedownload=1](http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/615/mod_folder/content/31/1_-_Textos-base/Texto_base_2.pdf?forcedownload=1)>. Acesso em: 13 jan. 2014.

25 SCOTTI, op. cit.

26 DWORKIN, Apud SCOTTI, op. cit.

com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua integridade, e não numa garantia metodológica, o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a resposta correta para cada caso exigida pelo Direito podem ocorrer entre os juízes, advogados ou cidadãos<sup>27</sup>.

A Teoria de Dworkin, portanto, não exige um consenso, mas uma postura hermenêutica diante do caso, levando em conta que juristas e juízes razoáveis irão muitas vezes divergir sobre os direitos, de forma que não há garantia de que todos eles darão a mesma resposta a essas questões.

*Isto posto, contudo, verifica-se que no caso em análise, o Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência até então, no ânimo de buscar a integração do direito, utilizando-se da teoria principiológica, atua de forma desarrazoada ao usurpar a competência administrativa e, assim, desatende ao princípio da efetividade e ao modelo de separação de poderes que não poderiam ceder diante dos outros princípios constitucionais considerados sistemicamente, no caso, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.*

Na verdade, como será exposto ao longo do presente trabalho, ao contrário da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, o prévio requerimento administrativo, como regra, não atinge o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

### 3.2 Os elementos metajurídicos na interpretação do direito e a exigência do prévio requerimento administrativo

As teorias positivistas do século XX buscavam estabilizar expectativas sem recorrer a tradições éticas como suporte para a legitimidade das normas jurídicas. Kelsen e Hart buscaram conceber o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras, cuja compreensão seria independente da política e da moral<sup>28</sup>. A legitimidade das normas referia-se, portanto, unicamente à norma fundamental hipotética, aceita como um fato histórico, e não à racionalidade de seu conteúdo. Portanto, não se poderia admitir como fundamento da Constituição qualquer dado ou elemento sociológico, político ou filosófico.

Na transformação radical do direito à imagem da lógica formal, Kelsen levou ao ápice da abstração a separação e contraposição de norma e realidade, ser e dever-ser.<sup>29</sup>

Por sua vez, a teoria estruturante do direito idealizada por Friedrich Müller representa uma alternativa à concepção positivista da norma jurídica, procurando levar em consideração os elementos que efetivamente contribuem para a formulação da decisão. Situada no contexto pós-positivista, a teoria estruturante de Müller considera a norma não apenas um dever-ser, mas um

27 DWORKIN; SCOTTI, op. cit.

28 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997. p. 250.

29 MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.

fenômeno composto de linguagem e fatos, colocando o ser e o dever-ser como elementos complementares, cujas relações os limitam entre si, e não como elementos reciprocamente excludentes<sup>30</sup>.

Para o referido idealizador da proposta, Kelsen exclui do seu conceito de “norma” tudo o que é metajurídico, toda normatividade material passível de realização no caso concreto. A teoria é, assim, de uma “autossuficiência extremamente formalista”<sup>31</sup>.

Afirma Müller que é preciso estabelecer uma metodologia científica para a integração e aplicação do direito a partir de elementos materiais metajurídicos, metódica essa que seja capaz de materializar a justiça no caso concreto.

Müller sustenta, assim, a necessidade de criação de um conceito de norma jurídica que adentre a sua estrutura, levando em conta os elementos que efetivamente influenciam na formulação da decisão.

Ressaltada, portanto, a importância dos elementos metajurídicos, ganha relevância a realidade fática, histórica e social em que se encontra atualmente a atividade administrativa previdenciária que corrobora a necessidade de prévio requerimento administrativo como requisito para demonstração da lesão ou ameaça a direito como condição própria da ação.

Com efeito, como salientado no Caderno de Memoriais apresentado pela Procuradoria Federal Especializada do INSS ao Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Repercussão Geral pelo Plenário no RE 631240, várias são as vantagens em se adotar a necessidade de prévio requerimento administrativo antes de se recorrer ao Judiciário, dentre as quais destacamos:

- 1) inexistência de prejuízo financeiro para o interessado (muito ao contrário do que ocorre quando alguém recorre a um advogado e ajuíza uma ação);
- 2) celeridade em todo o procedimento (nos benefícios de salário-maternidade, aposentadoria por tempo de contribuição e por idade a concessão poderá ocorrer em até 30 minutos);
- 3) a existência de servidores da Autarquia treinados e especializados na matéria.

Não existe nenhum elemento favorável à concessão do benefício por meio judicial sem que haja a provocação prévia da Autarquia. Ao contrário, a via judiciária acarretará inúmeros ônus, tais como: pagamento de honorários advocatícios por ambas as partes, custas processuais, juros, tempo de esperar

30 CONTE, Christiany Pegorari. A aplicabilidade da teoria estruturante no direito contemporâneo face à crise do positivismo clássico. In: *ANAI DO XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. Brasília, nov. 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/03\\_197.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/03_197.pdf)> Acesso em: 13 jan. 2014.

31 MÜLLER, op. cit., p. 26.

maior, o que vai de encontro à ideia de efetividade, celeridade e eficiência que atualmente permeia as atividades jurisdicionais.

É válido reconhecer que a jurisprudência em sentido contrário até pouco tempo existente, ou seja, pela dispensa do prévio requerimento administrativo, sofreu influência do deficiente atendimento administrativo prestado aos segurados em passado recente.

Ocorre que esse elemento histórico, essa realidade fática, não se faz mais presente. O INSS nos últimos anos investiu para melhorar a qualidade do atendimento aos segurados e beneficiários, com investimentos maciços na modernização de seu parque de informática; contratação de novos servidores administrativos e médicos peritos, que substituíram os terceirizados; modernização das Agências da Previdência Social – APS; canais remotos de atendimento para extinção das filas, dentre outros.

O atendimento ágil e facilitado de grande parte dos segurados garantiu a redução do atendimento presencial, liberando as unidades de atendimento para analisar e agilizar a concessão de benefícios. Em face da organização e redução do atendimento presencial, o INSS obteve pleno êxito no combate eficaz às filas no horário de abertura das unidades.

No campo normativo, também houve avanços importantíssimos, entre os quais merece destaque a determinação normativa expressa<sup>32</sup> para protocolização de todos os pedidos formulados no âmbito administrativo, ainda que apresentados sem a documentação completa.

Ademais, a ausência de prévio requerimento ao INSS é, sem dúvida, um dos maiores impeditivos para a formalização de um maior número de solução consensual de litígios, pois quando o processo é direcionado antes ao Judiciário o acordo fica inviabilizado pela ausência de instrução processual mínima a respeito do pedido, bem como por ausência da manifestação e análise pericial do INSS, o que igualmente desatende ao escopo máximo da pacificação dos conflitos.

Em consulta aos sistemas da Previdência Social foi possível à Procuradoria Federal Especializada do INSS constatar ainda que pelo menos 35 % (trinta e cinco por cento) das decisões judiciais cumpridas pelo INSS em 2008 são provenientes de processos em que não ocorreram prévio requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Assim, percebe-se que ainda existe um número expressivo de processos ajuizados sem que o INSS tenha sido provocado a analisar previamente o pedido de concessão do benefício previdenciário, aumentando o número de demandas judiciais, já que muitos segurados, instruídos por seus advogados, procuram diretamente o Poder Judiciário, ainda que não haja qualquer lesão ou ameaça a direito como o exige o art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

Tal prática subverte a ordem natural da atuação da Administração Previdenciária como primeiro Órgão a manifestar-se sobre a existência de

32 Art. 176 do Decreto 3048/99, na redação do Decreto 3668/00.

direito do segurado a um determinado benefício e enseja um incremento de demanda judicial e o pagamento de juros e honorários advocatícios, frise-se, desnecessariamente e de forma totalmente desconexa com a realidade fática, histórica e social em que se encontra atualmente a atividade administrativa previdenciária.

#### **CAPÍTULO 4 - CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA EXIGÊNCIA DE PREVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO**

##### **4.1 A exigência de prévio requerimento administrativo como condição da ação: elemento necessário à caracterização da lesão ou ameaça a direito para o controle jurisdicional – ausência de ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da CF**

Primeiramente, não se ignora o entendimento jurisprudencial recorrente da Suprema Corte no sentido exatamente contrário ao proposto no presente trabalho. São diversos os precedentes no sentido de que não se exige o prévio requerimento administrativo como condição para o ajuizamento da ação ordinária contra o Instituto do Seguro Social – INSS para pleitear a concessão de benefício previdenciário, muito embora o próprio Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado, em algumas oportunidades, no sentido de que não são inconstitucionais as limitações que são impostas aos jurisdicionados pelas condições de ação e pressupostos processuais, por não ser absoluta a garantia constitucional, motivo pelo qual deveriam ser observadas as normas processuais ordinárias.

Segundo entendimento daquela Corte, o argumento seria de que não haveria previsão na Lei Fundamental de esgotamento da fase administrativa como condição de acesso ao Poder Judiciário:

Discute-se no presente recurso extraordinário a constitucionalidade da exigência de prévia interposição de requerimento administrativo como condição para o ajuizamento de ação ordinária contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para pleitear a concessão de benefício previdenciário. 2. A Turma Recursal do Juizado Especial Federal de Osasco/SP afirmou que “a parte autora, antes de vir a juízo, não realizou o pedido de concessão do benefício na esfera administrativa. Digo isto, na medida em que há necessidade da demandante, antes de procurar o Juizado Especial Federal, obter na esfera administrativa a negativa para o seu pleito ou mesmo ausência de resposta da Autarquia Previdenciária, ausência esta, que entendo caracterizada após o prazo de 60 (sessenta) dias da data do protocolo” (fls. 77/78). 3. A recorrente alega violação do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição do Brasil. 4. Este Tribunal decidiu que “não há previsão, na Lei Fundamental, de esgotamento da fase administrativa como condição para o acesso, ao Poder Judiciário, por

aquele que pleiteia o reconhecimento de direito previdenciário. Ao contrário da Carta pretérita, a atual não agasalha cláusula em branco, a viabilizar a edição de norma ordinária com disposição em tal sentido. A própria Constituição Federal contempla as limitações ao imediato acesso ao Judiciário, quando, no tocante ao dissídio coletivo, a cargo da Justiça do Trabalho, estabelece ser indispensável o término da fase de negociação e, relativamente a conflito sobre competição ou disciplina, preceitua que o interessado deve antes provocar a Justiça Desportiva – artigos 114, § 2º, e 217, § 1º, ambos do Diploma Maior” (AI n. 525.766, Relator o Ministro Março Aurélio, DJ de 1º. 3.07). Dou provimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC, para determinar que o Juizado Especial Federal de Osasco/SP aprecie o direito do recorrente à percepção do benefício previdenciário<sup>33</sup>.

Em recente decisão, todavia, foi admitida a repercussão geral sobre o tema no RE 631240, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, o que passou a constituir uma oportunidade de nova discussão do tema e quiçá alteração do entendimento até então firmado quanto à matéria, o que se afigura plenamente plausível.

Como visto, nas lições de LIEBMAN, a ação identifica-se como “o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional”<sup>34</sup>. É o direito abstrato que as partes têm de exercer a atividade jurisdicional, mediante o processo, para fazer valer o direito material objetivo. É, portanto, um direito que se volta contra o Estado e, por isso mesmo, de natureza pública.

Contudo, esse direito subjetivo que detém o particular contra o Estado não se vincula ao direito material. Ainda que ao final do processo reste vencido, aquele que movimentou a máquina judicial não deixa de ter exercido o direito de ação e de ter obtido a prestação jurisdicional. Ou seja, o direito de ação não depende da existência ou não do direito que se pretende obter nem do resultado do processo.

*Assim, mesmo com a extinção do processo por carência de qualquer das condições da ação, terá havido o exercício da função jurisdicional, embora sem a apreciação do próprio mérito, ou seja, da parte material do pedido autor. A prolatação de sentença de mérito extintiva não nega o direito de ação, nem muito menos a entrega da atividade jurisdicional, que é prestada aos jurisdicionados independentemente do resultado do processo.*

Dessa forma, a ausência da apreciação do mérito da causa na hipótese de carência de ação, não fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mesmo diante da clara intenção da assembleia constituinte de romper com as amarras do sistema constitucional anterior vigente no Brasil (art. 153, §4º,

33 RE 548767 SP, Rel. Min. EROS GRAU, j. em 03/06/2008. DJe-111 19/06/2008.

34 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civiles*, Ritampa Della 2. ed. v. I, nº 3, 1968. p. 38.

da CF/69, na redação dada pela ED n. 07, de 13.04.1977<sup>35</sup>), para não mais se admitir o prévio esgotamento das vias administrativas como condição ao acesso à atividade jurisdicional.

Não mais se está em perigo o acesso irrestrito ao judiciário, interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal à Carta Magna em função do momento vivido pelo Brasil pré-constituição de 1988, em que o regime da ditadura tolheu diversos direitos subjetivos. À medida que a democracia se fortaleceu no Brasil, igualmente se firmaram suas instituições, como a repartição e independências dos poderes e o amplo acesso ao judiciário.

Ademais, como se observa na redação do texto constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), o próprio constituinte originário já previu que a lei não poderia afastar a jurisdição quando houvesse lesão ou ameaça a direito. Contudo, ao deixar a parte de levar seu pedido à administração, evidentemente, não se toma conhecimento de sua pretensão e, portanto, não há a emissão de qualquer juízo de valor, inexistindo, por isso mesmo, pretensão resistida.

Ante o exposto, *não há negativa de prestação jurisdicional na exigência do prévio requerimento administrativo na medida em que o que se exige é apenas a demonstração do interesse processual, mediante lesão ou ameaça a direito, a fim de evitar a movimentação da máquina judiciária de forma desnecessária.* A pretensão resistida não se verifica, em regra, enquanto não houver a prévia provocação da Administração Pública quanto ao seu direito, por ausência de interesse de agir, entendido em seu binômio necessidade-adequação.

Posteriormente à recente admissão da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1310042/PR, enveredou também pelos argumentos teórico-conceituais, ao tratar expressamente do prévio requerimento administrativo nas demandas previdenciárias e o interesse de agir:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSO CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3º E 267, VI, DO CPC). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGRA.

1. Trata-se, na origem, de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação.

2. *A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Precedentes do STF.*

3. *O interesse de agir ou processual configura-se com a existência do binômio necessidade-utilidade da pretensão submetida ao Juiz. A necessidade da prestação*

35 “Art. 153, §4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.



*jurisdicional exige a demonstração de resistência por parte do devedor da obrigação, já que o Poder Judiciário é via destinada à resolução de conflitos.*

*4. Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa.*

*5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada.*

*6. A aplicação dos critérios acima deve observar a prescindibilidade do exaurimento da via administrativa para ingresso com ação previdenciária, conforme Súmulas 89/STJ e 213/ex-TFR.*

7. Recurso Especial não provido<sup>36</sup>. (grifos acrescentados)

Isso é possível na medida em que se acomoda o conceito de ação para atender ao princípio da inafastabilidade da jurisdição ao mesmo tempo em que acolhe a problemática atual da efetividade, economicidade e celeridade do judiciário, mediante a verificação das condições da ação, sem negar-se o direito da parte de requerer judicialmente a sua pretensão.

Nesse sentido de que a verificação das condições da ação (aí incluído o interesse de agir) não caracteriza ofensa ao próprio direito de ação, e ao direito à prestação jurisdicional, convém transcrever doutrina de MARINONI<sup>37</sup>, citada no referido acórdão, que assim estabelece:

Entretanto, tal apreciação, segundo o art. 267, VI, do CPC, requer a presença de determinados requisitos, chamados de condições da ação, exigência que não viola a garantia constitucional de ação nem é com ela incompatível.

A falta de um desses requisitos obstaculiza a apreciação da afirmação de lesão ou ameaça, mas não exclui o direito de pedir essa apreciação. A sentença que reconhece a ausência de uma das condições da ação apenas impede que ação continue a se desenvolver, mas não nega que a ação foi exercida.

Sobre o tema, ainda elucida DINAMARCO:

Razões de ordem ética ou econômica legitimam certas limitações impostas pela lei ao direito ao provimento de mérito. Quando se diz que todos têm direito ao pronunciamento dos juízes sobre suas pretensões, esse todos não significa que qualquer pessoa o tenha, em qualquer circunstância (Liebman). A tendência à universalização da tutela jurisdicional é refreada pela legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei. Daí os requisitos

<sup>36</sup> REsp 1310042/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 219.

do interesse de agir, [...]; da legitimatio ad causam, [...]; e da possibilidade jurídica da demanda [...]. Presente todas essas condições da ação, diz-se que o sujeito tem direito de ação – e consequentemente só o terão aqueles que se encontrarem amparados por elas. Carece de ação quem não esteja amparado por esses requisitos, ainda que apenas um deles lhe falte<sup>38</sup>.

Ademais, como já salientado, os conceitos utilizados pelo processo são impregnados pelos contextos históricos em que são pensados e é natural que com o desenvolvimento da ciência processual e com a construção histórica surjam diferentes teorias a respeito da natureza jurídica da ação, tal como ocorrido até então e demonstrado em tópicos anteriores. Dessa forma, o conceito de ação está sempre em modificação, acompanhando a ideologia política vigente em seu tempo.

Contudo, a teoria do processo acopla concepções diversas, unidas por uma coerência narrativa, embora sem uma forma lógica. Assim, surgindo um elemento radicalmente novo em relação aos existentes no direito anterior, a história demonstrou que o conceito de ação tende a se modificar para abarcar a nova realidade, por meio de adaptações em respeito a certos limites dogmáticos.

Portanto, ao adentrar em *questões teórico-conceituais e de ordem pragmáticas*, na verdade, o *Superior Tribunal de Justiça efetuou a contextualização das questões históricas atuais a justificar uma ruptura, ainda que limitada, com o antigo conceito de ação, que ainda se encontrava intimamente relacionado ao princípio da inafastabilidade da jurisdição nos Tribunais pátrios*.

A tendência é cada vez mais o distanciamento da teoria abstrativista e uma *aproximação cada vez maior da teoria eclética adotada pelo CPC*, vislumbrada por recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, de forma a dar continuidade ao conceito de ação, adequando-o ao novo contexto histórico contemporâneo sem grandes rupturas.

*Seguindo-se tal entendimento, além de continuar-se vinculado ao senso teórico trazido por Liebman e a sua teoria eclética da ação, mantém-se o estudo do processo atualizado com os movimentos instrumentais que buscam emprestar mais efetividade à justiça, no movimento já denominado de constitucionalização do processo*<sup>39</sup>.

Por outro lado, a exigência do prévio requerimento administrativo não institui a jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, porquanto não se exige para que reste configurada a necessidade do provimento de mérito o esgotamento das instâncias administrativas. Basta o mero requerimento, com o decurso de prazo razoável para a análise do pedido sem qualquer resposta por parte da Administração, para que, a partir

38 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

39 A constitucionalização do processo significa que o estudo dessa disciplina deve ter como ponto de partida e de chegada a Constituição Federal, que, em vários dispositivos, consagra princípios e estabelece garantias processuais". LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

de então, já surja a lide, o interesse-necessidade da entrega do provimento material aos jurisdicionados.

É pertinente ao presente caso o entendimento desse interesse-necessidade, que Fredie Didier Jr. assim define<sup>40</sup>:

O exame da “necessidade da jurisdição” fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito. Esse pensamento só é correto, entretanto, para as situações em que se pretende exercitar, pelo processo, direitos a uma prestação (obrigacionais, reais e personalíssimos), pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação.

Ante o exposto, cuida-se de questionamento plenamente solúvel no patamar infraconstitucional. Como esposado pelo Min. Herman Benjamin do Superior Tribunal de Justiça no já citado acórdão do RESP 1310042, nas ações judiciais que envolvem a concessão de benefício previdenciário, o “cumprimento espontâneo da prestação”, na expressão utilizada pelo citado doutrinador, por parte da autarquia previdenciária impõe a submissão de um pedido administrativo pelo segurado, já que não há possibilidade jurídica de concessão de ofício de prestação previdenciária<sup>41</sup>.

Em outros termos, é imprescindível que a autarquia seja instada a se manifestar para que tome conhecimento da pretensão e possa cumpri-la, para, assim, passar a existir uma pretensão resistida apta a caracterizar um conflito. Se não há conflito, não há lide nem há interesse de agir, e tal análise não prejudica o próprio direito de ação e o acesso ao Poder Judiciário.

Ainda que não afeto às questões previdenciárias, a título exemplificativo, vale a reprodução de entendimento jurisprudencial recente também do Superior Tribunal de Justiça que abarca igual desenvolvimento lógico-racional:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. DPVAT. *REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. REQUISITO ESSENCIAL PARA PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL PARA CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR*. INÉRCIA DO AUTOR QUANTO A ESTE PEDIDO. REVERSÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. MATÉRIA ATINENTE À COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. *O requerimento administrativo prévio constitui requisito essencial para o ingresso da demanda judicial.*

40 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 12. ed. p. 212.

41 REsp 1310042/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.

2. Rever o entendimento firmado pelo acórdão recorrido, no sentido da não formulação do requerimento administrativo, demanda a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.
3. O tema constitucional em discussão (inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário) refoge à alçada de controle desta Corte Superior de Justiça.
4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 936.574/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 8/8/2011, grifei).

Seguindo ainda o entendimento ora esposado, por exemplo, em sede de Habeas Data, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional dispositivo de Lei (art. 8º, da Lei 9507/97) que exige como condição da ação a recusa de informações pela autoridade, sob pena de, inexistindo pretensão resistida, a parte ser julgada carecedora da ação, por falta de interesse processual<sup>42</sup>.

O exemplo acima trata de uma limitação ao acesso ao Judiciário amplamente aceita em função de estar amparada pelo próprio constituinte originário, e igualmente certo é que a *necessidade de existir um conflito, lesão ou ameaça a direito também constitui limitação instituída pelo constituinte originário ao acesso irrestrito ao Judiciário, o que se depreende do próprio texto do art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal.*

Ora, o texto constitucional é claro ao afirmar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário “lesão ou ameaça a direito” e não qualquer pretensão. Dessa forma, *mutatis mutandis*, o constituinte originário autorizou a lei a estipular limitação ao acesso ao Judiciário nos casos em que não existe uma pretensão resistida, ou seja, essa lesão ou ameaça a um direito do segurado.

E, além da já demonstrada evolução prática e legislativa no atendimento aos segurados nas agências do INSS, com a interiorização, ampliação e eficiência dos serviços, certo é que a *concessão dos benefícios previdenciários, pela sua própria natureza pessoal e individualizada, não admite, em regra, a possibilidade de existência de uma lesão ou ameaça a direito antes mesmo do conhecimento de sua pretensão pela Administração.*

Os próprios dados numéricos apresentados pela Procuradoria Federal Especializada do INSS ao Superior Tribunal de Justiça em Memoriais e que se encontram no Relatório Final de Gestão – setembro de 2008 a janeiro de 2011 (<http://www.agu.gov.br/pfeinss>), demonstram que, em 2010, de todas as concessões de benefícios, apenas 8,51% foram por força de decisão judicial. Ou seja, em linhas gerais, de cada 10 concessões, 9 são feitas pelo INSS e 1 é feita pelo Poder Judiciário.

Portanto, os elementos fáticos acima citados demonstram que *o INSS não funciona negando peremptoriamente os benefícios dos segurados, o que tornariam inócuos prévios requerimentos administrativos e gerariam uma ameaça ao direito dos cidadãos.*

<sup>42</sup> RHD 24-DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, 28.11.1997 (informativo 94 do STF).

Ao contrário, tais dados exemplificam que as concessões judiciais são mínimas diante do total de processos submetidos a requerimentos administrativos.

Ademais, a exigência da prévia provocação administrativa também não se confunde com o exaurimento da própria via administrativa, pois se tratam de conceitos substancialmente diferentes. Enquanto o primeiro diz respeito à necessidade de se postular, *a priori*, o benefício na esfera administrativa com atribuição para analisar o pedido, propiciando-se, assim, o deferimento ou indeferimento do benefício vindicado, o segundo trata da dispensa do exaurimento dessa via administrativa, ou seja, não necessita o segurado de utilizar-se de todos os recursos cabíveis administrativamente para se socorrer às vias judiciais.

Nesse contexto, é possível compreender o entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, que enveredou pelo caminho teórico-conceitual, abarcando a Teoria Eclética adotada pelo ordenamento jurídico em suas recentes decisões, bem como se utilizando de argumentos de ordem pragmática para se adequar ao atual contexto histórico vivido pelo país.

#### **4.2 A atividade do poder judiciário em substituição ao poder executivo: caracterização de ofensa ao art. 2º da constituição federal**

Sem que o segurado busque junto à autarquia previdenciária a prestação social que entenda como cabível para sua situação fática, mas sim diretamente ao Poder Judiciário, salta aos olhos a afronta ao art. 2º da CF/88, ainda que a sua contextualização atual já admita determinada flexibilização em seu conceito.

Neste rumo, abre-se a possibilidade de confusão entre a atividade executiva e a atividade jurisdicional, no momento em que se defere à parte autora um benefício previdenciário, sem que o prévio requerimento administrativo tenha sido realizado, materializando-se, assim, a falta de ato administrativo passível de análise e eventual correção pelo Poder Judiciário.

A questão posta em análise está relacionada ao fato de que, *no ânimo de buscar a integração do direito utilizando-se da teoria principiológica, não seria razoável ao Supremo Tribunal Federal usurpar a competência administrativa do Poder Executivo, ainda que após exercício hermenêutico diante de outros princípios constitucionais considerados sistemicamente, por ofensa ao modelo de separação de poderes.*

A teor do entendimento desta Corte Suprema, o Poder Judiciário é competente para a análise de atos praticados pelo Poder Executivo, mas não para, simplesmente, realizar a sua mera substituição em tal prática administrativa:

Separação dos poderes. Possibilidade de análise de ato do Poder Executivo pelo Poder Judiciário. [...] Cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais, e, em vislumbrando mácula no ato impugnado, afastar a sua aplicação. (AI 640.272-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-10-2009, Primeira Turma, DJ de 31-10-2007.).

Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. [...] A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. (RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 30-11-2004, Primeira Turma, DJ de 1º-7-2005).

Embora o Judiciário não possa substituir-se à administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal.

(RMS 24.901, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 26-10-2004, Primeira Turma, DJ de 11-2-2005).<sup>43</sup>

Ainda que inegável a já mencionada flexibilização quanto ao princípio da separação de poderes exatamente para atender-se aos ditames sociais e históricos da sociedade moderna, certo é que tal fato não autoriza a transferência integral do exercício de atividade tipicamente administrativa na concessão de benefícios previdenciários, de forma tal a tornar totalmente desnecessária a participação da Administração Pública.

A discussão adentra inevitavelmente nas lições de Habermas<sup>44</sup> e a relação complexa e funcional entre o Direito e a Política, ainda que por aqui superficialmente analisada. Um Direito codificado é pressuposto, instrumento do Poder Político e institucionaliza, fixa e legitima a própria organização política estatal. O direito codificado ainda fornece as regras claras e precisas, com o grau de consistência necessária a ser apreendida pelos seus destinatários. Dessa forma, é por meio do Direito que se garante a autonomia privada e pública dos cidadãos, e ao mesmo tempo gera a organização e a orientação do Poder Político.

O princípio da Separação de Poderes, nesse contexto, representa a garantia de que o Poder Judiciário se limitará à aplicação do Direito estabelecido pelos cidadãos, que especificam as diretrizes políticas a serem seguidas. Assim, referido princípio cumpre a sua função de manter o sistema democrático do Estado de Direito.

Por sua vez, o Poder Político contribui para a segurança jurídica, a certeza do Direito, na medida em que garante a observância do Direito e das decisões dos Tribunais pelo Estado e possibilita aos destinatários conhecer as consequências de seu próprio comportamento e dos outros integrantes de uma sociedade.

Dessa forma, a tese da desnecessidade do prévio requerimento administrativo pela Suprema Corte se monta com base em argumento de política, na medida em que afasta a lei e as condições da ação impostas para a propositura das demandas, a própria norma jurídica que foi construída politicamente, para

<sup>43</sup> No mesmo sentido: AI 746.260-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009. Primeira Turma, DJE de 7-8-2009.

<sup>44</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

supostamente proteger a comunidade como um todo, com base no critério definido pela consciência do próprio julgador.

Caso reste vencedora a regra da desnecessidade do prévio requerimento administrativo, ainda que entenda estar o Poder Judiciário agindo *secundum legem* na aplicação da lei, a desconsideração da regra que exige presença de um litígio para o acesso ao Judiciário, com base em argumento de política sem qualquer amparo na realidade fática atual, acarreta a própria substituição do Poder Executivo pelo Poder Judiciário e suas consequências catastróficas: todo o trabalho jurisdicional será inviabilizado pelo imenso volume de novos processos que poderiam ser evitados, em ameaça à efetividade e qualidade da própria atuação judicial, assim como as grandes despesas públicas surgidas com o pagamento de custas e honorários desnecessariamente.

Os ensinamentos de Dworkin ainda contribuem para o entendimento da questão, na medida em que referido doutrinador propõe a utilização dos princípios e não somente as regras na integração do direito, uma vez que os princípios passaram a ser o centro das atenções no constitucionalismo moderno. Para procurar resolver *hard cases*, Dworkin idealizou a tese dos direitos, por meio da qual separa, inicialmente, as decisões baseadas em argumento de política e argumentos de princípio:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo [...]. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo<sup>45</sup>.

Assim, na visão de Dworkin, ao juiz não cabe uma decisão política-judicial, posto que os argumentos de política seriam utilizados exclusivamente pelo Poder Legislativo, mas apenas o uso de argumento de princípio a um caso individual, atendo-se à lei construída politicamente.

*Pela visão de Dworkin, a vedação de decisões políticas pelo Poder Judiciário atende ao princípio da separação de Poderes, visto que ao Judiciário caberia a finalidade de manter a integridade dos atos políticos de competência do Legislativo.*

Dessa forma, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o Judiciário deveria se basear em argumento de princípios superiores a serem respeitados, ante a necessidade de integridade do ordenamento em si.

*Ante o exposto, não restam dúvidas de que uma decisão final no RE 631240 no sentido da desnecessidade do prévio requerimento administrativo ampliaria um direito da coletividade (propositura de demandas perante o Poder Judiciário) ao declarar a desnecessidade de uma limitação a esse mesmo direito estabelecido tanto em lei ordinária quanto pelo próprio constituinte originário (comprovação da lesão ou ameaça a direito como fundamento para a necessidade-utilidade do acesso ao judiciário).*

45 DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

*Contudo, tal entendimento teria por base a prevalência de princípios sobre a norma clara e expressa do legislador positivo com base em decisão política do próprio julgador; ao desconsiderar os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da separação de poderes e a existência das condições da ação como pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo.*

Tratar-se-ia, portanto, de uma decisão política e não meramente principiológica da Suprema Corte, impregnada de elementos sociais, políticos, econômicos e históricos considerados pelo julgador, que destoam claramente da conjuntura atual já relatada quanto aos requerimentos administrativos formulados pelos segurados perante as Agências do INSS e da própria decisão política expressa pelo constituinte. Dessa forma, fere-se a garantia do ordenamento jurídico, por meio dos seus princípios basilares da segurança jurídica e da Separação de Poderes.

Belos discursos saturados de apelos a princípios programáticos, mas que vão de encontro ao interesse de toda a comunidade que elege seus representantes para que decidam sobre a feitura das leis segundo as regras do processo democrático, de modo a não se submeterem ao arbítrio de qualquer um.

#### **4.3 A inviabilidade da manutenção do sistema judiciário com a transferência da demanda administrativa para a esfera judicial: negativa ao princípio da eficiência [art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal]**

A análise acerca da desnecessidade da regra do prévio requerimento para demandas previdenciárias também não se limita ao ponto de vista teórico-conceitual, mas argumentos de ordem pragmática também motivam a adoção do prévio requerimento como mecanismo de seletividade judicial.

É o que se extrai do trecho do voto do Ministro Relator HERMAN BENJAMIN prolatado em acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça já mencionado<sup>46</sup>:

No presente caso é incontroverso que o autor da ação não requereu administrativamente o benefício previdenciário e alega a negativa sistemática do INSS à concessão das prestações requeridas para justificar o ajuizamento direto da ação.

Essa assertiva é comum no meio jurídico. Por outro lado, não conformado por este “senso comum”, consultei alguns dados sobre esse contexto.

Conforme consta no site do INSS (<http://www.inss.gov.br> em Estatísticas), nos Boletins Estatísticos da Previdência Social de 2011, foram requeridos, no citado ano, 8.046.153 benefícios e indeferidos 3.250.290 pedidos. Isso significa, numa estimativa, um índice de indeferimento de benefícios, naquele ano, de 40,40%.

<sup>46</sup> REsp 1310042/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 28/05/2012.



Seguindo o referido índice, significa, em termos gerais, que, de cada 10 requerimentos, 6 são deferidos e 4 são indeferidos.

Nesse ponto convém mencionar importante consequência que a adoção da corrente da desnecessidade de prévia postulação administrativa acarreta ao Poder Judiciário. Levando-se em conta a proporção acima constatada, em tese a cada 10 processos apresentados no Poder Judiciário sem submissão anterior ao INSS, 6 poderiam ter sido concedidos administrativamente.

A questão que considero relevante nessa análise é que o Poder Judiciário está assumindo, ao afastar a obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo, atividades de natureza administrativa, transformando-se, metaforicamente é claro, em agência do INSS.

Constatai, ainda, segundo levantamento realizado pela Procuradoria Federal Especializada no INSS (<http://www.agu.gov.br/pfeinss>, em “Relatório Final de Gestão – setembro de 2008 a janeiro de 2011”), que aquela instituição apura índice percentual da quantidade de concessões de benefícios realizadas pelo Poder Judiciário.

Segundo ali consta, em 2010, de todas as concessões de benefícios, 8,51% foram por força de decisão judicial. Ou seja, em linhas gerais, de cada 10 concessões, 9 são feitas pelo INSS e 1 é feita pelo Poder Judiciário.

Mantendo-se o entendimento da prescindibilidade do prévio requerimento administrativo para demandar judicialmente, esse percentual tende a aumentar, por óbvio.

A repercussão da tese jurisprudencial aqui contraposta atinge também a própria autarquia previdenciária. Observada a proporção de concessões administrativas acima, o INSS passa a ter que pagar benefícios previdenciários, que poderia deferir na via administrativa, acrescidos pelos custos de um processo judicial, como juros de mora e honorários advocatícios.

Outro aspecto a se destacar é que há a expressa previsão legal para recebimento de todos os pedidos de benefícios previdenciários, conforme o art. 176 do Decreto 3.048/1999:

Art. 176. A apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício.

No âmbito interno da autarquia previdenciária, vigora a Instrução Normativa INSS/PRES 45/2010, que em seu art. 576 assim estabelece:

Art. 576. Conforme preceitua o art. 176 do RPS, a apresentação de documentação incompleta não constitui motivo para recusa do requerimento de benefício, ainda que, de plano, se possa constatar que o segurado não faz jus ao benefício ou serviço que pretende requerer, sendo obrigatória a protocolização de todos os pedidos administrativos, cabendo, se for o caso, a emissão de carta de exigência ao requerente, na forma do art. 586.

Não há falar, portanto, na institucionalização da negativa de protocolização de requerimentos administrativos pelo INSS, não obstante situações específicas que eventualmente se constatem.

A regra geral aqui fixada é a de que o interesse processual do segurado se configura nas hipóteses de negativa do recebimento do requerimento ou de resistência na concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento, seja pela notória oposição da autarquia à tese jurídica esposada. Nesse último caso, seria inútil impor ao segurado a prévia protocolização de requerimento administrativo quando o próprio INSS adota posicionamento contrário ao embasamento jurídico do pleito.

Ante o exposto, não restam dúvidas de que se porventura adotada a tese da inexigibilidade do prévio requerimento administrativo serão geradas demandas judiciais aptas a inviabilizar o seu próprio funcionamento. A repercussão da tese atingiria também a própria autarquia previdenciária, que passaria a ter que pagar benefícios previdenciários que poderia deferir na via administrativa, acrescidos dos custos de um processo judicial, como juros de mora e honorários advocatícios.

*Não se nega que, de fato, o direito à previdência social, como um direito fundamental de caráter social, possui aplicabilidade imediata e deve ser garantido pelo Estado com atuação positiva com vistas a sua concretização, inclusive, em demandas individuais.*

Contudo, a inexigibilidade da prévia demanda perante o Poder Executivo, como regra, culminaria por relativizar a função típica do Poder Judiciário ao transferir o exercício da atividade administrativa, em clara ofensa ao Princípio da Separação de Poderes, para transformar o Poder Judiciário em verdadeiro balcão de análise da própria administração, além de gerar o aumento desenfreado do número de ações judiciais em todo o País, elemento esse, ainda que metajurídico, também de grande relevância para o tema.

O que se verifica no momento atual pós-consolidação das instituições democráticas e republicanas é o abarrotamento do Judiciário, com a imensa quantidade de causas, e a necessidade de proferir decisões efetivas e céleres, que atingiu o seu ápice com a sua conformação de status constitucional em 2004 (art. 5, inciso LXXVIII, CF/88).

São cada vez mais recorrentes os ideais éticos e de economicidade, a impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei. De fato, processos interpostos pela parte sem legitimidade ou com pedido juridicamente impossível apenas movimentaria a custosa máquina judiciária, sem qualquer finalidade prática. De igual forma, a interposição de ação sem a presença do interesse de agir iria movimentar o judiciário e gerar custos à parte perdedora (custas, juros de mora, honorários, etc.) tudo desnecessariamente, o que igualmente não atende aos princípios éticos e da economicidade atualmente vigentes.

Ademais, vale ressaltar que não se está a pregar a desconsideração de outras realidades, exceções estas relacionadas aos casos em que a imposição de prévio ingresso administrativo represente uma negativa fática ao próprio direito de se pleitear o benefício judicialmente. Como exemplos, destacam-se os casos da paralisação dos serviços da Administração Pública, da ineficiência dos serviços prestados pelo INSS em função da distância excessiva entre a comunidade do segurado e a agência da Previdência Social, ou mesmo da ultrapassagem de prazo razoável para a análise Administrativa do pleito dos segurados, hipóteses em que não há como negar o interesse de agir perante o Poder Judiciário.

*Não se trata, pois, de negação do Estado quanto ao seu dever da prestação material em si, nem de mitigação do também fundamental direito à inafastabilidade do controle jurisdicional, mas de condição prévia ao conhecimento do objeto, com a instauração de uma lide, lesão a direito da parte, com a demanda prestacional primeiramente perante o Poder Executivo, que em nada fere o seu posterior conhecimento por parte do Poder Judiciário.*

*Assim, atentando-se à integridade do direito, é possível afirmar que, ao exigir o prévio requerimento administrativo, não há ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, nem há a exigibilidade do esgotamento da via administrativa, mas o que ocorre é a compatibilização da exigência de prévio requerimento administrativo para configurar-se uma pretensão resistida, com a função típica do Poder Judiciário de resolver conflitos, para evitar-se adentrar em função administrativa, e assim garantir o Princípio da Separação de Poderes e da Eficiência.*

## 5 CONCLUSÕES

O presente trabalho monográfico teve por objeto a análise da doutrina brasileira acerca da necessidade do prévio requerimento administrativo como condição ao desenvolvimento válido do processo, bem como da construção jurisprudencial observada nos Tribunais Superiores, com a finalidade de identificar a aparente colisão de normas constitucionalmente consagradas, à luz dos mecanismos de harmonização de princípios constitucionais trazidos pelos doutrinadores.

Por tal razão, foi necessária, primeiramente, uma análise acerca das condições da ação e sua evolução até alcançar a atual doutrina eclética, adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro e também das normas e princípios constitucionais, em especial, da inafastabilidade da jurisdição, da repartição de poderes e da efetividade do processo, e a ponderação de interesses para sua compatibilização, em um processo hermenêutico.

Após análise acerca dos arts. 2º e 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição Federal e da diferença entre a ameaça ou lesão a direito para análise da pretensão pelo Poder Judiciário exigida pelo constituinte originário e o esgotamento das instâncias administrativas como condição para o acesso Judiciário, ao final do presente trabalho, chegou-se à conclusão de que não há negativa de

prestação jurisdicional na exigência do prévio requerimento administrativo como condição da ação, na medida em que se exige apenas a demonstração do interesse processual, mediante lesão ou ameaça a direito, a fim de evitar a movimentação desnecessária da máquina judiciária e usurpação de competências do Executivo pelo Judiciário.

É comum os beneficiários ingressarem com pedido judicial antes mesmo de qualquer requerimento administrativo com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e são consideráveis as decisões de tribunais do país que têm dado respaldo à referida tese.

Consoante a legislação processual pátria, é dever do juiz a verificação prévia e *ex officio* da presença das referidas condições da ação, para evitar o uso improficuo da máquina judicial. Dentre elas, há o interesse de agir, que enuncia ser necessário não apenas a utilidade da prestação jurisdicional, mas também a sua necessidade e adequação.

Mesmo com a extinção do processo por carência de qualquer das condições da ação, terá havido o exercício da função jurisdicional, embora sem a apreciação do próprio mérito, ou seja, da parte material do pedido autor, de forma que a existência das condições da ação não fere o princípio do amplo acesso à Justiça.

O texto constitucional, no tocante ao princípio na inafastabilidade da jurisdição, consagra o direito de ação como direito fundamental, sem condicionamentos. Contudo, a necessidade de existir um conflito, lesão ou ameaça a direito, ou seja, um interesse-necessidade de ação, também constitui limitação instituída pelo constituinte originário ao acesso irrestrito ao Judiciário, o que se depreende do próprio texto do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Quando o particular deixa de levar seu pedido à Administração, esta não toma conhecimento de sua pretensão, não havendo emissão de qualquer juízo de valor, nem pretensão resistida. Assim, diante da inexistência de prévio requerimento, não há lide e, conseqüentemente, não se afigura presente uma das condições para a propositura da ação judicial, qual seja, o interesse de agir.

Para Dworkin a interpretação da Constituição deve levar em conta não só elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também a história do seu tempo e, dessa forma, a existência dos princípios positivados propicia a contemporaneidade da Constituição diante do dinamismo social.

Isto posto, o Supremo Tribunal Federal em sua jurisprudência até então, no ânimo de buscar a integração do direito, utilizando-se da teoria principiológica, atua de forma desarrazoada e desatende ao princípio da efetividade e ao modelo de separação de poderes – por usurpação da competência administrativa – que não poderiam ceder diante dos outros princípios constitucionais considerados sistemicamente, especialmente, o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

De fato, o prévio requerimento administrativo não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. Não se exige o esgotamento das instâncias administrativas. Basta o mero requerimento, com o decurso de prazo razoável,

para que, a partir de então, já surja a lide, o interesse-necessidade da entrega do provimento material aos jurisdicionados.

A tese da inexistência de prévio requerimento termina por relativizar o Princípio de Separação de Poderes, basilar do Estado Democrático de Direito, ao transferir ao Poder Judiciário o exercício da atividade administrativa. E caminho oposto é o que se espera: à medida que a democracia se fortalece, a tendência é que igualmente se firmem suas instituições, como a repartição e independências dos poderes e o amplo acesso ao judiciário.

Ademais, a tendência de flexibilização do princípio da separação de poderes para atender-se aos ditames sociais e históricos da sociedade moderna também não autoriza a transferência integral do exercício de atividade tipicamente administrativa na concessão de benefícios previdenciários, de forma tal a tornar totalmente desnecessária a participação da Administração Pública nas lides previdenciárias.

Como consequência da usurpação de poder do Executivo pelo Judiciário, todo o trabalho jurisdicional seria inviabilizado pelo imenso volume de processos, em ameaça ao princípio da efetividade e à própria qualidade da atuação judicial, assim como as grandes despesas públicas surgidas com o pagamento de custas e honorários desnecessariamente.

Os elementos metajurídicos representam ainda uma importante fonte acerca dos avanços e das atuais condições do atendimento dos segurados da Previdência Social e o baixo número de concessões judiciais de benefícios a justificar como temerária e desarrazoada a desconsideração, como regra, da prévia análise pela Administração Pública das pretensões dos particulares em sede de concessão de benefícios previdenciários. Ademais, essa mesma fonte empírica demonstra que o INSS também não funciona negando peremptoriamente os benefícios dos segurados, o que tornariam inócuos prévios requerimentos administrativos e gerariam uma ameaça ao direito dos cidadãos.

Não se nega as exceções relacionadas aos casos em que a imposição de prévio ingresso administrativo represente uma negativa fática ao próprio direito de se pleitear o benefício judicialmente. Como exemplos, destacam-se os casos da paralisação dos serviços da Administração Pública, da ineficiência dos serviços prestados pelo INSS em função da distância excessiva entre a comunidade e a agência da Previdência Social, ou mesmo da ultrapassagem de prazo razoável para a análise Administrativa do pleito dos segurados, hipóteses em que não há como negar o interesse de agir perante o Poder Judiciário.

Por fim, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça, a tendência jurisprudencial é exatamente no sentido da exigência do prévio requerimento administrativo, ante a evolução do sistema democrático brasileiro, com a continuidade e aproximação cada vez maior do conceito de ação, em sua concepção eclética, adequando-a ao novo contexto histórico contemporâneo sem grandes rupturas, em que não se está mais em risco o acesso amplo e irrestrito ao Poder Judiciário.

Uma decisão final do Supremo Tribunal Federal no RE 631240 no sentido da desnecessidade do prévio requerimento administrativo ampliaria um direito da coletividade (propositura de demandas perante o Poder Judiciário) ao declarar a desnecessidade de uma limitação a esse mesmo direito estabelecido tanto em lei ordinária quanto pelo próprio constituinte originário (comprovação da lesão ou ameaça a direito como fundamento para a necessidade-utilidade do acesso ao judiciário). Contudo, tal entendimento teria por base a prevalência de princípios sobre a norma clara e expressa do legislador positivo com base em decisão política do próprio julgador a desconsiderar o próprio texto constitucional, quanto aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e da separação de poderes e a existência das condições da ação como pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo.

## REFERÊNCIAS

### I. LIVROS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização de direitos. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira; Felipe Daniel Amorim Machado. (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COUTURE, Eduardo J. apud Ivo Dantas. *Processo Constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civiles*. Ritampa Della 2. ed. v. I, n. 3, 1968.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Direito desportivo: função social dos desportos e independência da justiça desportiva. In: MACHADO, Rubens Approbato et al (coord.). *Curso de direito desportivo sistêmico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat Apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WATANABE, Kazuo. Acesso a justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASCKY, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

## II. ARTIGOS E PERIÓDICOS (PUBLICADOS EM REVISTA OU DISPONÍVEIS EM MEIO ELETRÔNICO)

ANDRADE, Ricardo Barreto. *Direito da Seguridade Social*. Disponível em: <[http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/839/mod\\_folder/content/25/1\\_-\\_Textos-base/Texto-base\\_Unidade\\_1\\_-\\_Direito\\_Previdenciario.pdf?forcedownload=1](http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/839/mod_folder/content/25/1_-_Textos-base/Texto-base_Unidade_1_-_Direito_Previdenciario.pdf?forcedownload=1)>. Acesso em: 13 jan. 2013.

CONTE, Christiany Pegorari. *A aplicabilidade da teoria estruturante no direito contemporâneo face à crise do positivismo clássico*. In: ANAIS DO XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Brasília, nov. 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/03\\_197.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/03_197.pdf)> Acesso em: 13 jan. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 108, out. 2002.

SCOTTI, Guilherme. *Teorias Jurídicas positivistas*. Disponível em: <[http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/615/mod\\_folder/content/31/1\\_-\\_Textos-base/Texto\\_base\\_2.pdf?forcedownload=1](http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/615/mod_folder/content/31/1_-_Textos-base/Texto_base_2.pdf?forcedownload=1)>. Acesso em: 13 jan. 2014.

## III. SITES

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

<http://moodle.cead.unb.br/agu/>



---

## A DESAPOSENTAÇÃO E SUA VIABILIDADE CONSTITUCIONAL

---

*Priscila Alves Rodrigues Durval*  
*Procuradora Federal*

SUMÁRIO: 1 Aposentação e desaposentação; 1.1 Natureza jurídica do ato concessivo da aposentação e do direito à aposentadoria; 1.2 Conceito de desaposentação e efeitos jurídicos; 1.2.1 Fundamentos constitucionais e legais contrários à desaposentação; 1.2.2 Fundamentos constitucionais e legais favoráveis à desaposentação; 1.3 A desaposentação na jurisprudência dos tribunais federais; 2. A desaposentação em âmbito constitucional; 2.1 A desaposentação sob a ótica do princípio da solidariedade; 2.2 O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial e sua incidência sobre a desaposentação; 2.3 Exigências constitucionais para legalização da desaposentação e os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional; 3 Conclusão; Referências

**RESUMO:** O presente trabalho trata da admissibilidade constitucional do instituto da desaposentação no ordenamento jurídico nacional. A desaposentação é o ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa e contribuído obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social, após a concessão daquela primeira aposentadoria. Diante da inexistência de regulamentação legal específica sobre o tema, não existe unanimidade na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Federais quanto à possibilidade de se reconhecer a desaposentação em nosso ordenamento, causando insegurança jurídica e o aumento exponencial de demandas judiciais sobre a matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regime Geral de Previdência Social. Aposentadoria. Desaposentação. Renúncia.

**ABSTRACT:** The present work deals with the constitutional admissibility of the institute to come out of retirement in national law. This institute is the act of undoing retirement by the will of the holder, for the purpose of using the time for new membership count in retirement, in the same or in another pension scheme, usually for staying in work activity and contributed compulsorily to the General Social Security after granting that first retirement. Due to the lack of specific legal regulations on this subject, there is no unanimity in doctrine and jurisprudence of the Federal Courts regarding the possibility of recognizing this institute in our legal system, causing legal uncertainty and the exponential increase of lawsuits on the matter.

**KEYWORDS:** General Social Security. Retirement. Act of Undoing Retirement. Disclaim

## INTRODUÇÃO

Em razão da complexidade do sistema protetivo em âmbito social, que envolve a garantia de direitos fundamentais, cujo grau de efetividade está em constante alteração, novas demandas frequentemente surgem, muitas das quais causando expressivo impacto no gerenciamento do orçamento do regime geral de previdência social. A desaposentação é uma delas.

A desaposentação é, hoje, o tema mais polêmico envolvendo o direito previdenciário, haja vista que não está prevista expressamente em lei, mas é continuamente solicitada judicialmente por segurados já aposentados e que desejam reverter esse benefício, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, naturalmente mais vantajosa que a anterior, em regra por ter permanecido em atividade laborativa e contribuindo obrigatoriamente após a concessão daquela primeira aposentadoria.

A Lei nº 8.213/91 é totalmente omissa quanto ao assunto. A construção teórica da desaposentação nasceu da necessidade de se evitar a incidência do disposto no artigo 96, inciso III, da Lei de Benefícios, que veda a contagem por um sistema do tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro.

A multiplicação de demandas cujo pedido cinge-se à desaposentação tem gerado inúmeras discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de sua concessão, uma vez que não é admitida administrativamente pelo INSS, em virtude do disposto no art. 181-B do Decreto nº 3.048/99, o qual estabelece que as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial são irreversíveis e irrenunciáveis.

Em que pese a Autarquia Previdenciária entender que a aposentadoria é irrenunciável, dado o seu caráter alimentar, atribuindo-lhe o caráter de irreversibilidade, por considerá-la um ato jurídico perfeito e acabado, só podendo ser desfeito pelo Poder Público em caso de erro ou fraude na concessão, o fato é que os Tribunais têm decidido no sentido de que a renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por tratar-se de um direito patrimonial disponível.

Referida posição é acompanhada também pela doutrina majoritária, que admite a renúncia à aposentadoria, por tratar-se de direito patrimonial disponível, de manifestação unilateral pelo detentor, sendo cabível à medida que não contraria nenhum dispositivo da legislação infraconstitucional.

Por outro lado, no tocante à devolução dos proventos de aposentadoria recebidos durante o período em que o beneficiário esteve jubilado, entendimentos divergentes têm surgido sobre a obrigatoriedade de sua devolução, alguns exigindo a devolução como condição para a desaposentação, outros a dispensando sobre o argumento de que não havendo irregularidade na concessão do benefício recebido, não há o que ser restituído.

Entrementes, a questão não é tão simples assim, pois envolve uma análise sistemática de todo o ordenamento sob o prisma dos direitos individuais

e coletivos garantidos constitucionalmente, bem como dos princípios constitucionais que norteiam o Regime Geral de Previdência Social.

A celeuma sobre o assunto está longe de encontrar um denominador comum. Tanto é assim que sobre a matéria está pendente de julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário – 661.256, no qual se discute, à luz dos arts. 5º, caput e XXXVI, 40, 194, 195, caput e §5º e 201, §1º, da Constituição Federal a possibilidade, ou não, de se reconhecer validade jurídica ao instituto da desaposentação. O STF reconheceu, recentemente, a repercussão geral da matéria, o que será detalhadamente abordado no desenvolvimento do presente trabalho.

Por outro lado, no Congresso Nacional, tramitam projetos de lei que regulamentam a concessão da desaposentação. Trata-se dos Projetos de Lei nº 2.567/2011, de autoria do Senador Rodrigo Rollemberg, nº 5.693/2009, do Deputado Arnaldo Faria de Sá, nº 6.552/2009, do Senador Rodrigo Rollemberg, nº 7.369/2010, do Deputado Eduardo Barbosa, nº 1.168/2011, do Deputado Dr. Ubiali, 6.951/2010, do Deputado Cleber Verde e 5.668/2009, de autoria do Deputado Celso Maldaner.

Referidos projetos têm como escopo alterar determinados dispositivos das Leis nº 8.213/91 e 8.212/91, em especial os artigos 18, § 2º e 12, § 4º, respectivamente, introduzindo em seus textos a possibilidade de serem computadas, na renda mensal da aposentadoria, as contribuições vertidas pelo aposentado após a concessão da jubilação.

Contudo, a inexistência de consenso na base parlamentar sobre o reconhecimento legal da desaposentação, bem como o desinteresse do Governo em sua aprovação, considerando o reflexo direto no déficit previdenciário, dificulta o andamento dos supramencionados projetos.

Todo esse cenário não só justifica como impõe o estudo da desaposentação, a fim de se estabelecer a sua real possibilidade frente ao ordenamento constitucional e legal, analisando os argumentos favoráveis e contrários, de forma sistemática.

É com base em aspectos principiológicos, legais e jurisprudenciais que o tema da desaposentação será abordado no desenvolvimento do presente trabalho.

Inicialmente, no capítulo I serão estudados a natureza jurídica do direito à aposentadoria, bem como a possibilidade, em âmbito infraconstitucional, de sua renúncia, dando enfoque à definição do instituto jurídico denominado desaposentação e as questões jurídicas que o permeiam na perspectiva do segurado, do INSS e da Jurisprudência.

No capítulo II, de posse de toda a base doutrinária e jurisprudencial desenvolvida no capítulo anterior, a desaposentação será estudada sob a luz das garantias e princípios constitucionais, verificando a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de sua adoção legal e quais seriam seus limites.

## CAPÍTULO I - APOSENTAÇÃO E DESAPOSENTAÇÃO

### 1.1 Natureza jurídica do ato concessivo da aposentação e do direito à aposentadoria

Antes de adentrarmos especificamente no instituto da desaposentação, é imperiosa a análise do ato da aposentação e do direito a ele adjacente, a aposentadoria, perquirindo sua natureza jurídica e os requisitos para sua formação, a fim de se prosseguir na análise da viabilidade constitucional e legal de seu desfazimento, a critério do beneficiário, para obtenção de benefício mais vantajoso.

A Previdência Social é um seguro público coletivo, no qual existe a necessidade de preenchimento de condições específicas para o gozo de cada benefício ou serviço. Sua finalidade é garantir o mínimo necessário para uma vida digna do trabalhador quando do advento de sua inatividade laborativa, estando inserida no rol dos direitos humanos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Dentro do sistema de proteção previdenciária contra os riscos sociais, a aposentadoria é a prestação por excelência da Previdência Social, juntamente com a pensão por morte, visto que ambas substituem, em caráter permanente, os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência e daqueles que dele dependem.

Assim, a própria Constituição capitulou o tema, ao estabelecer que a aposentadoria é um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, que tem como fim primeiro a melhoria de sua condição social, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXIV - aposentadoria;

No tocante ao Regime Geral de Previdência Social, a Constituição Federal disciplinou, minuciosamente, a concessão da aposentação ao determinar que:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de

economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Da forma como estruturada em âmbito constitucional, a aposentadoria, em seu modelo majoritário, está intimamente ligada ao conceito de seguro social, posto tratar-se de benefício que demanda, para sua fruição, o recolhimento de certo número de contribuições.

Nesse aspecto, sob o prisma do trabalhador que contribui para a Previdência Social, a aposentadoria é um direito subjetivo público, na medida em que seu interesse é protegido pelo ordenamento jurídico através do poder atribuído à vontade individual em face do Estado, quando preenchidos determinados requisitos legais.

Verificada a hipótese de incidência da aposentadoria, o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo por seu titular, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Isso ocorre porque, para a formação do ato jurídico da jubilação, faz-se necessário o adimplemento de todas as condições estabelecidas para a incidência da proteção previdenciária conjugada com o desejo do segurado em obter tal benefício.

Uma vez externada a manifestação de vontade do requerente, preenchidos os requisitos legais para a aposentação, segundo avaliação da autoridade administrativa competente, será editado o ato concessivo, dele decorrendo, de imediato, efeitos concretos tanto para a Administração quanto para o administrado.

Para a Administração Pública, o efeito particular é deixar de ser o Regime Geral credor das contribuições previdenciárias, para ocupar a posição de devedor e mantenedor do benefício concedido, independentemente das circunstâncias sociais, econômicas, financeiras e atuariais do sistema, variáveis em cada momento histórico. Sob a ótica do administrado, sua posição jurídica frente ao RGPS muda de feição, passando da condição de segurado/contribuinte para a de beneficiário, titular de um direito subjetivo ao recebimento da prestação, até o advento de uma das hipóteses legais de extinção.

O ato concessivo da aposentação reveste-se, portanto, do *status* de ato jurídico perfeito, gerador de um direito subjetivo, personalíssimo e individual, consistente no recebimento dos proventos de aposentadoria, cujo sujeito passivo, devedor da prestação, é o Estado.

Nesse sentido é a posição de Fábio Zambitte Ibrahim, o qual defende que o ato de concessão da aposentadoria, quanto à natureza jurídica, é um ato administrativo declaratório que, após a devida tramitação do requerimento de aposentadoria, torna-se ato jurídico perfeito, dotado de segurança jurídica em proteção às futuras alterações legislativas:

O provimento da aposentadoria é um ato jurídico, praticado em observância aos ditames legais. Após seu perfeito trâmite, atinge o status de

pleno e acabado, alcançando a categoria de ato perfeito, apto a produzir efeitos, in casu, o início do pagamento da renda mensal do benefício.<sup>1</sup>

O ato administrativo de concessão da aposentação apresenta natureza de ato jurídico perfeito, porque já realizado e acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, satisfazendo todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se, portanto, completo ou aperfeiçoado.

O ato jurídico perfeito, juntamente com o direito adquirido e a coisa julgada, dispostos no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, constitui cláusula pétrea e garantia fundamental que tem por escopo resguardar os direitos individuais e coletivos de novas disposições legais.

No âmbito do Direito Previdenciário, essa prerrogativa é uma garantia ao segurado que já obteve o benefício de aposentadoria, fazendo com que as prestações devidas ao mesmo sejam mantidas e protegidas de qualquer revisão, propiciando ao beneficiário a necessária segurança jurídica.<sup>2</sup>

Questão mais tormentosa em âmbito administrativo, doutrinário e jurisprudencial, no entanto, se afigura a natureza jurídica da aposentadoria, enquanto direito subjetivo do beneficiário e, conseqüentemente, da possibilidade de seu titular dispor desse direito, como ocorre no caso da desaposentação.

Para a Autarquia Previdenciária, a aposentadoria é um ato jurídico perfeito, insuscetível de renúncia ou reversão, haja vista que haveria violação ao princípio da segurança jurídica. Tal entendimento encontra respaldo no disposto no art. 181-B do Decreto nº 3.048/99, que determina:

Art. 181-B As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

Parágrafo único O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos:

I – recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou

II – saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social.

O INSS entende que a aposentadoria é irrenunciável, dado seu caráter alimentar, só se extinguindo com a morte do beneficiário, lhe atribuindo o caráter de irreversibilidade, por considerá-la um ato jurídico perfeito e acabado, que apenas pode ser desfeito pelo Poder Público em caso de erro ou fraude na concessão.

É importante observar que o posicionamento da Administração Pública se embasa, exclusivamente, no disposto no Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), sendo a Lei nº 8.213/91

1 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: O caminho para uma melhor aposentadoria*. 2. ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2007. p. 34.

2 Ibidem, p. 47-48.

omissa a respeito, o que gera inúmeros questionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a legalidade e mesmo a constitucionalidade do disposto no art. 181-B do RPS.

Sob outro enfoque, a doutrina majoritária define a natureza jurídica da aposentadoria como um direito subjetivo de cunho patrimonial, que traz em seu bojo a possibilidade de disposição segundo o interesse de seu titular.

Wladimir Novaes Martinez<sup>3</sup> entende que a aposentadoria é um direito patrimonial, pois pertence a uma determinada pessoa, dependendo meramente de sua volição em requerer o benefício. Para ele, aposentar-se ou não, é um direito do segurado após o preenchimento de todos os requisitos legais.

O autor defende o direito à renúncia da aposentadoria, acrescentando que:

A renúncia não põe fim ao direito à prestação, apenas suspende seu exercício como direito. Ela continuará produzindo efeitos jurídicos (o que é exatamente o que deseja o titular), entre os quais o seu arrependimento.<sup>4</sup>

Roberto Luis Luchi Demo se posiciona no mesmo sentido e defende que a aposentadoria, apesar de ser ato jurídico perfeito, pode ser renunciada, pois se trata de direito subjetivo patrimonial disponível decorrente da relação jurídico-previdenciária.<sup>5</sup>

No mesmo sentido, autores como Hermes Arrais Alencar<sup>6</sup>, José Paulo Baltazar Júnior e Daniel Machado Horta<sup>7</sup>, Ivani Contini Bramante<sup>8</sup>, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzarini<sup>9</sup>, Hamilton Antônio Coelho<sup>10</sup>, João Batista Damasceno<sup>11</sup> e Fábio Zambitte Ibrahim<sup>12</sup> são favoráveis à renúncia.

Destoando da posição majoritária da doutrina, o Professor Marco Aurélio Serau Júnior refuta a teoria de que a aposentadoria seria um mero direito patrimonial, em que pese considerar que referido entendimento favoreça a concessão da desaposentação. Segundo ele:

3 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 45.

4 *Ibidem*, p. 45.

5 DEMO, Roberto Luis Luchi. Aposentadoria – Direito Disponível – Desaposentação – Indenização ao Sistema Previdenciário, *Revista Síntese Trabalhista*, n. 163, jan. 2003. p. 23.

6 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 2006. p. 254.

7 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 276-277.

8 BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e nova aposentadoria. *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTR, v. 244, mar. 2001. p. 150-154.

9 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARINI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 669-678.

10 COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? *Revista da Previdência Social*, São Paulo, LTR, v. 228, nov. 1999. p. 1130-1134.

11 DAMASCENO, João Batista. Renúncia voluntária à aposentadoria, desfazimento de ato administrativo vinculado e definitivo e direito de certidão de tal ocorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, jan./mar. 1998. p. 271-280.

12 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: O caminho para uma melhor aposentadoria*. 2. ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2007. p. 101-103.



É claro que a prestação previdenciária se materializa através do pagamento de um benefício, em espécie. Todavia, e no atual estágio de compreensão e desenvolvimento dos direitos sociais, não se pode entender que esta seja sua natureza, sua essência [...].

As aposentadorias são verdadeiros direitos fundamentais, por isso mesmo imprescritíveis, inalienáveis, de exigibilidade imediata e através do Poder Judiciário, irrenunciáveis; materializam-se, todavia, pecuniariamente, o que não se confunde, porém, com sua própria natureza.<sup>13</sup>

Na jurisprudência pátria, encontramos julgados que se alinham aos dois posicionamentos supramencionados, com prevalência da posição que define a aposentadoria como um direito subjetivo patrimonial, passível de renúncia pelo beneficiário.

No sentido de que a aposentadoria é um ato jurídico perfeito insuscetível de renúncia, encontramos os seguintes julgados recentes dos Tribunais Federais:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DEMANDA QUE VERSA SOBRE O DIREITO À RENÚNCIA DO ATO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA (DESAPOSENTAÇÃO), COM O FIM DE OBTER NOVA JUBILAÇÃO QUE CONSIDERE O TEMPO DE SERVIÇO E AS CONTRIBUIÇÕES REFERENTES AO PERÍODO DE INATIVAÇÃO. I - Deve ser afastada a ocorrência da decadência prevista no artigo 103 da Lei nº 8.213-91, tendo em vista que a lide versa sobre a desaposentação, que não se confunde com a revisão, na medida em que nessas ações buscam os beneficiários a concessão de nova aposentadoria e não a revisão do benefício previdenciário que vem recebendo. II - *Inexiste previsão legal que autorize expressamente a renúncia requerida pela autora, autorização essa imprescindível em razão da natureza vinculada no ato de concessão de aposentadoria e diante da incidência do Princípio da Legalidade Estrita (caput do artigo 37 da CRFB) no âmbito da Administração Pública.* III - *O ato de concessão de aposentadoria é irrenunciável dada a evidente natureza alimentar dos proventos, a afastar a alegada disponibilidade desse direito, que decorre da lei e não de mero ato volitivo do beneficiário.* IV - O custeio do sistema previdenciário é norteado pelos princípios da universalidade, da solidariedade, do equilíbrio financeiro e atuarial (artigos 194, 195 e 201 da Carta da República), razão porque o recolhimento de contribuições posteriores à inativação, por ter retornado o aposentado ao mercado de trabalho, não gera, necessariamente, qualquer direito à prestação pecuniária por parte da Previdência Social ao segurado jubilado, ressalvadas a hipóteses legais, como previsto na parte final do § 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213-91. V - O pronunciamento o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (artigo 543-C do Código de Processo Civil), no sentido da possibilidade da renúncia do ato de concessão de aposentadoria,

13 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 101-102.

não representa óbice a que este órgão fracionário da Corte Regional aprecie a questão e, segundo a sua convicção jurídica, pronuncie entendimento diverso do firmado por aquele Sodalício, tendo em vista que a eventual retratação deste órgão julgador quanto à questão apenas terá lugar na hipótese de futura interposição do recurso especial do acórdão prolatado nestes autos (§ 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil em interpretação conjunta com o § 8º do mesmo artigo). VI - Remessa necessária provida.<sup>14</sup> (sem grifos e negritos no original)

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATO JURÍDICO PERFEITO. JULGADO STJ. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. 1. *Não é cabível o direito à renúncia de aposentadoria por tempo de serviço, ato jurídico perfeito*, com intuito de posterior pleito de aposentadoria por tempo de contribuição, em virtude do disposto no artigo 18, parágrafo 2º, a Lei n.º 8.213/91. 2. Para fins de concessão do benefício de aposentadoria integral, deve o segurado aguardar o implemento de seus requisitos. 3. Apesar do recente julgamento do STJ, REsp 1334488/SC, a matéria aqui discutida é constitucional, visto tratar-se de custeio. 4. Apelação não provida.<sup>15</sup> (sem grifos e negritos no original)

No entanto, conforme mencionado acima, o entendimento de que a aposentadoria é um ato jurídico perfeito, irrenunciável e irreversível, é posição minoritária e isolada nos Tribunais Regionais Federais, prevalecendo o entendimento de que a aposentadoria tem natureza jurídica de direito subjetivo patrimonial e disponível, em alinhamento com a posição adotada pelo STJ no julgamento, pelo regime dos recursos repetitivos, do REsp 1.334.488/SC, o qual pedimos vênias para transcrever parte da Ementa:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os

14 TRF 2ª Região - REO - REMESSA EX OFFICIO - 576732 - Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Data da Decisão: 29.08.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

15 TRF 5ª Região - AC - Apelação Cível - 559000 - Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro. Data da Decisão: 23.07.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. *Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ.*<sup>16</sup> (sem grifos e negritos no original)

Da mesma forma, a Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) comunga o entendimento de que a aposentadoria é direito patrimonial disponível, *in verbis*:

EMENTA PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. DESAPOSENTAÇÃO. EFEITOS EX TUNC. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ RECEBIDOS. DECISÃO RECORRIDA ALINHADA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TNU. IMPROVIMENTO. 1. Cabe Pedido de Uniformização quando demonstrado que o acórdão recorrido contraria jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. 2. *A Turma Nacional de Uniformização já firmou o entendimento de que é possível a renúncia à aposentadoria*, bem como o cômputo do período laborado após a sua implementação para a concessão de novo benefício, desde que haja a devolução dos proventos já recebidos. Precedentes: PU 2007.83.00.50.5010-3, Rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, DJ 29.09.2009 e PU 2007.72.55.00.0054-0, Rel. Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz, DJ 15.09.2009; TNU, PU 2006.72.55.006406-8, Rel. Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, j. 02.12.2010. 3. Pedido de Uniformização conhecido e não provido.<sup>17</sup> (sem grifos e negritos no original)

Analisando os julgados acima transcritos, podemos inferir que o direito à Previdência Social e, conseqüentemente à aposentadoria, é um direito social fundamental, com assento no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que se destina basicamente à proteção patrimonial dos trabalhadores, além dos demais segurados e dependentes, visando ao bem estar e à justiça sociais (art. 193, CF/88).

Não deixa, porém, de ter cunho individual naquilo que se refere à posição jurídica dos beneficiários. Por isso, cabe aos beneficiários a avaliação das vantagens e desvantagens na obtenção dos benefícios previdenciários, o que inclui a possibilidade de renúncia, em sentido amplo, ao recebimento e/ou manutenção de determinado benefício que, individualmente, seja reputado desvantajoso.

16 STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.488 - SC - Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN. Data da Decisão: 08.05.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

17 TNU - PEDILEF 200782005021332 - Relator: Juiz Federal José Antônio Savaris - Data da Decisão: 02.08.2011 - Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

A possibilidade de renúncia, ainda que recaia sobre direito fundamental, protegido pela garantia do ato jurídico perfeito, é expressão dos princípios constitucionais da liberdade individual, da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana e se manifesta sob a forma de uma declaração unilateral, pela qual o indivíduo, livremente, dispõe, abdica de uma posição jurídica própria.

No entanto, como ensina Jorge Reis Novais<sup>18</sup>, é importante perceber que a renúncia a direitos fundamentais é diferente da renúncia que normalmente surge no direito privado ou nos casos relacionados a direitos subjetivos públicos que não sejam direitos fundamentais, pois raramente envolverá a extinção de um direito fundamental como um todo e em definitivo. Normalmente o que há é um compromisso individual e voluntário de um cidadão não invocar, temporariamente, uma determinada posição jurídica tutelada por norma de direito fundamental.

Nessa esteira, podemos afirmar que é plenamente admissível em nosso ordenamento jurídico a renúncia à aposentadoria pelo seu titular, o que torna a irrenunciabilidade inserta no art. 181-B, do Decreto nº 3.048/99, ilegal, por extrapolar as disposições da Lei nº 8.213/91, que nada disciplina a respeito, bem como inconstitucional, haja vista a afronta aos princípios constitucionais da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana.

Assim, a renúncia à aposentadoria se traduz em um ato unilateral por parte do beneficiário, consistente no abandono do exercício de um direito, ou seja, do recebimento dos proventos da aposentação. Tal abdicção, por recair sobre um direito fundamental, é passível de retratação a qualquer tempo, podendo o titular reassumir novamente a sua posição jurídica e o exercício do direito tutelado no estado anterior ao ato de renúncia.

Por não influir na esfera dos interesses jurídicos da Autarquia Previdenciária, a renúncia à aposentadoria independente, em tese, para o seu aperfeiçoamento, do consentimento do INSS.

Em virtude dos argumentos supra analisados, é possível concluir que a aposentadoria é um direito do qual o titular pode abrir mão se assim o desejar.

Toda a discussão travada em torno da disponibilidade da aposentadoria se iniciou em virtude da pretensão de alguns beneficiários de abdicar de seu benefício de aposentadoria para a concessão de nova aposentadoria mais vantajosa, no regime geral de previdência social ou em regime próprio, em instituto batizado com o nome de desaposentação.

Seria a desaposentação efetivamente uma renúncia à aposentadoria? Há, tecnicamente, a abdicção de um direito ou mera revisão do ato de concessão para inclusão de novas contribuições vertidas após a jubilação? Seria juridicamente possível a desconstituição do ato de aposentação, em hipóteses diversas da revogação e da anulação do ato administrativo?

18 NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. I, p. 270-271.

O estudo da desaposentação não pode prescindir da reflexão sobre essas questões. Passemos, então, a analisar a desaposentação e sua relação com a renúncia à aposentadoria, bem como seus efeitos jurídicos para o beneficiário e para o Regime Geral de Previdência Social.

## 1.2 Conceito de desaposentação e efeitos jurídicos

A aposentadoria não impede o exercício de atividade laboral remunerada pelo aposentado, salvo a concedida por invalidez. Não é incomum, portanto, que aposentados permaneçam ou retornem ao trabalho após a jubilação, como forma de incrementar sua renda e melhorar sua condição social.

Ao exercer uma atividade remunerada, o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, enquadra-se como segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito ao recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre sua remuneração, de que trata a Lei nº 8.212/91.

A Lei de Benefícios, em sua redação original, previa o pagamento de pecúlio ao segurado que voltasse a exercer atividade laborativa vinculada ao RGPS. Este pecúlio permitia ao segurado o recebimento, em única parcela, do valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado no exercício da nova atividade laboral desenvolvida após a aposentadoria:

Art. 81. São devidos pecúlios:

[...]

II – ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral de Previdência Social que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, quando dela se afastar: (sem grifos e negritos no original)

[...]

Art. 82. No caso dos incisos I e II do artigo 81, o pecúlio consistirá em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro. (sem grifos e negritos no original)

Ocorre que, com o advento das Leis nº 8.870/94 e 9.032/95 houve a extinção do pecúlio previdenciário, revogando os artigos 81 a 85 da Lei nº 8.213/91 e adicionando o § 4º ao art. 12 da Lei nº 8.212/91 (plano de custeio da seguridade social) explicitando a cobrança da contribuição anteriormente prevista genericamente na mesma lei.

§ 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando

sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

A alteração da disciplina legal significou a extinção de um benefício previdenciário que garantia ao segurado o retorno de suas contribuições compulsoriamente vertidas ao sistema, bem como a exigibilidade de continuar realizando essas contribuições, mesmo aposentado, sem a correspondente contrapartida<sup>19</sup>.

A partir de então, os aposentados passam a almejar a utilização das contribuições previdenciárias vertidas após a jubilação, para o fim de auferir acréscimo nos proventos de aposentadoria.

Foi neste momento que o instituto da desaposentação começou a se desenvolver, posto que a legislação possui vedações à utilização de tempo de contribuição já considerado para a concessão de aposentadoria, bem como à utilização de tempo de contribuição posterior para incremento da renda de benefício já concedido.

Sobre o conceito de desaposentação, assim o delinearam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>20</sup>:

Em contraposição à aposentadoria, que é o direito do segurado à inatividade remunerada, a *desaposentação é o ato de desfazimento da aposentadoria* por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa (e contribuído obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira aposentadoria. (sem grifo e negrito no original)

Também no sentido de desfazimento do ato de aposentação, Martinez define a desaposentação como sendo “o ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção, que compreende a desistência com declaração oficial desconstitutiva”.<sup>21</sup>

De forma diversa, Fábio Zambitte Ibrahim, ao conceituar o instituto da desaposentação, leciona que se trata da<sup>22</sup>:

[...] *possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria* com o propósito de obter benefício mais vantajoso no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu de [sic] tempo de contribuição. O instituto é utilizado colimando a melhoria do status financeiro do aposentado. (sem grifo e negrito no original)

19 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Desaposentação: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Disponível em: <[http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34](http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34)> Acesso em: 21 nov. 2013.

20 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARINI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 669.

21 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 2. ed. São Paulo: Editora LTR, 2009. p. 28.

22 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 2. ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2007. p. 35.

Já para Ivani Contini Bramante Jorge<sup>23</sup> a desaposentação é conceituada de modo restrito, sendo caracterizada pelo desfazimento do ato administrativo concessivo da aposentadoria, no regime de origem, de forma a propiciar a contagem de tempo de contribuição prestado em outro regime.

Vê-se, da leitura das definições apresentadas pela doutrina, que ora a desaposentação é definida como desfazimento do ato administrativo de concessão, ora é apresentada como renúncia ao benefício e ora como uma renúncia que tem como consequência a desconstituição do ato de aposentação.

Contudo, conceitualmente, os institutos da renúncia e da desconstituição do ato jurídico de aposentação (desaposentação) não se confundem e apresentam efeitos distintos para os integrantes da relação jurídica previdenciária.

Tanto na renúncia como na desaposentação, o que o beneficiário pretende é uma desvinculação voluntária de sua aposentadoria concedida pelo Regime Geral de Previdência Social.

A desvinculação voluntária operada por via da renúncia propriamente dita significa a abdicação do recebimento dos proventos de aposentadoria pelo titular, envolvendo a impossibilidade de nova utilização do tempo de serviço e co-respectivos salários-de-contribuição para fins de obtenção de outro benefício previdenciário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS ou de regime próprio (em contagem recíproca), em virtude da incidência do disposto no art. 96, inciso III, da Lei nº 8.213/91.

Tal abdicação, conforme dito no tópico anterior, por recair sobre um direito fundamental, é passível de retratação a qualquer tempo, podendo o titular reassumir novamente a sua posição jurídica e o exercício do direito tutelado no estado anterior ao ato de renúncia.

Por não abranger a concessão de nenhum outro novo benefício, a renúncia independe do desfazimento do ato de concessão, bem como da anuência da outra parte da relação jurídica previdenciária, *in casu*, o INSS, haja vista que possui efeitos *ex nunc*.

Renunciar um ato administrativo consiste no beneficiário não mais desejar a continuidade dos seus efeitos que lhe tragam vantagens, desonerando, por conseguinte, o devedor.

Diversamente, a desaposentação configura-se como uma revisão indireta, pois envolve a desconstituição do ato de aposentação, com o fim de aproveitamento do tempo de serviço e co-respectivos salários-de-contribuição para fins de obtenção de outro benefício, gerando uma nova oneração imediata aos cofres previdenciários.

Assim, por abranger a concessão de novo benefício do Regime Geral da Previdência Social - RGPS ou de regime próprio (em contagem recíproca), a desaposentação pressupõe o desfazimento do ato de concessão, operando efeitos *ex tunc*, isto é, desde a concessão da aposentadoria que se pretende

23 BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e nova aposentadoria, *Revista de Previdência Social*, São Paulo, LTr, v. 244, mar. 2001. p. 150-154.

desfazer, a fim de que seja recomposto o *status quo ante* para ambas as partes (beneficiário e INSS).

Dessa forma, se afigura imprópria a definição de renúncia adotada pela doutrina para defender a viabilidade da desaposentação, posto que não se pode olvidar que a renúncia opera com efeitos *ex nunc*, ou seja, ela preserva os atos e as relações jurídicas ocorridas no passado, evitando que seus efeitos sejam projetados para o futuro e, portanto, obsta que o beneficiário reutilize o tempo de serviço computado para a aposentadoria renunciada para a concessão de novo benefício.

É necessário, para que o beneficiário possa computar o tempo de serviço anterior e posterior à primeira jubilação, que este ato seja desfeito, restituindo o beneficiário ao *status quo* anterior, pelo que de rigor reconhecer que o melhor conceito para definir a desaposentação é o de desfazimento do ato de aposentação por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria mais benéfica.

A questão sobre a possibilidade de o segurado renunciar ou desconstituir sua aposentadoria regularmente deferida pelo INSS, longe de estar equacionada, ainda produz forte incerteza no âmbito da jurisprudência nacional.

Com efeito, a ausência de norma expressa sobre a matéria tem motivado os nacionais aposentados que seguem trabalhando a tentar utilizar as contribuições vertidas quando em gozo de aposentadoria para revisar o próprio benefício, em busca de uma renda que lhe proporcione uma vida mais digna.

A inexistência de previsão legal no ordenamento jurídico traduz-se em duas consequências, a saber: administrativamente, o INSS indefere qualquer pedido que tenha por objeto a desconstituição de aposentadoria já concedida, em razão do disposto no art. 181-B, do Decreto nº 3.048/99; judicialmente, a multiplicação exponencial de demandas cujo objeto é a desaposentação, ocasionando um universo de soluções diversas para idêntico problema.

O indeferimento, pelo INSS, dos pedidos administrativos de desconstituição do ato de aposentação para concessão de nova aposentadoria, mais benéfica, com o cômputo do tempo de serviço utilizado no primeiro benefício e acréscimo de novas contribuições vertidas ao sistema após a jubilação, é fundamentado no princípio da legalidade estrita que norteia a atuação da Administração Pública, a qual somente pode agir nos exatos termos disciplinados pela norma. Se não há norma autorizando, a Administração não pode conceder a desaposentação.

Por outro lado, há, ainda, a previsão inserta no art. 181-B do Decreto nº 3.048/99, que veda a reversão do ato de concessão da aposentadoria, nos seguintes termos:

Art. 181-B As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.



Parágrafo único O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos:

I – recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou

II – saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social.

É assente tanto na doutrina como na jurisprudência, que o Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99) ao prescrever a irreversibilidade e a irrenunciabilidade da aposentadoria, inovou na disciplina da matéria, estabelecendo restrição a direito não contemplada pela Lei de Benefícios, sendo, portanto, ilegal por extrapolar os limites da norma regulamentada, como afirma Fábio Ibrahim Zambitte:

Certamente o benefício previdenciário é direito inalienável do segurado e de seus dependentes, assegurado pela lei e pela Constituição, não podendo ser excluído pelo Poder Público, uma vez preenchidas as condições a seu implemento. Qualquer tentativa neste sentido será eivada do vício da inconstitucionalidade.<sup>24</sup>

Em virtude do panorama acima narrado, o pedido de desaposentação ainda só se faz possível pela via judicial, já que na esfera administrativa esbarra no supracitado Regulamento da Previdência Social, que veda a reversão do ato de concessão.

É no âmbito doutrinário e judicial que se acirram os debates com argumentos favoráveis e desfavoráveis à desaposentação.

Aqueles que defendem a impossibilidade da desaposentação, dentre eles a Autarquia Previdenciária, utilizam, basicamente, como argumentos contrários a sua admissibilidade, a afronta aos princípios constitucionais da legalidade e do ato jurídico perfeito, a vedação de concessão de benefício previdenciário ao aposentado que volta a exercer atividade remunerada, inserta no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a burla ao fator previdenciário, a insegurança jurídica do sistema previdenciário, e, finalmente, violação aos princípios constitucionais orientadores do Regime Geral de Previdência Social, consubstanciados na solidariedade (repartição de receitas) e no equilíbrio financeiro e atuarial.

Por seu turno, os adeptos da desaposentação argumentam para justificar sua viabilidade, os princípios constitucionais da liberdade individual, da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, a máxima efetivação do direito fundamental social à previdência, a natureza jurídica da aposentadoria como direito patrimonial disponível, a inexistência de afronta aos princípios constitucionais da legalidade, da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial.

Passemos a expor os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis à desaposentação.

<sup>24</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: O caminho para uma melhor aposentadoria*. 2. ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2007. p. 37.

### 1.2.1 Fundamentos constitucionais e legais contrários à desaposentação

O primeiro argumento utilizado pelos adeptos da corrente contrária à desaposentação é a inexistência de previsão legal a autorizar o seu deferimento. Nesse sentido entende Marisa Ferreira dos Santos ao lecionar que “à falta de norma específica, a desaposentação não tem guarida no direito brasileiro”.<sup>25</sup> Argumenta a Desembargadora que seria necessária previsão legal expressa da desaposentação a fim de não onerar o sistema previdenciário diante da criação de ônus sem previsão de custeio, o que ofenderia a regra da contrapartida.

Um segundo argumento, comumente levantado, entende que a desaposentação ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito. Conforme abordado no primeiro tópico deste capítulo, o ato de concessão da aposentação apresenta natureza de ato jurídico perfeito, porque já realizado e acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, satisfazendo todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se, portanto, completo ou aperfeiçoado.

Como ato administrativo aperfeiçoado, entendem alguns doutrinadores que a desconstituição da aposentadoria somente poderia ocorrer legalmente nas hipóteses em que se admite o desfazimento do ato administrativo, ou seja, por meio da anulação ou revogação, cujos contornos não se adequam ao instituto da desaposentação.

É o que ensina Elsa Fernanda Reimbrecht Garcia, para quem:

Sendo a aposentadoria um ato administrativo, a desaposentação deverá ser admitida somente após o desfazimento deste ato. Conforme a teoria dos atos administrativos, os principais meios de desfazimento do ato são a anulação e a revogação. [...] A anulação do ato administrativo consiste na declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. [...] Já a revogação do ato administrativo pressupõe um ato legítimo e eficaz, mas inconveniente ao interesse público. É a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade da Administração <sup>26</sup>.

Dessa forma, não havendo conveniência e oportunidade, ou seja, interesse público na revogação do ato de aposentação, bem como invalidade do ato administrativo de concessão, a justificar a sua anulação, não incidiria nenhuma hipótese admitida em nosso ordenamento jurídico de desconstituição do ato jurídico perfeito da aposentadoria.

<sup>25</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquematizado*. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 332.

<sup>26</sup> GARCIA, Elsa Fernanda Reimbrecht. *Da desconstituição do ato de aposentadoria e a viabilidade atuarial da desaposentação*. Disponível em: < <http://elsaferranda.adv.br/site/images/stories/pdf/daa.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

Outro óbice apontado à desaposentação pelo INSS e objeto de muita controvérsia acerca de sua interpretação, é o disposto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que assim preleciona:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

[...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social—RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

Nesse ponto, argumenta-se que, em razão do dispositivo supramencionado, seria inviável admitir a desaposentação, porque o jubilado que retorna ao trabalho não teria direito de receber prestação previdenciária alguma além do salário-família e da reabilitação profissional. Aduz-se, ainda, para justificar a vedação imposta pelo dispositivo citado, que a Previdência Social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória e que o retorno à atividade não afasta o pagamento de contribuição previdenciária, imperando o princípio da solidariedade, pelo que o recolhimento posterior à aposentadoria de contribuição não gera direito à desaposentação<sup>27</sup>.

Há ainda a afirmação que ao se permitir a desconstituição do ato de aposentação, haveria burla a incidência do fator previdenciário, que considera, em sua fórmula, o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de sobrevida do beneficiário, bem como acarretaria a instabilidade da relação jurídica previdenciária, haja vista que a cada nova contribuição, o segurado poderia solicitar o recálculo de seu benefício.

Nas palavras de Henrique Jorge Dantas da Cruz:

Já a harmonia atuarial é, sinteticamente, a manutenção da saúde financeira do sistema, levando-se em conta o que será arrecadado e as presentes e futuras despesas. Um dos responsáveis pelo êxito desse cálculo estatístico é, exatamente, o fator previdenciário, cuja fórmula possui duas partes: o fator atuarial (do interesse desse escrito) e o chamando bônus de permanência em atividade, que, em suma, premia quem contribui à previdência social por mais tempo.

Da análise do fator atuarial, chega-se a uma conclusão inarredável: o cálculo dos valores a serem recebidos da aposentadoria parte da premissa de o segurado não ter se aposentado antes, ou seja, é um ato voltado para o passado, no que

27 Confira o entendimento esposado no Acórdão proferido pelo TRF 3ª Região, no julgamento do REO - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 1860535. Relator: Desembargadora Federal Therezinha Cazerta. Data da Decisão: 04.10.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

toca às contribuições vertidas, e para o futuro, quanto ao que será desembolsado pelos cofres públicos no pagamento do benefício concedido. Pelo visto acima, nossa legislação e o sistema de cálculo das aposentadorias não previram a desaposentação, em virtude de que não serão levados em conta os valores recebidos pelo aposentado por meio do seu benefício originário.

Outro ponto merecedor de comentário é a intenção de se maquiar um dos componentes do fator previdenciário, como visto, no primeiro exemplo acima citado: basta o segurado avançar na idade que sua renda mensal eleva-se, porque a idade no momento da concessão da aposentaria é fator levado em conta na hora de se calcular a renda mensal inicial (RMI).<sup>28</sup>

Por fim, mas não menos importante, alegam os defensores da impossibilidade constitucional e legal da desaposentação que, ao aceitá-la, em especial sem a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria que se desfaz, estar-se-ia ferindo de morte os princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social.

Segundo essa corrente, pelo princípio da solidariedade ou universalidade, as contribuições vertidas pelos contribuintes destinam-se ao financiamento do sistema de Seguridade Social. Desse modo, todos contribuem para um fundo comum, cujos recursos serão utilizados em prol de toda a seguridade, e não para o financiamento exclusivo do próprio benefício. Trata-se do chamado pacto entre gerações.

A existência de contribuintes para o sistema (e não para si) possuiria como base constitucional, os arts. 194, incisos V e VI, 195 e 40, todos da Constituição Federal, não havendo, portanto, uma necessária correspondência entre as contribuições vertidas ao regime e a contraprestação recebida dele, tanto no sentido de que um segurado poderia contribuir muito mais do que receberia de aposentadoria, como o contrário, na hipótese em que a aposentadoria é prematura, em virtude da ocorrência de incapacidade laboral.

Por outro lado, quanto ao equilíbrio financeiro e atuarial, aduzem, ainda, que o sistema previdenciário nacional baseia-se na causalidade custeio/benefício, sendo que a previsibilidade e a sustentabilidade orçamentárias do binômio receita/despesa têm por regra fundamental o fato de que a utilização das contribuições e do tempo de serviço para fins de aposentadoria ocorreria uma única vez.

Assim, em havendo percepção de proventos por um período devido ao recolhimento das contribuições (a, b, c, d ... z), e nova concessão de um novo benefício a partir das mesmas contribuições (a, b, c, d ... z) somadas a outras recolhidas mais recentemente (1, 2, 3 ...99), os pagamentos já efetuados reputar-se-ão indevidos, pois isso implicaria reclassificação atuarial do

<sup>28</sup> CRUZ, Henrique Jorge Dantas. *A ilegitimidade constitucional da desaposentação*. Artigos CONJUR, 26.07.2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-26/ilegitimidade-constitucional-desaposentacao-desconstrucao>>. Acesso em 28 nov. 2013.

beneficiário perante a universalidade dos segurados, haja vista que, na desaposentação, uma mesma contribuição serviria para duas aposentadorias concedidas em sequência<sup>29</sup>.

Por ora, sem adentrarmos no mérito dos argumentos desfavoráveis à desaposentação, o que será abordado no capítulo III, passemos a expor os contra-argumentos e as exposições doutrinárias que encontram respaldo à desaposentação no ordenamento nacional.

### 1.2.2 Fundamentos constitucionais e legais favoráveis à desaposentação

Os doutrinadores favoráveis à desaposentação iniciam a defesa do novel instituto ao caracterizá-lo como uma expressão dos princípios constitucionais da liberdade individual, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da máxima efetivação do direito fundamental à previdência social.

Para eles, ao analisar os valores constitucionais inerentes à seguridade social, percebe-se que desde a antiguidade até os dias atuais, busca-se uma crescente evolução e melhoria na qualidade de vida dos cidadãos, a fim de garantir cada vez mais a dignidade da pessoa humana a estes.

Nas palavras de José Diego Martins de Oliveira e Silva:

Assim, fica claro e evidente que o dever do Estado, por meio da seguridade social, é promover uma melhoria contínua na vida de seus beneficiários, garantindo-lhes condições dignas de vida.

Dessa forma, verifica-se que o processo pelo qual o segurado renuncia a sua aposentadoria com a finalidade de obter um benefício mais vantajoso – Desaposentação – é tutelado constitucionalmente pelos princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da condição mais benéfica ao segurado.<sup>30</sup>

No mesmo sentido assevera Cléria Maria Lobo Bittar Pucci Bueno:

A possibilidade de renunciar à aposentadoria que recebe para receber benefício melhor, mais justo, em conformidade com o “bônus” que verteu aos cofres previdenciários após a aposentadoria, trará, sem sombra de dúvida, a este segurado, sentimento de dever cumprido, mantendo sua autoestima em considerável patamar, onde a ação do tempo não a carcomerá, porque terá valido a pena tudo o que plantou, tudo o que construiu, as muitas alegrias vivenciadas.<sup>31</sup>

29 CRUZ, Henrique Jorge Dantas. *A ilegitimidade constitucional da desaposentação*. Artigos CONJUR, 26.07.2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-26/ilegitimidade-constitucional-desaposentacao-desconstrucao>>. Acesso em 28 nov. 2013.

30 SILVA, José Diego Martins de Oliveira e. A constitucionalidade do processo de desaposentação. *Revista Perspectiva Jurídica FGF*, 2013.1 - ISSN 1809-9459, p. 79.

31 BUENO, Cléria Maria Lobo Bittar Pucci. In: *Preparação para Aposentadoria*. Você já pensou sobre isso? Organização Juliana Presotto Pereira Netto. São Paulo: LTR, 2009. p. 101.

Por outro lado, entendem que, por ser a aposentadoria um direito subjetivo patrimonial do beneficiário, é possível a sua renúncia, para o fim de se obter novo benefício mais vantajoso. Sobre o tema, vale citar o ensinamento de Hamilton Antônio Coelho, *in verbis*:

[...] O Professor e Juiz de Direito João Batista Damasceno, reconhecendo o direito à desaposentação, dá-nos a seguinte e incontestável conclusão: “Se a aposentadoria é renunciável ante a indevida acumulação, não há fundamento jurídico para seu indeferimento quando se tratar de liberdade do aposentado. Assim, não há que se negar o reconhecimento à renúncia à aposentadoria apresentada voluntária ou necessariamente, bem como a certificação de tal ocorrência e do tempo de serviço prestado pelo aposentado”.

[...] Não vejo nenhuma incompatibilidade entre um ao que visa a aposentadoria e outro que objetiva o seu desfazimento, ou seja, a desaposentação do titular do benefício. O ato administrativo aposentadoria é constitutivo positivo de direito para o aposentado; já o de desaposentação é desconstitutivo negativo, consubstanciado em desobrigar a Administração Pública de continuar no custeio de um benefício previdenciário. Logo, a desaposentação libera o Estado de um compromisso pecuniário.

Assim, a manifestada vontade de desfazimento do ato de jubilação pelo titular do benefício impõe à Administração o seu pronto deferimento, sob pena de abuso de poder, posição intolerável num Estado Democrático de Direito.

Além do mais, o que se consegue através da desaposentação não é o retorno da situação anterior do inativo, mas apenas a contagem do tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para fins de averbação em outra atividade profissional ou mesmo para dar suporte a uma nova e mais benéfica jubilação. Por isso, insurgir-se contra esse direito de renúncia do cidadão aposentado, sob o argumento de que a nova inativação será mais onerosa ao Poder Público é, no mínimo, perpetrar hermenêutica jurídica sem nenhum compromisso com os princípios fundamentais da República, insculpidos pelo nosso legislador maior no 1º artigo da Lei Básica Federal de 1988, tais como: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho do aposentado.<sup>32</sup>

Ainda no tocante à natureza jurídica da aposentadoria e rebatendo o argumento de afronta ao ato jurídico perfeito, os defensores da admissibilidade da desaposentação concluem que o ato jurídico perfeito foi concebido pelo constituinte com a finalidade de resguardar direitos, não podendo ser usado como supedâneo para prejudicar o segurado, uma vez que se pode entender que o impedimento ao acesso de um benefício mais vantajoso se traduz como notório prejuízo.

<sup>32</sup> COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? *Revista de Previdência Social*, n. 228, nov. 1999. p. 1131.

Cita-se, por oportuno, mais uma vez, Fábio Ibraim Zambitte, em razão de suas lições que bem sintetizam o entendimento daqueles que rechaçam referido argumento:

O ato jurídico perfeito, questão central do debate sobre a desaposentação, é sabidamente resguardado pela Constituição, no Capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, no art. 5º, inciso XXXVI, dispondo que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No mesmo artigo, no caput, dispõe a Lei Maior que todos são iguais perante a lei [...], garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Sem embargo, segundo regra comezinha de hermenêutica jurídica, todo inciso e parágrafo devem ser interpretados de acordo com o caput do artigo, o qual traz disposição geral sobre o assunto normatizado. Por isso injustificável a irreversibilidade absoluta do ato jurídico perfeito em favor do segurado, pois a própria constituição assegura o direito à liberdade, inclusive de trabalho.<sup>33</sup>

Os adeptos da corrente favorável à desaposentação, no que respeita a ausência de autorização legal e da suposta vedação inserida no § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, argumentam que o princípio da legalidade somente representaria um óbice à desaposentação se houvesse uma vedação expressa no ordenamento jurídico à desconstituição do ato concessivo da aposentadoria, o que não se afigura na hipótese prevista no § 2º do artigo 18 da Lei de Benefícios, que apenas veda a cumulação da aposentadoria com outro benefício previdenciário da mesma natureza.

Para Wladimir Novaes Martinez a lacuna legal não pode ser obstáculo para a efetivação de direitos. Aponta o autor que

Se não há vedação legal para a desaposentação, subsiste permissão. Realmente, quando a norma pública pretende obstar determinado fato, deve discipliná-lo claramente; em princípio, se não está proibindo, enquanto convier ao titular do direito, é porque deseja que aconteça.<sup>34</sup>

Por outro lado, interpretando a vedação inserta no § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, defende Adriane Bramante de Castro Ladenthin:

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais negou pedido de desaposentação, julgando improcedente o pedido de um segurado que pretendia renunciar à aposentadoria com proventos proporcionais para se aposentar com proventos integrais. A fundamentação baseou-se no artigo 18, § 2º da Lei 8.213/91, em que, para o magistrado, a desaposentação estaria expressamente vedada por este artigo em que autoriza somente os benefícios de salário-família e reabilitação profissional após a aposentadoria (quando

<sup>33</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>34</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 73.

empregados) e, por este motivo, a lei estaria proibindo o recebimento de outra aposentadoria. Com o respeito à D. decisão, ela não faz o menor sentido. Não está sendo pedida a cumulação de benefícios, mas sim a renúncia de um para o recebimento de outro em melhores condições. Em nenhum momento houve a pretensão de receber duas aposentadorias, pois o segurado abre mão do benefício que percebe atualmente para que lhe seja concedido outro mais vantajoso.<sup>35</sup>

Como se pode observar, o princípio da legalidade é utilizado como argumento tanto para os que defendem a desaposentação quanto por aqueles que não a admitem.

Por fim, relativamente à suposta afronta aos princípios constitucionais norteadores do Regime Geral de Previdência Social, consistentes na solidariedade e no equilíbrio financeiro e atuarial, os adeptos da corrente da admissibilidade da desaposentação argumentam que:

Não há que se falar em desequilíbrio financeiro e atuarial com a renúncia para concessão de benefício melhor. Muito pelo contrário! Os segurados realizaram suas contribuições e obtiveram a concessão da tão sonhada aposentadoria. Com a continuação da atividade laboral e, conseqüentemente, com pagamento compulsório das contribuições, eles verteram ao sistema valores que não foram previstos.

É sabido que o sistema é de solidariedade e que toda a sociedade contribui para a seguridade social, seja direta ou indiretamente. No entanto, não se trata de infringência a este princípio, pois que enquanto não aposentado, manteve-se filiado ao regime previdenciário normalmente.

Ocorre que as contribuições após a aposentadoria não estão atuarialmente previstas, principalmente no regime jurídico atual, com a utilização do fator previdenciário que diminui o valor do salário-de-benefício para garantir que o sistema permita ter recursos que lhe garantam a manutenção do benefício pelo previsto na sua expectativa de sobrevida.

Ao manter-se ativo (e aposentado), a previdência continua recebendo contribuições que não eram “necessárias” para a manutenção daquele benefício, pois que já houve contribuições suficientes para tanto.<sup>36</sup>

No entanto, mesmo não vislumbrando ofensa aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, os doutrinadores divergem, neste ponto, sobre a necessidade de devolução ao regime previdenciário dos proventos da aposentadoria que se desfaz.

35 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Desaposentação: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Disponível em: <[http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34](http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34)>. Acesso em: 21 nov. 2013.

36 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Desaposentação: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. <[http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34](http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34)>. Acesso em 21 nov. 2013.



Dentre os que defendem a devolução dos proventos destacam-se: Marina Vasques Duarte, Wladimir Novaes Martinez, Fabio de Souza Silva, Roberto Luiz Luchi Demo e Roserval Rodrigues da Cunha Filho.

Referidos doutrinadores se filiam à tese da obrigatoriedade de ressarcimento de aposentadoria renunciada, sob o fundamento de que a desconstituição do ato de concessão da aposentação objetiva o retorno ao *status quo ante* e, para tanto, a devolução dos valores é condição para o desfazimento do ato jurídico perfeito da aposentadoria. Nas palavras de Wladimir Novaes Martinez:

Olvidando-se o regime financeiro de repartição simples, que permeia o RGPS e o RPPS, de regra, para que a desaposentação seja sustentável do ponto de vista técnico do seguro social e atenda o seus objetivos, é imprescindível o restabelecimento do status quo ante. De modo geral, não subsiste esse efeito gratuitamente; a relação jurídica aí presente não prescinde de fundamentos econômicos, financeiros e atuários de um plano de benefícios. Ainda que seja um seguro solidário, pensando-se individualmente se a Previdência Social aposenta o segurado, ela se serve de reservas técnicas acumuladas pelos trabalhadores, entre as quais as do próprio titular do direito ao benefício. Na desaposentação, conforme o caso, o órgão gestor teria de reaver parte dos valores pagos para estar econômica e financeiramente apto para aposentá-lo adiante ou poder emitir a CTC.<sup>37</sup>

Em sentido diverso, advogam pela desnecessidade da devolução Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari e Fabio Zambitte Ibrahim.

Para essa escola, a natureza alimentar do benefício de aposentadoria é o maior óbice à exigência de devolução das parcelas. A restituição aos cofres públicos somente seria justificável se houvesse alguma irregularidade. Essa linha de pensamento defende que a reversibilidade da desaposentação possui efeitos *ex nunc*, ou seja, os efeitos do desfazimento do ato de jubilação só ocorrerão dela em diante, como sustenta Fábio Zambitte Ibrahim:

Naturalmente, como visa benefício posterior, somente agregará ao cálculo o tempo de contribuição obtido a posteriori, sem invalidar o passado. A desaposentação não se confunde com a anulação do ato concessivo do benefício, por isso não há que se falar em efeito retroativo do mesmo, cabendo tão somente sua eficácia *ex nunc*. A exigência da restituição de valores recebidos dentro do mesmo regime previdenciário implica obrigação desarrazoada, pois se assemelha ao tratamento dado em caso de ilegalidade na obtenção da prestação previdenciária.<sup>38</sup>

Expostos os argumentos favoráveis e contrários à desaposentação, faz-se necessário, portanto, valer-se das construções conceituais doutrinárias que ganharam corpo na jurisprudência dos Tribunais pátrios para que se

<sup>37</sup> MARTINEZ, op. cit., p. 61.

<sup>38</sup> IBRAHIM, op. cit., p. 60.

obtenha suporte teórico e prático que permita a conclusão sobre a viabilidade constitucional e legal da desaposentação em nosso ordenamento jurídico.

### 1.3 A desaposentação na jurisprudência dos Tribunais Federais

Na jurisprudência dos Tribunais Federais o entendimento sobre a possibilidade da desaposentação não é uniforme. Há julgados favoráveis e contrários, todos com grande diversidade de fundamentos constitucionais e legais.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou, no mérito, a respeito da desaposentação. No entanto, afetou ao Plenário, no regime processual da repercussão geral, o Recurso Extraordinário nº 381.367<sup>39</sup>, que questiona a constitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, o qual ainda está pendente de julgamento.

O caso trata exatamente da questão da desaposentação de uma aposentada pelo RGPS que retornou à atividade e pleiteia novo cálculo de proventos, consideradas as contribuições de período referente a esse regresso, sob alegação de que o mencionado dispositivo legal estaria em confronto com o art. 201, § 11, da CF (“§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”), haja vista que, mesmo contribuindo como segurada obrigatória na qualidade de empregada, teria direito apenas às prestações de salário-família e de reabilitação profissional. (RE 381.367/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, 16.09.2010).

De acordo com a publicação do Informativo 600 do STF, o Ministro Marco Aurélio proveu o recurso, entendendo pela possibilidade da desaposentação e recálculo do benefício com aproveitamento das contribuições posteriores à aposentadoria e pela desnecessidade de devolução das parcelas percebidas a título de aposentadoria. Em seguida, o Ministro Dias Toffoli pediu vistas, suspendendo o julgamento. Segundo o Informativo:

O Min. Marco Aurélio, relator, proveu o recurso. Consignou, de início, a premissa segundo a qual o trabalhador aposentado, ao voltar à atividade, seria segurado obrigatório e estaria compelido por lei a contribuir para o custeio da seguridade social. Salientou, no ponto, que o sistema constitucional em vigor viabilizaria o retorno do prestador de serviço aposentado à atividade. Em seguida, ao aduzir que a previdência social estaria organizada sob o ângulo contributivo e com filiação obrigatória (CF, art. 201, caput), assentou a constitucionalidade do § 3º do art. 11 da Lei 8.213/91, com a redação

39 O RE nº 381.367 foi afetado ao Plenário em decisão de 4 de abril de 2008, pelo Ministro Relator Marco Aurélio, ainda aguardando julgamento, cujo despacho assim dispôs: “Despacho: Aposentadoria – Volta à atividade – Cessação final do vínculo – Proventos. 1. Faz-se em jogo o alcance do artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 presente o sistema previdenciário – artigo 201 da Carta Federal -, vindo o recurso com articulação sobre o conflito da norma ordinária com o texto constitucional. Visa a compelir o Instituto Nacional do Seguro Social a proceder ao novo cálculo dos proventos da aposentadoria, consideradas as contribuições do período referente ao retorno à atividade. 2. Afeto o julgamento ao Plenário. 3. Publiquem.”

conferida pelo art. 3º da Lei 9.032/95 (“§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social”). Assinalou que essa disposição extinguiria o denominado pecúlio, o qual possibilitava a devolução das contribuições implementadas após a aposentadoria. Enfatizou que o segurado teria em patrimônio o direito à satisfação da aposentadoria tal como calculada no ato de jubilação e, ao retornar ao trabalho, voltaria a estar filiado e a contribuir sem que pudesse cogitar de restrição sob o ângulo de benefícios. Reputou, dessa forma, que não se coadunaria com o disposto no art. 201 da CF a limitação do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 que, em última análise, implicaria desequilíbrio na equação ditada pela Constituição. Realçou que uma coisa seria concluir-se pela inexistência da dupla aposentadoria. Outra seria proclamar-se, conforme se verifica no preceito impugnado, que, mesmo havendo a contribuição – como se fosse primeiro vínculo com a previdência –, o fenômeno apenas acarretaria o direito ao salário-família e à reabilitação profissional. Reiterou que, além de o texto do examinado dispositivo ensejar restrição ao que estabelecido na Constituição, abalaria a feição sinalagmática e comutativa decorrente da contribuição obrigatória. Em arremate, afirmou que o trabalhador que, aposentado, retorna à atividade caberia o ônus alusivo à contribuição, devendo-se à ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria. Registrou, por fim, que essa conclusão não resultaria na necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91, mas de lhe emprestar alcance consentâneo com a Constituição, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício, porém não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita. Após, pediu vista o Min. Dias Toffoli.

Recentemente, em 18.11.2011, o STF também afetou ao regime de repercussão geral o RE 661.256/SC, que trata especificamente da conversão de aposentadoria proporcional para aposentadoria integral no RGPS, com recálculo dos proventos a partir das novas contribuições previdenciárias recolhidas após a primeira jubilação<sup>40</sup>.

Interposto pelo INSS, o referido Recurso Extraordinário tem como fundamentos as alegações de violação ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial (arts. 195, *caput* e § 5º, c.c. 201, *caput*, ambos da Constituição Federal) e ofensa ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, também do texto constitucional).

<sup>40</sup> Iniciado o julgamento, foi retirado o processo de pauta, em 27.11.2012, devido à aposentadoria do Ministro Relator, Ayres Britto, encontrando-se, atualmente, pendente de julgamento.

No âmbito do STJ, a questão sobre a possibilidade da desaposentação foi assentada no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.488/SC, Representativo de Controvérsia com fundamento no art. 543-C do CPC e no art. 2º, §1º, da Resolução STJ nº 8, de 2008, no qual foram delimitadas as seguintes teses controvertidas: possibilidade de renunciar à aposentadoria concedida (desaposentação) no Regime Geral de Previdência Social e necessidade de devolução dos valores recebidos pelo segurado para novo e posterior jubramento.

Em decisão proferida em 08.05.2013, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, o STJ firmou o entendimento de que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível, sendo suscetível, portanto, de renúncia para fins de concessão de novo benefício com computo do tempo de contribuição posterior ao primeiro jubramento, sendo prescindível, para a nova concessão, a devolução dos proventos da aposentadoria a que se renuncia, conforme se infere da ementa abaixo transcrita:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBRAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. *Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento.* Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.<sup>41</sup> (sem grifos e negritos no original)

Segundo o entendimento do STJ, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado, sendo perfeitamente cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência, posto que, caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.

Por outro lado, com relação à obrigatoriedade de devolução dos valores recebidos em virtude da aposentadoria a que se renuncia, considera o STJ que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos *ex tunc* e não implica na devolução das parcelas, haja vista que enquanto estava aposentado o segurado fez jus aos seus proventos. Argumenta, ainda, que a irrepetibilidade dos valores recebidos pela primeira aposentadoria fundamenta-se na boa-fé dos beneficiários e na natureza estritamente alimentar dos benefícios previdenciários.

Interessante observar, no entanto, que a controvérsia no referido recurso cingia-se à questão da necessidade ou não de devolução dos valores recebidos pelo segurado a título de aposentadoria em razão da imperiosidade do retorno da relação jurídica ao *status quo ante*. Todavia, preferiram os Ministros que aderiram ao voto vencedor desviar o foco da discussão, debatendo a legalidade dos pagamentos efetuados ou a legitimidade do segurado recebê-los. Ora, tendo sido regular a concessão do benefício, indubitavelmente que os pagamentos das prestações eram devidos, bem como, estando aposentado o segurado, é certo que deve receber seus proventos nos termos da lei.

Por outro lado, o voto vencido no tocante à necessidade de devolução dos valores recebidos pela aposentadoria que se desfaz, proferido pelo Ministro Relator Herman Benjamin, ateu-se ao que realmente precisa ser analisado no tocante ao assunto desaposestação. Extraem-se os seguintes trechos do voto:

Nesse ponto é importante resgatar o tema sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria para afastar a alegada violação, invocada pelo INSS, do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991. Este dispositivo apenas veda a concessão de prestação previdenciária aos segurados que estejam em gozo de aposentadoria, não sendo o caso quando esta deixa de existir pelo seu completo desfazimento. Ou seja, se a aposentadoria deixa de existir juridicamente, não incide a vedação do indigitado dispositivo legal.

Tal premissa denota o quanto a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria objeto da renúncia está relacionada ao objetivo de obter nova

41 STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.488 - SC - Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN. Data da Decisão: 08.05.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

e posterior aposentação. Primeiramente porque, se o aposentado que volta a trabalhar renuncia a tal benefício e não devolve os valores que recebeu, não ocorre o desfazimento completo do ato e, por conseguinte, caracteriza-se a utilização das contribuições para conceder prestação previdenciária não prevista (nova aposentadoria) no já mencionado art. 18, § 2º.

Além disso, ressalto relevante aspecto no sentido de que o retorno ao estado inicial das partes envolve também a preservação da harmonia entre o custeio e as coberturas do seguro social.

Importante observar que a apreciação da desaposentação sob o prisma dos princípios constitucionais não foi realizada pelo STJ, que entende tratar-se de matéria reservada pela Carta Magna ao Supremo Tribunal Federal<sup>42</sup>.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais também entende possível a desaposentação. Contudo, diferentemente do STJ, condiciona o seu deferimento à devolução dos proventos já recebidos, conforme acórdão abaixo, proferido em sede de Incidente de Uniformização Nacional, representativo de sua jurisprudência:

Pedido de uniformização nacional. Desaposentação. Efeitos ex tunc. Necessidade de devolução dos valores já recebidos. Decisão recorrida alinhada com a jurisprudência desta TNU. Improvimento.

[...]

2. A Turma Nacional de Uniformização já firmou o entendimento de que é possível a desaposentação desde que haja a devolução dos proventos já recebidos. Precedentes: 2007.83.00.50.5010-3 e 2007.72.55.00.0054-0<sup>43</sup>.

Para a TNU a desaposentação sem a devolução dos proventos da primeira aposentadoria ensejaria desequilíbrio financeiro-atuarial para os cofres do INSS, assim como possível locupletamento ilícito dos segurados. Nesse sentido, o acórdão abaixo transcrito é esclarecedor quanto aos argumentos utilizados por esse órgão julgador:

[...] a desvinculação voluntária operada por via da desaposentação envolve a renúncia da aposentadoria pelo beneficiário, mas não do direito ao aproveitamento do tempo de serviço e co-respectivos salários-de-contribuição para fins de obtenção de outro(s) benefício(s) previdenciário(s). De sorte que, por abranger a concessão de novo(s) benefício(s) do Regime Geral da Previdência Social - RGPS ou de regime próprio (em contagem recíproca), a desaposentação pressupõe o desfazimento do ato de concessão, operando efeitos ex tunc, isto é, desde a concessão da aposentadoria que se pretende desfazer, e, por isso,

42 STJ - AgRg no REsp 1323628 - RS, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Data da Decisão: 08/08/2012. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

43 TNU - PEDILEF nº 200872580022693 - Relator: Juiz Federal José Antônio Savaris. Data da Decisão: 08.02.2010. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

dependendo da restituição de todos os proventos já recebidos, a fim de que seja recomposto o status quo ante para ambas as partes (beneficiário e INSS). Portanto, na desaposentação, a restituição dos proventos recebidos em virtude da aposentadoria em relação à qual se pretende a desconstituição, ou seja, dos proventos recebidos entre a concessão da primeira aposentadoria e o seu cancelamento, deve necessariamente ocorrer. Ora, por força do disposto no § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, o segurado aposentado que permanecer em atividade não faz jus a aposentadoria, in verbis: O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado [...]. Assim sendo, este dispositivo legal veda que o segurado já aposentado possa fazer jus a nova aposentadoria, vedando, conseqüentemente, a desaposentação sem retorno ao status quo ante, ou, noutros termos, vedando a desaposentação sem o desfazimento do ato jurídico perfeito que o ato de concessão da primeira aposentadoria encerrou. E isto é uma decorrência lógico-sistemática da aplicação combinada de dispositivos da Constituição Federal: o art. 5º, inc. XXXVI (quanto ao ato jurídico perfeito), o art. 194, parágrafo único, inc. IV (relativamente à equidade na forma de participação no custeio) e o caput e § 5º do art. 195 (que diz respeito ao equilíbrio atuarial entre benefícios e custeio). Ora, embora como, já referido, a imutabilidade do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/88) consubstancie uma garantia do administrado contra o Estado, e não o inverso, o seu desfazimento não pode acarretar prejuízo ao Estado, como aquele acarretado caso fosse admitida a desaposentação sem devolução dos valores já recebidos. Isto por ser evidente o prejuízo ao sistema de custeio do RGPS a causar inegável desequilíbrio atuarial, pois aquele que se aposenta proporcionalmente com determinados proventos e continua trabalhando ou volta ao trabalho deixa de ser um simples contribuinte para se tornar um recebedor-contribuinte, recebendo benefício e recolhendo contribuição previdenciária apenas sobre a sua remuneração. Diferentemente, se não tivesse se aposentado proporcionalmente, mas aguardado o implemento dos requisitos para a aposentadoria integral, seria um simples contribuinte até então, e não um recebedor [...]<sup>44</sup>

Em que pese a definição sobre a possibilidade da desaposentação pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.334.488/SC, os Tribunais Regionais Federais encontram-se divididos: há julgados que não admitem a desaposentação, outros em que ela é admitida, desde que haja devolução dos proventos da aposentadoria a que se renuncia, posição semelhante à adotada pela TNU, e outros que possuem entendimento alinhado ao do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, possibilidade da desaposentação sem a devolução dos valores recebidos na primeira aposentação.

<sup>44</sup> TNU – PEDILEF nº 2007.83.00.505010-3 – Relatora: Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva. Data da Decisão: 04.08.2009. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região há a prevalência do entendimento da possibilidade da desaposentação sem a devolução dos proventos da aposentadoria a que se renuncia, adotando referido Tribunal o posicionamento consagrado na jurisprudência do STJ. A desaposentação é fundamentada em duas premissas: a possibilidade do aposentado de renunciar à aposentadoria, por se tratar de direito patrimonial, portanto, disponível, e a natureza sinalagmática da relação contributiva, vertida ao sistema previdenciário no período em que o aposentado continuou em atividade após a aposentação, sendo descabida a devolução pelo segurado de qualquer parcela obtida em decorrência da aposentadoria já concedida administrativamente, por consistir em direito regularmente admitido.<sup>45</sup>

Já no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a questão é bem mais controvertida entre os órgãos julgadores, haja vista que há julgamentos com entendimentos totalmente diversos, inadmitindo a desaposentação, admitindo com devolução de valores e admitindo sem a devolução dos proventos.

A 1ª Seção Especializada do TRF2 fixou o entendimento sobre a inadmissibilidade da desaposentação. Fundamentam suas decisões nos princípios constitucionais da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social, bem como na proteção do ato jurídico perfeito da aposentação e no seu caráter alimentar, que impede a sua renúncia, de acordo com a ementa inframencionada, que bem elucida os argumentos utilizados por esse órgão julgador:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPOSENTAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. MATÉRIA DE DIREITO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL. MATÉRIA DE DIREITO. ARTIGO ART. 515, § 3º, C/C O ART. 285-A, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A via do mandado de segurança é adequada para julgar pedido de desaposentação, não dependendo de dilação probatória. Esta Corte vem apreciando feitos desta natureza, envolvendo desaposentação, postulada em sede de mandado de segurança, conforme os seguintes precedentes: AC 201251010351826, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, E-DJF2R de 06/02/2013; AC 201251010110574, Rel. Des. Fed. Liliane Roriz, E-DJF2R de 18/09/2012; AMS 200751050002276, 1ª Turma Especializada, Rel. JFC Márcia Helena Nunes, DJU de 19/06/2009, p. 188. 2. A causa envolve matéria eminentemente de direito, estando os fatos plenamente provados com prova pré-constituída, sendo possível o julgamento diretamente pelo Tribunal, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, à luz dos princípios da celeridade e economia processual. (Precedente: STJ, REsp 1.030.597/

45 TRF1 - AC - APELAÇÃO CIVEL - 200934000370419 - Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Data da Decisão: 10.07.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.



MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.11.2008). 3. *Reanalizando os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários e melhor refletindo a respeito do instituto da desaposentação, passo a alinhar-me ao entendimento de que é cristalino o caráter irrenunciável e irreversível do ato de concessão do benefício de aposentadoria no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, evidenciando seus efeitos ofensivos à ordem constitucional vigente.* 4. *À luz dos artigos 11, §3º e 18, §2º, da Lei 8.213/91 e 3, I, 40, 194 e 195 da CRFB, verifica-se que o instituto da desaposentação possui vedação legal expressa que se compatibiliza com o caráter solidário do sistema previdenciário, não sendo, portanto, permitida a utilização das contribuições dos trabalhadores em gozo de aposentadoria para a obtenção de nova aposentadoria ou elevação da já auferida, sob pena de subversão para um sistema individualista/patrimonialista que não se compatibiliza com os fundamentos da Seguridade Social.* Assim, o aposentado que retorna à atividade somente faz jus ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado (artigo 18, §2º, da Lei 8.213/91). 5. A aposentadoria é considerada um ato jurídico perfeito, cuja proteção mereceu respaldo constitucional (artigo 5º, XXXVI, da CRFB), sendo uma garantia ao direito fundamental da segurança jurídica. Ato jurídico perfeito é aquele já concretizado segundo a lei vigente ao tempo em que se aperfeiçoou, pois já satisfaz todos os requisitos para gerar a plenitude dos seus efeitos e a aposentadoria, como tal, deve ser respeitada pelos envolvidos na relação jurídica, estando ainda imune às alterações legislativas em virtude do já consagrado princípio *tempus regit actum*. Por derradeiro, *não há que se falar em modificação unilateral, diga-se, renúncia unilateral a este ato jurídico, dependendo a desaposentação necessariamente de requerimento e concordância da Administração Pública (órgão pagador e gestor do benefício), sob o pálio da lei.* 6. *A aposentadoria é também considerada um ato administrativo, cujo desfazimento volitivo se dá por meio da anulação ou revogação, cujos pressupostos lhes são próprios e inaplicáveis à desaposentação (aplicável, por exemplo, nas hipóteses de erro ou fraude na concessão do benefício).* E como qualquer outro ato administrativo, é regido pelo princípio da legalidade (artigo 37, caput, da CRFB), que conduz toda a conduta dos agentes da Administração Pública, no sentido de que qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, sendo que não há lei permitindo a concessão da desaposentação. 7. Sob qualquer ótica, a renúncia ao benefício da aposentadoria não é juridicamente aceitável. A uma, sob pena de afrontar o princípio da segurança jurídica, consistente no respeito ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, da CRFB) e ao princípio da legalidade (artigo 37, caput, da CRFB c/c artigo 18, §3º, da Lei 8.213/91). Isso sem falar no princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, caput, da CRFB), uma vez que a desaposentação confere tratamento mais benéfico ao segurado que se aposenta com proventos proporcionais e continua trabalhando para, posteriormente, obter nova aposentadoria em melhores condições, em detrimento daquele que continuou trabalhando até possuir um período contributivo maior para se aposentar com proventos integrais. 8. *A duas, porque se extrai a natureza alimentar da aposentadoria, que lhe confere o caráter de irrenunciável. Assim como a*

*pensão alimentícia, no âmbito do direito civil, é possível a renúncia às prestações mensais, mas não ao benefício em si, que é intocável, intangível. A aposentadoria não é um direito patrimonial e, portanto, disponível, possuindo, outrossim, um caráter institucional, isto é, os direitos e obrigações não decorrem de ato de vontade, porém da lei. 9. E a três porque a pretensão de desaposentação não é livre e desembaraçada, gerando ônus a pessoa jurídica de direito público diretamente envolvida na constituição do ato, no caso, ao INSS, sendo claro que o desfazimento da aposentadoria repercute em ônus no sistema previdenciário, uma vez que o mesmo período e salários-de-contribuição seriam somados duas vezes, com o objetivo de majorar a renda mensal da nova aposentadoria, o que repercute diretamente no equilíbrio financeiro e atuarial do sistema* (artigo 201, caput, da CRFB). 10. Ainda que se pretenda devolver os valores recebidos a título da aposentadoria que se pretende renunciar a desaposentação, mesmo assim, esbarra em obstáculos de ordem legal e constitucional. 11. *Mutatis mutandis, no que se refere à desaposentação, aplicam-se os mesmos fundamentos citados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 416827 - que concluiu a respeito da impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.032/95 em benefícios de pensão por morte concedidos em momento anterior à sua vigência. Assim, ainda que o segurado pretenda renunciar à aposentadoria anterior para fins de obter outra mais benéfica, ainda que se trate de benefício de caráter alimentar, deve prevalecer o respeito ao ato jurídico perfeito (artigo 5, XXXVI, da CRFB) e ao princípio tempus regit actum e a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.* 12. A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do AgRg no RESP 1.298.511/RS, adotou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei 8.213/91 se aplica às demandas em que se pleiteia a desaposentação, (2ª Turma, AgRg no REsp 1305914 / SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 27/08/2012). A conclusão a que se chega é a de que não é possível a renúncia à aposentadoria, uma vez que é ínsito do ato de renúncia - ato de liberalidade - o seu exercício a qualquer momento. Caso fosse admissível a renúncia ao benefício de aposentadoria, igualmente seria possível a renúncia ao prazo decadencial fixado na lei, o que é terminantemente vedado pelo artigo 201 do Código Civil. 13. Ressalva de entendimento anterior. 14. Apelação provida, para anular a sentença e, aplicando os artigos 515, § 3º, e 285-A, ambos do CPC, no mérito, denegar a segurança.<sup>46</sup> (sem grifos e negritos no original)

Por sua vez, a 2ª Seção Especializada do TRF2 admite a desaposentação desde que haja a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria a que se renuncia, haja vista o seu entendimento de que a não restituição aos cofres públicos dos proventos recebidos acarretaria afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de seguro social, de acordo com o acórdão a seguir:

46 TRF2 - AC - APELAÇÃO CIVEL - 580588 - Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO. Data da Decisão: 22.05.2013. Órgão Julgador: 1ª Turma Especializada. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPOSENTAÇÃO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS PELO SEGURADO-RENUNCIANTE A TÍTULO DE APOSENTADORIA PROPORCIONAL. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA ENTRE SEGURADOS E DA SOLIDARIEDADE. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO SISTEMA. 1. Inocorrência de decadência, por versar a lide sobre desaposentação, que não se confunde com a revisão do benefício previdenciário. 2. Não tendo sido manifestada, pela segurada, a intenção de devolver as parcelas que lhe foram pagas a título de aposentadoria proporcional anterior, não há que se falar em renúncia ao benefício para obtenção de nova aposentadoria em condições mais vantajosas. 3. *Afigura-se irrazoável que o exercício do direito à renúncia, ainda que admitido, somente surtisse os efeitos que viessem a favorecer ao segurado-renunciante, em prejuízo da Autarquia que, além de surpreendida com a novidade introduzida pela jurisprudência consagrada do instituto da desaposentação, de resto não expressamente previsto em lei, também viesse a arcar com todos os ônus do exercício desse direito por parte de seus milhares de segurados, inclusive no que tange ao não-ressarcimento dos valores mensalmente pagos de boa-fé, muitas vezes por longos anos, a título de proventos de aposentadorias.* 4. Permitir a “desaposentação” sem a exigência de devolução dos valores anteriormente recebidos pelo “desaposentado” criaria odiosa desigualdade em relação aos segurados que, embora reunindo as condições para obter a aposentadoria proporcional, deixaram de requerê-la e continuaram a trabalhar almejando a concessão do benefício integral, confiantes em que seria observada a letra da lei. A mudança das regras do jogo após o início da partida, na hipótese de “desaposentação”, significaria flagrante desrespeito ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição) e, de forma injusta, deixaria em desvantagem justamente aqueles segurados que se ativeram aos contornos mais estreitos da legislação previdenciária. 5. O modelo bismarckiano em que se apoia o direito previdenciário brasileiro tem por base o princípio da solidariedade (arts. 194 e 195 da CF/88), segundo o qual o segurado não contribui para custear o seu próprio benefício, mas, sim, a sua contribuição destina-se, na verdade, a viabilizar o pagamento dos benefícios devidos a todos os que reuniram as condições para o seu gozo e fruição. Neste sistema, eleito pelo legislador brasileiro, a manutenção de seu equilíbrio financeiro e atuarial depende, necessariamente, da existência de fonte de custeio para a concessão de novos benefícios. 6. A devolução dos valores pagos pela Autarquia ao segurado que percebia aposentadoria proporcional e se desaposenta constitui a fonte de custeio necessária ao pagamento de sua aposentadoria integral com o resguardo do direito dos demais aposentados, ou seja, sem o rompimento do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. 7. Apelação do INSS e remessa necessária providas<sup>47</sup>. (sem grifos e negritos no original)

47 TRF2 - APELRE - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 589640 - Relator: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA. Data da Decisão: 23.07.2013. Órgão Julgador: 2ª Turma Especializada.

Ainda no âmbito do TRF da 2ª Região há, também, o entendimento consolidado na Quinta Turma Especializada, de que a desaposentação é plenamente admitida em nosso ordenamento, sendo prescindível a devolução dos valores recebidos pela primeira aposentadoria, haja vista que enquanto foi pago o primeiro benefício, seus valores eram devidos, ostentando os proventos natureza de verba alimentar e, portanto, irrepetível.<sup>48</sup>

Situação semelhante ao TRF2 é encontrada no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no qual a 10ª Turma é favorável à desaposentação sem devolução dos valores e a 7ª e 8ª Turmas são desfavoráveis, com ressalva do posicionamento do Desembargador Federal Fausto de Sanctis, cujo entendimento é pela possibilidade da desaposentação, desde que os proventos da aposentadoria a que se renuncia sejam restituídos ao Regime Geral de Previdência Social.

A 10ª Turma utiliza como argumentos para embasar suas decisões a natureza patrimonial do direito à aposentadoria e, conseqüentemente, a possibilidade de sua renúncia, sem a devolução dos proventos, haja vista o seu caráter alimentar. Aduz, ainda, que a desaposentação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo, posto que as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria.<sup>49</sup>

Por outro lado, a 7ª e 8ª Turmas do TRF3 são contrárias à desaposentação sob o fundamento de que renunciar ao benefício não se confunde com renunciar ao benefício e requerer outro mais vantajoso com aumento do coeficiente de cálculo, pelo que a opção pela aposentadoria requerida produz ato jurídico perfeito e acabado, passível de alteração somente diante de ilegalidade. Argumentam que, em virtude do caráter contributivo e de filiação obrigatória do regime geral, o retorno à atividade não afasta o pagamento de contribuição previdenciária, imperando o princípio da solidariedade, pelo que o recolhimento posterior à aposentadoria de contribuição não gera direito à desaposentação.<sup>50</sup>

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região a questão sobre a desaposentação encontra-se pacificada. Entende aquele Tribunal que é possível a renúncia à aposentadoria, ante sua natureza de direito patrimonial disponível, sendo admissível a concessão de nova aposentadoria mais vantajosa, com a

---

Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

48 TRF2 - AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 182120 - Relator: Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM. Data da Decisão: 09.07.2013. Órgão Julgador: 5ª Turma Especializada. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

49 TRF3 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1873381 - Relator: Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO. Data da Decisão: 17.09.2013. Órgão Julgador: 10ª Turma. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

50 TRF3 - APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1857735 - Relator: Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA. Data da Decisão: 29.07.2013. Órgão Julgador: 8ª Turma. TRF3 AC 00054721820124036183 - Relator: Juiz Convocado CARLOS FRANCISCO. Data da Decisão: 06.05.2013. Órgão Julgador: 7ª Turma. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>

inclusão do período de contribuição posterior à primeira jubilação, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos, o que, caso exigido, obstaría a efetivação da tutela jurisdicional dos direitos sociais.<sup>51</sup>

Por fim, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, encontramos julgados favoráveis e desfavoráveis à desaposentação, não existindo, ainda, um entendimento consolidado no referido Colegiado sobre a matéria.

Mesmo após a decisão do STJ no julgamento do REsp 1334488/SC, o Pleno do TRF5, ao apreciar a desaposentação, não a admitiu sob o argumento de que a discussão se trata de matéria constitucional, haja vista seu reflexo direto no custeio do Regime Geral de Previdência Social, sendo de rigor, para alinhamento do posicionamento do Tribunal, aguardar a decisão do STF no Recurso Extraordinário 661.256/SC, cuja repercussão geral foi reconhecida. Vejamos a ementa do julgamento realizado pelo Pleno do TRF5:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPOSENTAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 18, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.213/91. 1. Uma vez concedida a aposentadoria por tempo de serviço com proventos proporcionais, ainda que o segurado volte a contribuir para o sistema previdenciário, mesmo em outro regime, não poderá utilizar as contribuições anteriores para complementar o tempo necessário para obtenção de uma nova aposentadoria mais vantajosa. *O art. 11, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/91 estabelece que as novas contribuições efetuadas pelo aposentado do RGPS que retornar à atividade serão destinadas ao custeio da Seguridade Social. Precedentes desta Corte Regional. 2. O art. 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91, veda expressamente a percepção, pelo aposentado do RGPS, que permanecer contribuindo para a Previdência Social ou a ela retornar, de qualquer outra prestação, à exceção do salário-família e da reabilitação profissional, quando for o caso. 3. A despeito do recente julgado do STJ, REsp 1334488/SC, a matéria aqui discutida é constitucional, visto tratar-se de custeio, de sorte que é melhor deixar para se ajustar quando houver decisão vinculativa do STF sobre o tema. 4. Embargos infringentes providos<sup>52</sup>. (sem grifos e negritos no original)*

Não obstante a decisão do Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, acima transcrita, há diversos julgados em que a Primeira Turma alinha-se à posição adotada pelo STJ, ora condicionando a desaposentação à devolução

51 TRF4 - AC 50095873020114047112 - Relator: ROGÉRIO FAVRETO. Data da Decisão: 07.02.2012. Órgão Julgador: 5ª Turma. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

52 TRF5 - EIAC - Embargos Infringentes na Apelação Cível - 510037/02 - Relator: Desembargador Federal MARCELO NAVARRO. Data da Decisão: 14.08.2013. Órgão Julgador: Pleno. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

dos valores recebidos pela aposentadoria a que se renuncia<sup>53</sup>, ora dispensado a restituição dos proventos.<sup>54</sup>

Analisando todo o apanhado da jurisprudência nacional sobre a desaposentação, é forçoso reconhecer que o tema tem estreita relação com a normativa constitucional.

No corpo dos acórdãos acima transcritos foram mencionadas, inúmeras vezes, as seguintes normas constitucionais: princípios da dignidade da pessoa humana, do equilíbrio financeiro e atuarial, da solidariedade, da segurança jurídica (proteção ao ato jurídico perfeito), da equidade na forma de participação do custeio, da legalidade, da isonomia, da prévia fonte de custeio, da seletividade e distributividade na concessão dos benefícios e serviços da seguridade social, da filiação obrigatória, do caráter contributivo, da universalidade do custeio, do valor social do trabalho.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em duas oportunidades (RE 381.367 e RE 661.256), a repercussão geral da desaposentação, restando pendente o pronunciamento sobre o mérito dos recursos.

As questões previdenciárias, dentre elas a desaposentação, devem ser analisadas a partir dos princípios constitucionais que regem o sistema no Brasil, em especial, os princípios da solidariedade, do equilíbrio financeiro e atuarial, do caráter contributivo, da prévia fonte de custeio. Contudo, referida análise não pode ser efetuada de forma apartada dos demais princípios que formam o arcabouço constitucional de proteção dos direitos do homem, nem pode se descurar da imprescindível necessidade de se dar a máxima efetividade possível aos direitos sociais.

Ademais, o estudo racional dos reais objetivos desse instituto (revisão da aposentadoria com a inclusão do tempo de contribuição posterior à jubilação) à luz dos princípios e garantias constitucionais permitirá encontrar pontos de compatibilização e necessidade de adequação em outros aspectos, de modo que sua inserção no sistema se torne possível.

## **CAPÍTULO II - A DESAPOSENTAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL**

### **2.1 A desaposentação sob a ótica do princípio da solidariedade**

O princípio da solidariedade, conforme abordado no capítulo I, é comumente mencionado para fundamentar a inviabilidade constitucional da desaposentação, sendo, inclusive, uma das principais teses sustentadas pela

53 TRF5 - APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 23507 - Relator: Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA. Data da Decisão: 11.04.2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

54 TRF5 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 560247 - Relator: Desembargador Federal MANOEL ERHARDT. Data da Decisão: 22.08.2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

Autarquia Previdenciária em juízo para afastar a admissibilidade do novel instituto.

De outra banda, os defensores da desaposentação argumentam, como forma de refutar as alegações do INSS nesse sentido, que o princípio da solidariedade não obsta a sua concessão, posto que o aposentado continua vertendo contribuições ao sistema.

Assim, diante da celeuma instalada nesse ponto, é imprescindível iniciar-se o estudo da compatibilidade ou incompatibilidade constitucional da desaposentação frente ao mencionado princípio.

Poder-se-ia sustentar que caberia ao trabalhador se proteger de infortúnios, seja pela assistência de seus familiares e amigos, seja por meio da realização de poupança, prevenindo-se contra um futuro no qual não possa mais ser considerado como economicamente ativo. Ocorre, todavia, que a dependência da caridade alheia importa considerar-se como certo o fato de que sempre há alguém capaz de dar assistência, quando tal noção não pode ser tida como minimamente razoável, mesmo nas sociedades nas quais a miséria atinge níveis ínfimos.

Por outro lado, transferir ao trabalhador a responsabilidade por sua subsistência futura, quando venha a deixar de ser capaz para o trabalho, esbarra em situações como daquele que, ainda no início de sua idade produtiva, venha a sofrer um acidente, tornando-se doravante incapaz para o trabalho. Logo, por mais precavido que possa ser o indivíduo, estará ele sempre sujeito à ocorrência de múltiplos infortúnios durante toda a sua vida profissional, e não somente com o advento de sua velhice.<sup>55</sup>

Em virtude de todas essas contingências é que se concebeu um sistema de proteção de responsabilidade de toda a sociedade, baseado na noção fundamental de solidariedade social, caracterizado pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum.

Da análise do art. 194 da Constituição Federal de 1988, temos que a Seguridade Social foi sistematizada pelo constituinte como um conjunto integrado de ações de responsabilidade da sociedade, na sua missão de garantir em conjunto o que o indivíduo sozinho não poderia garantir frente às diversas eventualidades sociais, pelo que se impõe que esta sociedade participe do regime de seguro social, por meio de aportes que garantam recursos financeiros suficientes à aplicação da política de segurança social.

Nesse passo, o custeio é a expressão máxima da solidariedade que permeia toda a estrutura da Seguridade Social, visto que as prestações e serviços sempre estão relacionados a uma contrapartida consistente em uma obrigação, caracterizada pela arrecadação de recursos financeiros de toda a sociedade, ou seja, segurados (beneficiários), empresas, importadores, apostadores e Estado, este

<sup>55</sup> CASTRO; LAZZARI, op.cit., p. 22.

por meio de seu orçamento fiscal, cuja receita principal é oriunda da arrecadação de impostos.

Aliás, o financiamento indireto, cujos recursos transferidos à Seguridade Social são retirados do orçamento fiscal da União, demonstra de forma efetiva como o princípio da solidariedade orienta o custeio do sistema, haja vista que todos pagam impostos, mesmo que não sejam beneficiários de suas prestações.

A solidariedade obrigatória criada pelos membros da coletividade para financiamento das prestações e serviços da Seguridade Social tem como finalidade a melhor repartição das cargas conforme a capacidade contributiva de cada um. Tal princípio está previsto como objetivo da Seguridade Social, no art. 194, inciso V, da CF, ao determinar que o legislador observe a equidade na forma de participação no custeio.

Há, portanto, um dever solidário de que todos contribuam para garantir os objetivos comuns de prestação de saúde, assistência e previdência social, posto que todos os membros da coletividade terão direito a referida proteção social.

A solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental da Seguridade Social e permeia o âmago de todas as vertentes componentes do sistema de proteção social, de forma mais evidente na saúde e na assistência, mas não menos importante na previdência social, em que pese sua natureza de seguro, que demanda, a princípio, para incidência de sua garantia, a existência de contribuições individuais dos beneficiários do regime.

No tocante especificamente à previdência social, é fato que seu caráter constitucionalmente contributivo lhe dá a natureza de seguro, ou seja, para usufruir da proteção contra os infortúnios que lhe retiram a capacidade laborativa, é essencial que o segurado verta contribuições individuais ao regime.

Nesse aspecto poderíamos afirmar, então, que no que respeita à previdência não existiria aplicação do princípio da solidariedade, cabendo a cada qual financiar seu próprio benefício, que seria concedido numa proporção direta entre o montante das contribuições recolhidas pelo segurado durante sua vida economicamente ativa e os valores do benefício que irá receber durante a inatividade.

Tal afirmativa, entretanto, seria correta se a Constituição Federal de 1988 houvesse adotado no Brasil o regime de financiamento conhecido como capitalização, compondo as contribuições individuais contas específicas que seriam utilizadas, no futuro, para custeio das prestações previdenciárias do próprio contribuinte, havendo uma justa medida entre o total contribuído e o total recebido de benefício.

Por ele, adotam-se regras que estabelecem, como contribuição previdenciária, a cotização de cada indivíduo segurado pelo regime durante certo lapso de tempo, para que se tenha direito a benefícios. Assim, somente o próprio segurado – ou uma coletividade deles – contribui para a criação de um fundo – individual ou coletivo – com lastro suficiente para cobrir as necessidades



previdenciárias dos seus integrantes,<sup>56</sup> pressupondo, obviamente, a aplicação das contribuições nos mercados financeiros, de capitais e imobiliários a fim de adicionar valor à reserva que se está constituindo.

Ao passar para a inatividade o segurado terá de volta o que contribuiu acrescido dos rendimentos do capital, tudo mediante regras do mercado financeiro. A ideia fundamental do regime de capitalização é a formação de reservas de capital que garantirão as prestações devidas aos segurados futuramente, cujos valores variarão de acordo com os rendimentos obtidos com os investimentos feitos pelos administradores do fundo.

Nele não há que se falar em solidariedade ou em um “pacto intergeracional”, posto que cada geração suporta seus próprios riscos.

Ocorre que o regime de financiamento da Previdência Social brasileira adotado pelo constituinte caracteriza-se pela repartição simples de receitas, que flui do princípio da solidariedade, uma vez que as contribuições previdenciárias compõem um fundo único que financia os benefícios que estão sendo concedidos no presente, não existindo uma relação direta e necessária entre o montante efetivamente contribuído pelo segurado e o valor que irá receber, ao final, do regime.

A participação do segurado continua sendo importante, mas a ausência de contribuição em determinado patamar não lhe retira o direito a benefícios e serviços, salvo nas hipóteses em que se lhe exige alguma carência.

No regime de repartição de receitas há uma solidariedade “intra e intergeracional”, segundo a qual os contribuintes do presente é que irão custear as prestações dos beneficiários atuais, tratando-se de um pacto social entre gerações, a medida que os ativos financiam os inativos, de modo que todas as contribuições recolhidas formarão recursos a serem utilizados para o pagamento dos benefícios daquele ano, não existindo acumulação de reservas que possam ser utilizadas no futuro.

Quando os contribuintes do presente se tornarem inativos, seus benefícios serão custeados pelas contribuições das futuras gerações de segurados, tornando-se imprescindível a manutenção do equilíbrio entre o número de contribuintes e o número de beneficiários.

Analisando os benefícios que compõem o sistema de proteção previdenciária no regime geral, temos benefícios de caráter programado, para os quais se exige um número mínimo de contribuições (carência), aliado a outros critérios como tempo de contribuição ou idade, como ocorre com a aposentadoria por tempo de contribuição e a aposentadoria por idade, em que se procura estabelecer certo equilíbrio no binômio custeio-benefício, e benefícios de caráter imprevisível, como o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, em que referido binômio não é observado.

56 CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 32.

Referidas prestações de diferentes naturezas (programada ou imprevisível) são financiadas por recursos oriundos do fundo do regime geral de previdência social, composto, basicamente, pelas contribuições previdenciárias cobradas dos segurados e pelas contribuições previdenciárias das empresas incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos, devidos ou creditados aos segurados que lhe prestem serviço mesmo sem vínculo empregatício, conforme se infere de uma leitura sistematizada do art. 167, inciso XI, art. 195, inciso I, alínea *a* e inciso II e art. 250, todos da Constituição Federal.

Além das contribuições previdenciárias, consideradas como recursos próprios da Previdência Social, o fundo do regime geral é integrado, segundo dispõe o art. 250 da CF, por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo RGPS.

Trata-se aqui, da forma indireta de financiamento do RGPS, oriunda de recursos provenientes do orçamento fiscal da União, que é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do regime, conforme expressamente determinado pelo art. 16 da Lei n. 8.212/91, *in verbis*:

*Art. 16. A contribuição da União é constituída de recursos adicionais do Orçamento Fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual. (sem grifos no original)*

*Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária Anual. (sem grifos no original)*

Note-se que a participação de toda a sociedade no custeio dos benefícios previdenciários e, portanto, o caráter de solidariedade do sistema, fica evidenciado pela natureza dos recursos que compõem o fundo do regime geral, ao se fazer aportes adicionais oriundos do orçamento fiscal da União que, juntamente com as contribuições previdenciárias, garantem o pagamento dos benefícios concedidos em determinado período.

No entanto, não é somente da composição do fundo do regime geral que se retira a conclusão de que nosso sistema de previdência é inspirado no princípio da solidariedade social.

No tocante as próprias contribuições, aquele que possui maior capacidade contributiva, ou seja, maior salário-de-contribuição, contribui para o regime com uma alíquota maior, ao passo que aquele que possui menores rendimentos, contribui para o financiamento do regime com alíquotas menores. É o que se observa nas contribuições dos segurados empregados, trabalhadores avulsos e empregados domésticos, cujas alíquotas variam de acordo com seu salário-de-contribuição, num percentual de 8%, 9% e 11%, de acordo com o art. 20 da Lei n. 8.212/91.

Assim, aquele que possui maior capacidade de pagar, por ostentar uma remuneração maior, paga mais contribuição para os fins gerais da comunidade, para financiar não só seu benefício, mas parte do custo da segurança social.

Por outro lado, àquele que contribui menos, por ausência de capacidade financeira, são asseguradas, por imperativo constitucional, prestações previdenciárias não inferiores ao salário mínimo, ou seja, ainda que as contribuições vertidas ao regime não proporcionem a concessão de benefício no patamar de um salário mínimo, este será, ainda assim, garantido, como expressão do mínimo existencial protegido pela Previdência Social.

Tem-se, assim, um sistema de Previdência Social estruturado sobre um regime de seguro, baseado no princípio contributivo, isto é, no princípio segundo o qual uma parte material do custo total do seguro deve ser custeada com dinheiro proveniente das contribuições dos beneficiários, qualificado pelo adjetivo **social**, uma vez que toda a sociedade garante a suficiência dos recursos necessários a uma indefinida proteção social, ou seja, ao pagamento de benefícios enquanto persistirem as hipóteses de incidência (velhice, doença, invalidez, acidente etc.), independentemente de o valor individual total contribuído ser suficiente para tal.

Conjugando-se a forma de financiamento do pagamento dos benefícios da Previdência Social, fundada na repartição simples, com a composição do fundo do regime geral, integrado por contribuições previdenciárias e recursos oriundos dos impostos, ao fato de não haver correspondência necessária entre o total contribuído e o total recebido, não há outra conclusão que não a de que nosso regime previdenciário tem como pilar principal o princípio da solidariedade social.

Sobre a importância do princípio da solidariedade no sistema previdenciário, assim se manifestou Luís Roberto Barroso, em parecer juntado aos autos da ADI 3105/DF, mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes:

*Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto de direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3º, I. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à ideia de justiça distributiva. Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca de dignidade para todos. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo. Conceitos importantes da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, de desenvolvimento sustentado e de proteção ambiental fundam-se sobre este princípio, inclusive no reconhecimento de obrigações com as gerações futuras<sup>57</sup>. (sem grifos e negritos no original)*

57 STF, Tribunal Pleno, ADI 3105/DF, Relatora Min. Ellen Gracie, julgamento em 18.08.2004, publicado no DJ de 18.02.2005. p. 4.

Após toda a explanação acima sobre o significado do princípio da solidariedade em âmbito previdenciário, seria correto afirmar que ele é incompatível com a desaposentação? Ou melhor formulado, o reconhecimento do direito à desaposentação, com a consequente concessão de nova aposentadoria com proventos maiores, fere o princípio constitucional da solidariedade em matéria previdenciária, por adotar um entendimento compatível com o regime de capitalização?

Os que vislumbram óbice à aceitação da desaposentação com fundamento na afronta ao princípio da solidariedade argumentam que a existência de contribuintes para o sistema (e não para si), impediria que o aposentado utilizasse o tempo de contribuição posterior à jubilação, posto que não haveria correspondência entre as contribuições vertidas ao regime e a contraprestação recebida dele, tanto no sentido de que um segurado poderia contribuir muito mais do que receberia de aposentadoria, como o contrário, na hipótese em que a aposentadoria é prematura, em virtude da ocorrência de incapacidade laboral.

Aduzem ainda que, diante do princípio da solidariedade, nem sempre as contribuições previdenciárias pressupõem alguma forma de contraprestação, ocupando o aposentado que exerce atividade laborativa a posição jurídica exclusiva de contribuinte e não de segurado, posto que já contemplado com a proteção previdenciária<sup>58</sup>.

As respostas às questões acima passam, necessariamente, por uma leitura do princípio da solidariedade conjugada com outros princípios constitucionais previdenciários, em especial, a filiação obrigatória e o caráter contributivo do regime geral.

Isso porque, sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete dos mandamentos constitucionais de forma sistematizada e coordenada, a fim de que não analise a questão apenas de um único ângulo, negando vigência a outras normas constitucionais igualmente aplicáveis ao caso concreto e que com ela se relacionam. Nos ensinamentos do Prof. Menelick de Carvalho Netto:

Não levar a sério os direitos, ou seja, simplificar uma situação de aplicação de modo a simplesmente desconhecer direitos dos envolvidos por se focar a questão do ângulo de um único princípio aplicado ao modo do tudo ou nada, típico das regras, termina por subverter o próprio valor da segurança jurídica que se pretendia assegurar. Por isso mesmo, afirmamos a mera aparência de consistência de uma decisão deste tipo, ainda que com apenas um único princípio jurídico. Os princípios não podem, em nenhum caso, ganharem

58 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR., José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 10. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104-105.

aplicação de regra, ao preço de produzirem injustiças que subvertem a crença na própria juridicidade, na Constituição e no ordenamento.<sup>59</sup>

Pelo princípio da filiação obrigatória, todo trabalhador que exerce alguma atividade remunerada abrangida pelo RGPS será obrigatoriamente filiado a este regime previdenciário, desde que não esteja amparado por outro regime próprio.

Dessa forma, o segurado que após a aposentadoria permanece exercendo atividade remunerada ou a ela retorna, é filiado ao RGPS na qualidade de segurado obrigatório, devendo verter contribuições para o custeio da Seguridade Social, nos termos disciplinados pelo art. 12, § 4º, da Lei 8.212/91.

Assim, o aposentado não opta em integrar ou não o Regime Geral de Previdência Social. Se exercer uma atividade remunerada lícita não abrangida por regime próprio de previdência, participará obrigatoriamente do regime geral, contribuindo e devendo, necessariamente, auferir benefícios decorrentes dessas contribuições, dentro dos limites legais.

Tal afirmação resulta do *caráter contributivo* da Previdência Social, que vincula a concessão dos benefícios previdenciários à existência de certo número de contribuições individuais do segurado ao regime, aliado a natureza de seguro das prestações previdenciárias, que estabelecem uma relação sinalagmática entre o Regime Geral e seus beneficiários/segurados, à medida que havendo contribuição faz-se imprescindível a respectiva contraprestação.

Não se olvida que o regime geral é estruturado em um sistema cujas contribuições compõem um fundo único que financia os benefícios que são concedidos contemporaneamente, bem como a existência de contribuintes que não recebem qualquer contraprestação do Regime Geral, como é o caso dos empregadores, dos apostadores de concursos de prognósticos e do importador de bens e serviços.

No entanto, em que pese o regime geral ser financiado por toda a sociedade, não há a dispensa da contribuição direta do segurado, por determinado período de tempo, dependendo da espécie de benefício a ser usufruído, para que possa ter direito ao recebimento das prestações previdenciárias, como corolário do caráter contributivo da Previdência Social e de sua natureza de seguro.

E como seguro que é para os contribuintes que ostentam a condição de segurados/beneficiários do regime, é imperativo constitucional que as contribuições vertidas ao sistema reflitam no valor dos seus benefícios, conforme se infere da determinação contida no art. 201, § 11, da Constituição Federal:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

59 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998. p. 14.

[...]

§11. *Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.* (sem grifos e negritos no original)

Poderia se argumentar, para obstar a desaposentação, que o § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91 estaria disciplinando, nos termos determinados pelo § 11 do art. 201 da Constituição Federal, a forma de repercussão das contribuições previdências vertidas pelo aposentado, após sua jubilação, nos benefícios previdenciários, ao limitar as concessões apenas ao salário-família e à reabilitação profissional.

No entanto, a melhor exegese de referido artigo é no sentido de que este apenas proibiu a concessão de novos benefícios, substitutivos do salário-de-contribuição, ao segurado que já obteve a proteção previdenciária pelo deferimento e pagamento de aposentadoria, em observância ao princípio constitucional da seletividade e distributividade na concessão dos benefícios e serviços da seguridade social.

O § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91 não possui a extensão que se pretende lhe dar e não tem o condão de obstar a legítima pretensão do aposentado de ver refletir em seu benefício previdenciário o valor das contribuições recolhidas após a aposentação, de acordo com o imperativo constitucional inserto no § 11 do art. 201, acima transcrito.

Efetuar uma interpretação do princípio da solidariedade que autorize o recolhimento compulsório de contribuições pelo aposentado, sem qualquer repercussão em seu benefício, desconsiderando sua qualidade de segurado do regime e de sujeito da incidência da proteção previdenciária, subverte a lógica de garantia dos direitos sociais e vai em direção oposta ao mandado de otimização de sua eficácia insculpido no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, é a posição do Prof. Marco Aurélio Serau Júnior:

Também pode ser considerada essa situação como uma forma de incidência do princípio da solidariedade social, no seu aspecto que impõe o dever de contribuir, tão somente sobre a pessoa física (segurado já aposentado), parte da relação jurídico-previdenciária que deveria merecer, precipuamente, a proteção social, não os maiores ônus contributivos.<sup>60</sup>

O princípio da solidariedade representa a busca de melhor amparo previdenciário aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, garantindo-lhes, quando de sua inatividade, uma vida com maior dignidade, haja vista que propicia o pagamento de benefícios com valores superiores aos devidos se nosso sistema fosse o de capitalização, justamente porque preconiza a participação de toda a sociedade no custeio de suas prestações.

60 SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33.

Nesse diapasão, o reconhecimento da possibilidade ao aposentado que verte contribuições após a sua jubilação de melhoria do valor de seu benefício, seja pela desaposentação, ou por mera revisão do benefício já concedido, ao contrário de ferir o princípio da solidariedade, representa a concretização de seu objetivo de garantir melhor proteção previdenciária, conjugada com a observância do caráter contributivo, da filiação obrigatória e da natureza jurídica de seguro da Previdência Social para seus beneficiários.

Homenageia, ainda e especialmente, o axioma fundamental e estruturante de nossa ordem jurídica constitucional, consistente no princípio da dignidade da pessoa humana, ao propiciar que o aposentado possua maior capacidade de se autodeterminar e de satisfazer suas necessidades básicas, promovendo a justiça social.

Sobre a importância de se interpretar os princípios constitucionais da previdência social a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais, assim leciona Jediael Galvão Miranda:

Portanto, a dignidade da pessoa humana é valor fundamental que dá suporte à interpretação de normas e princípios da seguridade social, de molde a situar o homem como o fim de seus preceitos, e não como objeto ou instrumento.

Em tema de seguridade social, garantir o mínimo existencial (um dos núcleos do princípio da dignidade humana) para assegurar subsistência digna e vida saudável ao indivíduo atingido por diversas contingências sociais.<sup>61</sup>

Por todo o acima exposto, é forçoso concluir que sob a ótica do princípio da solidariedade social não há qualquer óbice ao reconhecimento do instituto jurídico da desaposentação que, conforme visto, está em consonância com sua finalidade constitucional, harmonizada com os princípios da filiação obrigatória e do caráter contributivo.

No entanto, outros princípios constitucionais são invocados para obstar a sua concessão. Prossigamos, então, com nossa investigação sobre a constitucionalidade da desaposentação.

## **2.2 O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial e sua incidência sobre a desaposentação**

O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, expressamente previsto no *caput* do art. 201 da Constituição Federal, como um dos quatro pilares fundantes da Previdência Social no Brasil, juntamente com o regime geral, o caráter contributivo e a filiação obrigatória, é frequentemente apontado como o principal obstáculo à desaposentação, com consequente concessão de novo

61 MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 24.

benefício mais vantajoso, especialmente quanto se admite tal possibilidade sem a restituição dos valores até então recebidos.

Ele é utilizado como argumento tanto para se negar a concessão da desaposentação, por inconstitucionalidade, pelos adeptos da corrente contrária a esse instituto, como para condicionar a sua concessão à devolução dos valores recebidos pela aposentadoria que se desfaz, por parcela significativa dos partidários da doutrina que considera a desaposentação compatível com nosso ordenamento jurídico.

Há, ainda, aqueles que não vislumbram qualquer mácula ao princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial ao se admitir a desaposentação, sem a restituição dos valores percebidos pela primeira jubilação a que se renuncia.

Referida indefinição se reflete também na jurisprudência, conforme abordado no capítulo I, sendo proferidas decisões em todos os sentidos. De fato, a questão somente será pacificada após o pronunciamento do STF nos Recursos Extraordinários 381.367/RS e 661.256/SC.

Pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial a Previdência Social deverá atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, a fim de manter o sistema em condições financeiras positivas.

Embora se possa considerar que o equilíbrio financeiro e atuarial já existia anteriormente como princípio implícito da previdência social e de toda a seguridade, na forma estabelecida pelo § 5º do artigo 195 da Constituição Federal, segundo o qual “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”, o fato é que historicamente tal previsão nunca foi de fato observada com seriedade, seja pelo regime geral de previdência social, seja pelos regimes de previdência dos servidores públicos.

Somente a partir da reforma proporcionada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998 o equilíbrio financeiro e atuarial passou a ser considerado um princípio essencial e estruturante da previdência social.

Por ter sido introduzido recentemente no ordenamento previdenciário, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial não está completamente caracterizado pela doutrina e pela jurisprudência, necessitando de definição de seus contornos e alcances. Nas palavras de Wladimir Novaes Martinez:

[...] o princípio carece ser equacionado apropriadamente, conceituado e bem definido, resultando circunscrito pela norma legal, a experiência da jurisprudência e o bom senso da doutrina especializada.<sup>62</sup>

O artigo 2º da Portaria MPS nº 403/2008 apresenta a definição dos conceitos de equilíbrio financeiro e equilíbrio atuarial, nos seguintes termos:

62 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2001. p. 91.



- I - Equilíbrio Financeiro: garantia de equivalência entre as receitas auferidas e as obrigações do RGPS em cada exercício financeiro;
- II - Equilíbrio Atuarial: garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas, apuradas atuarialmente, a longo prazo.

Portanto, a partir dessas definições, deve-se entender a expressão “equilíbrio financeiro e atuarial” como a garantia de que os recursos do Regime Geral de Previdência Social serão suficientes para o pagamento de todas suas obrigações, tanto no curto prazo, a cada exercício financeiro, como no longo prazo, que alcança todo o seu período de existência.

A efetivação do equilíbrio financeiro e atuarial passa necessariamente pela utilização da Atuária, ciência que utiliza ferramentas desenvolvidas pela Matemática, Estatística e Economia para criar modelos de previsão do comportamento dos eventos probabilísticos, buscando proteção contra perdas de natureza econômica.

Sua introdução no sistema previdenciário brasileiro demonstra preocupação do constituinte reformador em garantir a higidez financeira do Regime Geral de Previdência Social e, assim, evitar um futuro colapso das contas, a ensejar a sua extinção, como ocorreu em vários países. Nesse sentido, assim escreveu Daniel Machado da Rocha<sup>63</sup>:

Sendo a previdência social um método da gestão da economia coletiva destinada ao enfrentamento dos riscos sociais, a ideia reitora desse princípio é que as prestações previdenciárias contempladas pelo sistema de previdência possam ser efetivamente honradas, no presente e no futuro, em razão do sistema de financiamento e suas fontes estarem dimensionadas de forma a permitir o cumprimento dos compromissos assumidos ao longo do tempo.

O INSS, assim como parte da doutrina e da jurisprudência, entendem que a desaposentação, sem a devolução dos valores percebidos pela aposentadoria que se desfaz, afronta o princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial, a medida que fere a harmonia entre o custeio e as coberturas do seguro social, ao permitir que as mesmas contribuições financiem duas aposentadorias (a primeira que se desconstitui e a nova jubilação).

Argumentam, também, a impossibilidade de simples revisão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição já concedida para inclusão das contribuições recolhidas após a jubilação, sendo necessária a desconstituição do ato, desde que desfeitas todas as consequências jurídicas que ele havia trazido (efeitos *ex tunc*), inclusive com a devolução das parcelas recebidas a esse título, ainda que tenham natureza alimentar, sob pena de se admitir enriquecimento

63 ROCHA, op. cit., p. 157.

ilícito e prejuízo para o universo previdenciário, em que vigora o princípio da solidariedade social.<sup>64</sup>

Por outro lado, sob o prisma do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, os doutrinadores que entendem ser a desaposentação com ele compatível, não vislumbrando qualquer afronta à determinação constitucional, assim argumentam:

No plano atual, e a partir das regras jurídicas vigentes, a desaposentação é plenamente justificável do ponto de vista atuarial, pois, se o segurado já goza de benefício, jubilado dentro das normas vigentes, estas também atuarialmente definidas, presume-se que o sistema previdenciário somente fará, em relação a este beneficiário, desembolsos, não mais recebendo qualquer cotização, esta já ocorrida em períodos pretéritos. Todavia, caso o beneficiário continue a trabalhar e contribuir, esta nova cotização gerará excedente atuarialmente imprevisto, que certamente poderia ser utilizado para a obtenção de novo benefício, abrindo-se mão do anterior de modo a utilizar-se do tempo de contribuição passado.<sup>65</sup>

Aduzem, ainda, para sustentar seu entendimento, que durante a vigência da primeira aposentadoria, os proventos eram legitimamente devidos, pelo que não há fundamento legal para a sua devolução. Nesse sentido:

O correto seria que houvesse uma legislação que permitisse aos segurados melhorar sua aposentadoria com as contribuições posteriores à jubilação, mas como não há, o único mecanismo capaz de corrigir esta distorção é a desaposentação. A devolução, portanto, dos valores recebidos pelo segurado enquanto aposentado, não deve ocorrer, pois o benefício foi concedido legitimamente. A concessão ocorreu por um ato do ente administrativo, válido, sem vícios que permitisse anulá-lo. O ônus gerado ao sistema pós-aposentadoria deve garantir ao segurado um recálculo do seu benefício.<sup>66</sup>

Analisando os argumentos que condicionam a desaposentação à devolução dos proventos recebidos pela primeira aposentadoria e os que dispensam tal exigência, a luz do princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial, entendemos que a primeira interpretação com ele melhor se coaduna, senão vejamos.

Em primeiro lugar, a questão do equilíbrio financeiro e atuarial não é maculada pela utilização das contribuições vertidas após a primeira aposentação. Isso porque há o efetivo recolhimento de novas contribuições que devem,

64 DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. In: ROCHA, Daniel Machado (Org.). *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 81-89.

65 SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 35.

66 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Desaposentação: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Disponível em: <[http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34](http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34)> Acesso em: 21 nov. 2013.

necessariamente, repercutir de alguma forma no benefício do aposentado, por imperativo constitucional inserto no art. 201, §11, da Constituição Federal.

Toda a questão centra-se, efetivamente, na utilização, para cálculo da nova aposentadoria, das contribuições anteriores à primeira jubilação e já utilizadas no cálculo da aposentadoria a que se renuncia, bem como na adequada compreensão e aplicação do instituto da desaposentação.

Em primeiro lugar, a desaposentação, da forma como vem sendo pleiteada nos tribunais pátrios, não se trata de uma verdadeira renúncia à aposentadoria, já que o segurado pretende continuar aposentado.

Trata-se, na realidade, de uma desconstituição do ato administrativo de aposentação para concessão, logo em seguida, de nova aposentadoria, com uma renda melhor do que a percebida até então, haja vista a inclusão das contribuições vertidas após a jubilação inicial e o recálculo do fator previdenciário, considerando o avançar da idade e a alteração do tempo de contribuição.

Como mencionado acima, o equilíbrio financeiro consiste na equivalência entre as receitas e as despesas em cada exercício financeiro. Ele é atendido pelas fontes de receita estabelecidas para cobrir os gastos, ganhando força ao se instituir um orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, III, da CRFB), apartado do orçamento fiscal da União, cujos recursos ficam alocados para atender, especificamente, às respectivas necessidades de pagamento de benefícios no RGPS (art. 167, VIII, da CRFB).

Já a harmonia atuarial é, sinteticamente, a correlação entre o tempo de contribuição para o sistema e o lapso em que o segurado estará aposentado, recebendo seus proventos. Tal relação é feita por meio da fórmula do fator previdenciário. Nessa esteira caminhou o voto condutor do Min. SYDNEY SANCHES, na ADI 2.111 (DJ 05/12/2003):

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º [NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, “CAPUT”, INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR. [...] 3. *Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no “caput” do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o*

*previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (sem grifos e negritos no original)*

Assim, intrinsecamente relacionado ao equilíbrio financeiro e atuarial do regime geral, após a Emenda Constitucional 20/98, o fator previdenciário, cuja constitucionalidade já foi declarada por pelo STF nas Medidas Cautelares em ADIn 2.110 e 2.111, leva em conta a idade, o tempo de contribuição na data da aposentadoria e a expectativa de sobrevida do segurado. Tal critério tem, como nítido propósito, estimular as pessoas a se aposentarem mais tarde, sendo que quanto maiores o tempo de contribuição e idade, maior será o valor do benefício auferido.

A fórmula do fator previdenciário é composta por duas partes: o fator atuarial e o bônus de permanência em atividade, que, em suma, premia quem contribui à previdência social por mais tempo.

A multiplicação entre o tempo de contribuição e a alíquota corresponde à apuração da parcela de anos da vida laborativa que o segurado destinou para os fundos da previdência social representa, segundo a exposição de motivos do projeto de lei nº 1.527/1999, o esforço contributivo realizado pelo segurado. O resultado dividido pela expectativa de vida do cidadão, através das tabelas fornecidas pela Fundação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, tem como finalidade estabelecer uma relação entre o número de anos trabalhados e o tempo em que perceberá a aposentadoria.

A partir da fórmula do fator previdenciário chega-se a uma conclusão inarredável: o cálculo dos valores a serem recebidos da aposentadoria parte da premissa de o segurado não ter se aposentado antes, ou seja, é um ato voltado para o passado, no que toca às contribuições vertidas, e para o futuro, quanto ao que será desembolsado pelos cofres públicos no pagamento do benefício concedido.

Em matéria previdenciária considera-se o tempo de contribuição e não apenas o tempo, o que significa dizer que o tempo a ser considerado como requisito para a concessão de benefícios não é uma mera soma de dias, meses e anos, mas de períodos de efetivo recolhimento de contribuições pelo segurado ao sistema.

Assim, se a desaposentação importa em restituir ao segurado todo o tempo de contribuição utilizado para a concessão do benefício ao qual está renunciando, ou seja, retornar ao *status quo ante* no que se refere ao “banco do tempo de contribuição”, imprescindível que essa restituição seja integral, isto é, que não se devolvam ao segurado apenas os dias, meses e anos, mas também as contribuições, de modo que efetivamente tenha direito de usufruir o tempo de contribuição para a obtenção de outra prestação.

Vejamos interessante asserto extraído de parecer do então Consultor da União Wilson Teles de Macedo que aduz:

A maioria dos doutrinadores entende que a renúncia implica extinção dos efeitos dos atos administrativos, o que equivale a afirmar que, se fosse cabível a renúncia ao direito de aposentadoria, subsistiria o correspondente ato, tido e havido como perfeito e acabado e adstrito à contagem do tempo de serviço, que ensejou a inativação. Desvincular este tempo da sua consequência (a aposentadoria) e conferir o direito de novo cômputo, para o mesmo efeito noutro regime jurídico, só é factível com a edição de lei.<sup>67</sup>

Ocorre que, para se devolver ao segurado o tempo de contribuição, imprescindível que ocorra o ressarcimento dos valores por ele recebidos durante o período em que esteve aposentado, de modo que as contribuições consideradas para o cálculo do referido benefício possam ser novamente utilizadas, sob pena de, caso contrário, utilizarmos o mesmo tempo de contribuição para a concessão de duas aposentadorias, o que é expressamente vedado por nosso ordenamento jurídico, seja em âmbito constitucional pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, seja no plano legal pelos arts. 18, § 2º (referente ao RGPS) e 96, inciso III (contagem recíproca), ambos da Lei nº 8.213/91.

Dessa forma, somos partidários das colocações de Marina Vasques Duarte que, enfrentando o tema, concluiu:

Uma vez permitida a desaposentação em virtude da alteração da manifestação de vontade do segurado que deu ensejo à aposentadoria, deve ser reconstituída a situação anterior, devolvendo-se todas as quantias percebidas como consequência do ato que se quer desconstituir.<sup>68</sup>

No mesmo sentido, Hermes Arrais Alencar aduz:

Ressaltamos, contudo, que concedido o cancelamento da jubilação na via judicial, deve o ex-aposentado, sob pena de desequilíbrio atuarial, restituir aos cofres da Previdência todos os valores, devidamente corrigidos, auferidos a título de aposentadoria.

Ademais, ao não se exigir a devolução dos proventos da aposentadoria que se desconstitui restaria comprometida a preservação da causalidade custeio/benefício, importando afronta aos arts. 195, § 5º, e 201, caput, da Constituição Federal, pois se romperiam os parâmetros mínimos de correspondência entre o que se paga e o que se recebe.

67 Parecer GQ 130, Consultor da União Wilson Teles de Macedo, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, p. 309-330.

68 DUARTE, Marina Vasques. Desapensação e revisão do benefício no RGPS. In: *Temas atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 93.

Em virtude da relevância dos argumentos acima é que, de um modo geral, a jurisprudência e a doutrina condicionam a desaposentação à devolução integral dos valores recebidos em razão do primeiro benefício, cuja renúncia se pretende, já que de outra forma ficaria evidenciada a quebra das regras fundamentais concernentes ao equilíbrio financeiro-atuarial. Nesse sentido, convém transcrever parte esclarecedora do voto do Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.488 – SC:

É princípio básico de manutenção do RGPS o equilíbrio atuarial entre o que é arrecadado e o contexto legal das prestações previdenciárias. Não é diferente para o benefício de aposentadoria, pois, sob a visão do segurado, ele contribui por um determinado tempo para custear um salário de benefício proporcional ao valor da base de cálculo do período contributivo. Evidentemente que o RGPS é solidário e é provido por diversas fontes de custeio, mas a análise apartada da parte que cabe ao segurado pode caracterizar, por si só, desequilíbrio atuarial. Basta que ele deixe de contribuir conforme a legislação de custeio ou lhe seja concedido benefício que a base contributiva não preveja. Enfim, um período determinado de contribuições do segurado representa parte do custeio de uma aposentadoria a contar do momento de sua concessão. Se este mesmo benefício é desconstituído para conceder um novo, obviamente mais vantajoso, o período contributivo deste último (em parte anterior e em parte posterior à aposentadoria renunciada) serve para custear o valor maior a partir da nova data de concessão. Pois bem, se na mesma situação acima o segurado for desobrigado de devolver os valores recebidos do benefício renunciado, ocorrerá nítido desequilíbrio atuarial, pois o seu “fundo de contribuições” acaba sendo usado para custear duas aposentadorias distintas. Essa construção baseada no equilíbrio atuarial decorre de interpretação sistemática do regime previdenciário, notadamente quando é disciplinada a utilização de tempo de contribuição entre regimes distintos. Transcrevo dispositivo da Lei de Benefícios:

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes: [...] III - não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro;

Assim, se o pedido da presente ação fosse para se desaposentar no RGPS para utilizar o tempo de contribuição em regime próprio, a não devolução dos valores recebidos do benefício renunciado caracterizaria a vedação do art. 96, III, da Lei 8.213/1991, pois o citado tempo foi utilizado para conceder/pagar aposentadoria do regime de origem. Mutatis mutandis, não poderá ser utilizado tempo de contribuição já considerado para conceder um benefício (aposentadoria renunciada) para a concessão de nova e posterior prestação (aposentadoria mais vantajosa) no mesmo regime de previdência. Nessa situação incidem as vedações dos arts. 11, § 3º, e 18, §2º, da LB. Isso porque, como já ressaltado, se a aposentadoria não deixa de existir completamente, as contribuições previdenciárias

*posteriores são destinadas ao custeio da Seguridade Social, somente sendo cabíveis as prestações salário-família e reabilitação profissional. Ressalto que, embora não haja cumulação temporal no pagamento das aposentadorias, há cumulação na utilização de tempos de contribuição, concernente à fração da mesma base de custeio. É que as contribuições anteriores à aposentadoria renunciada seriam utilizadas para pagar esta e o novo jubramento. Dentro desse contexto interpretativo, a não devolução de valores do benefício renunciado acarreta utilização de parte do mesmo período contributivo para pagamento de dois benefícios da mesma espécie, o que resulta em violação do princípio da precedência da fonte de custeio, segundo o qual “nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido, sem a devida fonte de custeio” (art. 195, § 5º, da CF e art. 125 da Lei 8.213/1991). Sobre o mencionado princípio, cito julgado do Supremo Tribunal Federal: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - MAJORAÇÃO PERCENTUAL - CAUSA SUFICIENTE - DESAPARECIMENTO - CONSEQUENCIA - SERVIDORES PUBLICOS FEDERAIS. O disposto no artigo 195, PAR. 5., da Constituição Federal, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”, homenageia o equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços. [...] (ADI 790, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ 23-04-1993 PP-06918 EMENT VOL-01700-01 PP-00077 RTJ VOL-00147-03 PP-00921.)*

*Os cálculos atuariais que embasam o regime de custeio tomam como base uma previsão determinada de contribuições para pagar aposentadoria em período estimado pela expectativa de vida média dos segurados. A parte que incumbe ao segurado é recolher os aportes por determinado tempo para cobrir o pagamento da aposentação a contar da concessão. Como já exhaustivamente demonstrado, a não devolução dos valores da aposentadoria a que se pretende renunciar, com o intuito de utilização do período contributivo para novo jubramento, quebra a lógica atuarial do sistema. Isso porque a primeira aposentadoria é concedida em valor menor do que se fosse requerida posteriormente, mas é paga por mais tempo (expectativa de vida). Já se o segurado optar por se aposentar mais tarde, o “fundo de contribuições” maior financiará uma aposentadoria de valor maior, mas por período menor de tempo. A renúncia à aposentadoria sem devolução de valores mescla essas duas possibilidades, impondo aos segurados uma aposentadoria o mais prematura possível, para que mensal ou anualmente (fator previdenciário e coeficiente de cálculo) seja majorada. Tais argumentos já seriam suficientes, por si sós, para estabelecer a devolução dos valores da aposentadoria como condição para a renúncia desta, mas adentro ainda em projeções de aplicação do entendimento contrário que culminariam, data vênua, em total insegurança jurídica, pois desestabilizariam e desvirtuariam o sistema previdenciário. Isso porque todos os segurados passariam a se aposentar com os requisitos mínimos e, a cada mês de trabalho e nova contribuição previdenciária, poderiam pedir nova revisão, de forma que a aposentadoria fosse recalculada para considerar a nova contribuição. Exemplificando: o segurado se aposenta*

em abril/2012 e continua trabalhando e contribuindo. Em maio/2012 pediria a desaposentação de abril/2012 e nova aposentadoria para incluir o salário de contribuição de abril. Em junho/2012 pediria a desaposentação de maio/2012 e nova aposentadoria para incluir o salário de contribuição de maio e assim sucessivamente. A não devolução dos valores do benefício culminaria, pois, na generalização da aposentadoria proporcional. Nenhum segurado deixaria de requerer o benefício quando preenchidos os requisitos mínimos. *A projeção do cenário jurídico é necessária, portanto, para ressaltar que autorizar o segurado a renunciar à aposentadoria e desobrigá-lo de devolver o benefício recebido resultaria em transversa revisão mensal de cálculo da aposentadoria já concedida. Considerando ainda que essa construção jurídica, desaposentação sem devolução de valores, consiste obliquamente em verdadeira revisão de cálculo da aposentadoria para considerar os salários de contribuição posteriores à concessão, novamente está caracterizada violação do art. 11, § 3º, e 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, pois este expressamente prevê que as contribuições previdenciárias de aposentado que permanece trabalhando são destinadas ao custeio da Seguridade Social e somente geram direito às prestações salário-família e reabilitação profissional. Indispensável, portanto, o retorno ao status quo ante para que a aposentadoria efetivamente deixe de existir e não incidam as vedações legais citadas. Assim, é bom frisar que a devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado pretende renunciar é condição para que as contribuições possam ser utilizadas para novo benefício da mesma espécie, inclusive de outro regime. Nada impede, por outro lado, que o segurado renuncie com efeito ex nunc, o que o desoneraria da devolução dos valores, mas não ensejaria o direito de utilizar as contribuições já computadas.* (sem grifos e negritos no original)

De fato, não há outra forma de preservar o equilíbrio financeiro-atuarial senão mediante a devolução integral das parcelas de benefício referentes à aposentadoria renunciada. Com efeito, nosso sistema previdenciário baseia-se na causalidade custeio/benefício, sendo certo que a previsibilidade e a sustentabilidade orçamentária do binômio receita/despesa têm por regra fundamental o fato de que a utilização das contribuições e do tempo de serviço para fins de aposentadoria ocorrerá, como já ressaltado, uma única vez.

Desse modo, havendo percepção de proventos por um período e posterior concessão de um novo benefício a partir de novas contribuições, com a utilização do mesmo tempo de serviço anterior, os pagamentos já efetuados reputar-se-ão indevidos, pois isso implica uma reclassificação atuarial do requerente perante a universalidade dos segurados. Esse novo status, assim como a correspondente prestação previdenciária, pressupõe, com base na relação de causalidade custeio/benefício, que não houve qualquer espécie de contraprestação anterior por parte da Previdência Social, tendo em vista a aposentação ser ato único.

Para ser plenamente compatível com nosso ordenamento constitucional e legal vigente, a desaposentação deve ser compreendida como desconstituição do ato de concessão da primeira jubilação, para concessão de nova aposentadoria, com aproveitamento do tempo de contribuição anterior e posterior à



aposentadoria que se desfez, e aplicação de novo fator previdenciário que considera a idade, expectativa de sobrevida e tempo total de contribuição na data do cálculo da nova aposentadoria<sup>69</sup>.

É imprescindível, nessa hipótese, que ambas as partes sejam reconduzidas ao *status quo ante*, recompondo-se ao Regime Geral de Previdência Social os valores despendidos com a aposentadoria cancelada, a fim de que o segurado possa utilizar o tempo de contribuição anterior a sua primeira aposentadoria, para concessão de novo benefício mais vantajoso, com o que estariam observados os princípios constitucionais do equilíbrio financeiro e atuarial, da solidariedade social e da prévia fonte de custeio dos benefícios da seguridade social, bem como não incidiriam as vedações legais insertas nos arts. 18, § 2º e 96, III, da Lei nº 8.213/91 e art. 11, § 4º, da Lei nº 8.212/91.

Há ainda, como argumento para se dispensar a devolução dos valores da aposentadoria que se desconstitui, o fato de seus proventos terem natureza de verba alimentar, sendo, portanto, irrepetíveis. Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim:

Em razão de tais premissas, além do evidente caráter alimentar do benefício previdenciário, não se deve falar em restituição de valores recebidos no caso de desaposentação, sendo tal desconto somente admissível em regimes de capitalização individual pura, o que inexistente no sistema previdenciário público brasileiro, seja no RGPS ou em regimes próprios de previdência. [...] Em verdade, a restituição dos valores recebidos pelo segurado é usualmente apresentada como mais um subterfúgio dos que recusam a admitir a desaposentação, sendo mera tentativa de dissipar as pretensões dos segurados interessados no instituto ora desenvolvido.<sup>70</sup>

Não podemos concordar, no entanto, com referida posição. Deveras, não que há que se falar na não devolução dos valores recebidos como colocado, pois o princípio da irrepetibilidade dos alimentos foi concebido para proteger a pessoa. Se parte dela, pessoa, a vontade de desconstituir um direito em busca de outro que lhe é mais vantajoso, a justificativa da não devolução das parcelas dantes recebidas não merece vingar.

Por outro lado, com relação àqueles que afirmam que em função da regularidade na concessão do benefício, justifica-se a tese da não devolução dos valores já recebidos, conforme lecionam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari<sup>71</sup>, temos que olvidam que na desaposentação o que se objetiva é a desconstituição do ato administrativo de aposentação, por vontade

69 O Projeto de Lei nº 3.299/2008 busca revogar o fator previdenciário, sendo apoiado pela classe trabalhadora em geral e por diversas Centrais Sindicais. Contudo, além disso, o PL pretende introduzir a idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição, o que, aliás, deveria ter sido feito já com a reforma do RGPS promovida em 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 20, ao invés da criação do tão criticado fator que, sem dúvida, foi o grande impulsionador da desaposentação.

70 IBRAHIM, op. cit., p. 69-70.

71 CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 672.

de seu titular, sendo totalmente imprópria e deslocada a discussão sob a ótica da regularidade da primeira concessão.

É evidente que o primeiro benefício foi regularmente concedido. Contudo, se o que se pretende é a sua desconstituição, não pode esta ser apenas parcial, com relação exclusiva à posição jurídica do beneficiário em relação ao Regime Geral, afigurando-se imperioso que ambas as partes sejam reconduzidas ao estado anterior, conforme exaustivamente abordado nesse trabalho.

Nada impede e, aliás, recomenda-se, em nome dos princípios constitucionais da solidariedade social e do caráter contributivo da Previdência Social, bem como da determinação contida no § 11 do art. 201 da Constituição Federal, que o legislador ordinário preveja uma alternativa à desaposentação, implementando uma espécie de revisão da renda mensal da aposentadoria, nos casos em que houve contribuição após a jubilação.

Referida revisão, por não implicar o desfazimento do ato de concessão da aposentadoria, não exigiria a devolução ao Regime Geral dos valores já recebidos, operando-se apenas um recálculo da renda mensal do benefício com a inclusão do novo tempo de contribuição, após a jubilação, deixando-se inalterados os componentes idade e expectativa de sobrevida do fator previdenciário, que continuariam a estabelecer a necessária correlação entre o tempo de contribuição e o tempo de percebimento da aposentadoria pelo beneficiário, ou seja, preservar-se-ia a harmonia atuarial do sistema.

No entanto, para aplicação da revisão que acima se propõe, é necessário que haja a publicação de lei que permita a sua aplicação, considerando a impossibilidade, pelo ordenamento atual, de se revisar o ato de concessão para inclusão de contribuições posteriores.

Tramitam na Câmara dos Deputados alguns projetos de leis cujo intuito é a inclusão da desaposentação no sistema previdenciário brasileiro, assim como da opção pelo recálculo do benefício para inclusão de contribuições posteriores à jubilação.

Passemos a analisar o conteúdo desses projetos e sua compatibilidade com a sistemática constitucional da Previdência Social.

### **2.3 Exigências constitucionais para a legalização da desaposentação e os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional**

O princípio da legalidade, conforme abordado no capítulo I, é comumente mencionado como fundamento tanto para embasar a negativa de concessão, como para se permitir a desaposentação.

É certo que, a partir da adoção pela Constituição Federal de 1988 de um Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade ganhou nova amplitude ao submeter o Estado ao Direito e não exclusivamente à lei em sentido puramente formal, significando a observância, pela Administração Pública, dos valores e princípios que estão na base do

ordenamento jurídico e agasalhados implícita ou explicitamente na Constituição.

Sobre a noção do princípio da legalidade à luz do Estado Democrático de Direito, assim se pronunciou a Profa. Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

Na Constituição brasileira de 1988 não se encontra norma semelhante, porém não há dúvida que ela consagra a mesma ideia, pela referência a valores e princípios, seja no preâmbulo, seja em inúmeros dispositivos esparsos. Isto teve grande reflexo sobre a própria compreensão do princípio da legalidade, pois ele passou a abranger não apenas o direito positivo, como também todos os valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico. Hoje, quando se fala que o Estado, pelos seus três Poderes, está sujeito ao princípio da legalidade, é nesse sentido mais amplo que há de ser entendido.<sup>72</sup>

Nesse diapasão, o princípio da legalidade não representa óbice à concessão da desaposentação, a uma porque nosso Direito não é com ela incompatível, como exaustivamente exposto no corpo deste trabalho, não podendo a Administração Pública impor restrições a direitos não previstas em lei, a duas porque ao administrado tudo é possível, desde que não vedado pela lei.

Assim, a vedação no sentido da impossibilidade da desaposentação é que deveria constar de lei, posto que sua autorização é presumida, desde que não sejam violados outros preceitos constitucionais e legais. Nesse sentido, posiciona-se Hamilton Antônio Coelho:

Não bastasse, invocar o princípio da legalidade para deixar de reconhecer um direito público individual (à desaposentação) é relegar a um segundo plano os interesses do administrado; é elevar o referido princípio a um patamar que não ostenta o de sobrepor os direitos e garantias fundamentais outorgados pelo soberano Poder Constituinte de 1998 ao cidadão brasileiro, como, *exempli gratia*, o de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, inscrito no inciso II do art. 5º da Lei Maior da Federação Brasileira.

Nesse passo, inexistindo em nosso ordenamento jurídico vigente lei que proíba o desfazimento de aposentadoria regularmente deferida, impossível cogitar de indeferimento por conveniência e oportunidade da administração ou mesmo em razão de ausência de autorização legal, pois a renúncia de um direito que integrou o patrimônio de seu titular não clama por ilógicos e injurídicos pressupostos.<sup>73</sup>

Não obstante, é fato que a Autarquia Previdenciária nega os pedidos administrativos de desaposentação com fundamento em uma interpretação

72 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 500 anos de Direito Administrativo, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5 – jan./fev./mar. 2006, Salvador, p. 20. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-5-janeiro-2006-maria%20sylvia%20zanella.pdf>>.

73 COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: “Um Novo Instituto?” *Revista da Previdência Social*, São Paulo, LTr, v. 228, nov. 1999.

mais estreita do princípio da legalidade, ao entender que, não havendo previsão expressa na lei, é inadmissível o seu reconhecimento e seu deferimento pelo INSS.

Há, ainda, a previsão contida no art. 181-B do Decreto nº 3.048/99 que, a par de ser ilegal, por estabelecer restrição a direito não autorizada por lei, quando prevê que as aposentadorias por tempo de contribuição, idade e especial são irreversíveis e irrenunciáveis, não deixará de ser observada pelos agentes administrativos responsáveis pela análise dos benefícios previdenciários, se não houver sua revogação ou alteração por um mesmo ou outro instrumento normativo.

Ademais, ainda paira sobre a desaposentação, o problema da violação ao princípio da segurança jurídica, à medida que o segurado aposentado em atividade poderia, a cada ano, ou mesmo, a cada mês, apresentar pedido de desaposentação com conseqüente prestação majorada, devido ao novo tempo contributivo, acarretando uma indefinida e indesejada instabilidade na relação jurídica previdenciária.

Todo esse panorama não só justifica, mas fundamenta a necessidade de que a desaposentação seja regulada em lei, com o estabelecimento das exigências mínimas para a admissão da renúncia ou do recálculo da aposentadoria, de acordo com as normas constitucionais, bem como para que ela seja deferida administrativamente pelo INSS, desafogando o Poder Judiciário do tema em direito previdenciário que mais gera, atualmente, o ajuizamento de novas demandas, ocasionando a tão desejada pacificação social.

Tramitam na Câmara dos Deputados alguns projetos de leis cujo intuito é a inclusão da desaposentação no sistema previdenciário brasileiro. Trata-se dos Projetos de Lei nº 2.567/2011, de autoria do Senador Rodrigo Rollemberg, nº 5.693/2009, do Deputado Arnaldo Faria de Sá, nº 6.552/2009, do Senador Rodrigo Rollemberg, nº 7.369/2010, do Deputado Eduardo Barbosa, nº 1.168/2011, do Deputado Dr. Ubiali, 6.951/2010, do Deputado Cleber Verde e 5.668/2009, de autoria do Deputado Celso Maldaner.

Dentre eles, destacam-se o Projeto de Lei nº 1.168/2011, que se propõe a estabelecer os critérios para a desaposentação (renúncia à aposentadoria pelo seu titular) e dispensação (renúncia à pensão pelos dependentes do segurado falecido). Esse PL foi apensado ao PL nº 5.668/2009, que objetiva alterar a Lei nº 8.213/91, para permitir o recálculo da renda mensal do benefício do segurado que permanece ou que retorna à atividade.

Referidos projetos encontram-se na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, havendo parecer favorável do Relator, Deputado André Zacharow, apresentado em 05.09.2013, pela aprovação.

Vejamos o inteiro teor dos Projetos de Lei nº 1.168/2011 e 5.668/2009:

*PL 1.168/2011*

Artigo 1º. A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social do RGPS, passa a vigorar com alteração na redação do art. 18, § 2º, acrescentando o art. 37-A, acrescenta o parágrafo único ao art. 54 e modifica o inciso III do artigo 96, acrescentando o parágrafo único conforme a seguinte redação:

Art. 18. [...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, fará jus ao salário família, ao auxílio-doença, ao auxílio-acidente, ao serviço social e à reabilitação profissional, quando empregado, bem como terá direito ao recálculo de seu benefício com base no tempo e no valor das contribuições realizadas em função do exercício dessa atividade.

Art. 37-A. O recálculo da renda mensal do benefício do aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS se dará por requerimento do interessado ou de seu dependente, desde que beneficiário da pensão por morte, na própria Agência da Previdência Social e contemplará todo o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição correspondentes a atividade exercida pelo Segurado.

Parágrafo único. Ao aposentado será assegurado o direito de opção pelo valor da renda mensal que for mais vantajoso.

Art. 54. [...]

Parágrafo único. As aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade, concedidas pela Previdência Social do RGPS (Regime Geral de Previdência Social) na forma da lei, poderão ser renunciadas a qualquer tempo pelo próprio Segurado ou por seu dependente beneficiário da pensão por morte, assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício.

Art. 96. [...]

III - Não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício, prevista no parágrafo único do artigo 54 desta lei; [...]

Parágrafo único. Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral da Previdência Social, será contado o tempo correspondente a sua percepção, para fins de obtenção de novo benefício previdenciário em qualquer regime, sem devolução de verba de natureza alimentar.

*PL 5.668/2009*

Art. 1º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com alterações em seu art. 18, § 2º, e com acréscimo de § 5º ao art. 55 e de art. 37-A, conforme a seguinte redação:

Art. 18. [...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a outro benefício da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, sendo-lhe, porém, garantido o direito à percepção do salário-família, à reabilitação profissional, quando empregado, bem como ao recálculo de sua aposentadoria tomando-se por base os seus salários de contribuição correspondentes a esse período de atividade.

Art. 55. [...]

§ 5º Será computado como tempo de contribuição aquele correspondente ao exercício de atividade desenvolvida pelo aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Art. 37-A. Deverá ser recalculada, mediante requerimento do segurado, a renda mensal da aposentadoria por ele recebida do Regime Geral de Previdência Social - RGPS caso permaneça em atividade sujeita a esse Regime ou a ele retorne, devendo-se, para tanto, considerar os salários de contribuições correspondentes a esse período de atividade.

Dos Projetos de Lei em tramitação, verifica-se que se propõem a garantir o direito de renúncia às aposentadorias por tempo de contribuição, idade e especial, concedidas pelo RGPS, assegurando a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a sua concessão para a obtenção de novo benefício previdenciário em qualquer regime, sem necessidade de devolução dos valores recebidos a título de aposentadoria.

Além da renúncia, objetiva-se também conferir ao aposentado pelo RGPS que permanecer em atividade sujeita ao regime geral ou a ele retornar, o direito ao recálculo de sua aposentadoria com base no tempo e no valor das contribuições realizadas em função do exercício dessa atividade.

Tanto a renúncia quanto o recálculo poderiam ser feitos a requerimento do interessado, a qualquer tempo, por quantas vezes quisesse, sem quaisquer exigências de intervalos mínimos entre os pedidos, contemplando, sempre, todo o tempo de contribuição do segurado, anterior e posterior à data de início do benefício ou das revisões processadas.

Tais propostas, salvo melhor juízo, confrontam parcialmente as exigências constitucionais de organização da previdência social no Brasil, em especial, os princípios da precedência da fonte de custeio e do equilíbrio financeiro e atuarial, além de propiciar brechas para eventuais burlas à legislação, como por exemplo, a aplicação de novas leis mais benéficas, ferindo o princípio do *tempus regit actum*, que norteia a relação jurídica previdenciária.

A fim de sanar referidas violações à sistemática constitucional do RGPS, é imperiosa a adequação dos projetos de lei supramencionados, estabelecendo-se a fixação de algumas exigências mínimas para a admissão

da desconstituição do ato da aposentação, diferenciando-o, em seus efeitos jurídicos, da renúncia propriamente dita, além de estabelecer os critérios para o recálculo dos proventos da aposentadoria, quando o aposentado optar pela mera revisão dos seus proventos, para inclusão de novo tempo de contribuição vertido após a jubilação, com a fixação de um número mínimo de contribuições necessário para se proceder à revisão.

Em primeiro lugar, permitir a desaposentação sem a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria a que se renuncia, como previsto no PL nº 1.168/2011, ao acrescentar os parágrafos únicos aos artigos 54 e 96 da Lei nº 8.213/91, fere, conforme amplamente abordado no tópico anterior, os princípios constitucionais do equilíbrio financeiro e atuarial e da prévia fonte de custeio, haja vista que um mesmo grupo de contribuições será utilizado para custeio de aposentadorias diferentes.

Além disso, da forma como permitida a desaposentação no projeto de lei em questão, sem qualquer requisito ou limitação para o seu exercício, aliada a desnecessidade de devolução dos proventos da aposentadoria a que se renuncia, estar-se-ia criando uma permissão na legislação previdenciária, que implicaria em qualquer tipo de renúncia, nas mais diversas situações, em que o aposentado não visa agregar novo tempo de contribuição, mas, por exemplo, postular nova aposentadoria dentro de novas regras legais mais vantajosas ou recalculer o fator previdenciário, em virtude de maior idade.

Sobre referida problemática, manifestou-se com preocupação Fabio Zambitte Ibrahim, em seu livro sobre a desaposentação:

Esse ponto me parece o principal dentro do atual debate sobre a desaposentação. Tenho visto, com preocupação, situações das mais diversas em que o segurado, ao postular a desaposentação com conseqüente novo benefício, não visa, tão somente, agregar novo tempo de contributivo a sua prestação, mas, em verdade, postular prestação previdenciária dentre novas regras legais existentes, desde que mais vantajosas.

Da mesma forma, há sempre a hipótese do segurado, aposentado por tempo de contribuição, que postula a desaposentação, mesmo com tempo de contribuição posterior pífio, mas visando, unicamente, à melhoria de sua renda mensal devido, por exemplo, ao incremento do fator previdenciário, haja vista a majoração de sua idade e respectiva redução da expectativa de sobrevida.

*Tais situações são, em minha opinião, patologias desenvolvidas a reboque do instituto da desaposentação. [...] Por isso, a pretensão de desaposentar-se visando, unicamente, obter vantagens em razão de um novo regime jurídico ou, ainda, devido a uma nova configuração fática, não relacionada com tempo de contribuição, como maior idade, me parece indevida.*<sup>74</sup> (sem grifos e negritos no original)

74 IBRAHIM, op. cit., p. 109.

O benefício previdenciário do segurado é regido pela lei vigente à época do jubramento, não podendo o beneficiário, sob pretexto de desaposentar-se, criar instrumento de burla à lei. A prestação previdenciária, como já apontou o STF em diversas oportunidades<sup>75</sup>, deve submeter-se ao princípio *tempus regit actum*.

Condicionar a desconstituição da aposentadoria à devolução dos valores percebidos, para liberação e utilização do tempo de contribuição considerado para sua concessão em outra aposentadoria, além de ser imperativo constitucional ínsito aos princípios do equilíbrio financeiro e atuarial e da prévia fonte de custeio, obstará pretensões que buscam exclusivamente lesar o Regime Geral de Previdência Social.

Por outro lado, o aposentado que verteu contribuições após a jubilação e que pretende majorar seu benefício pelo novo aporte de recursos efetivamente recolhido ao RGPS, estará amparado pela opção de revisão de sua aposentadoria, por meio de recálculo da renda mensal para inclusão das novas contribuições, previsto nos Projetos de Lei nº 1.168/2011 e 5.668/2009, por meio da nova redação atribuída ao § 2º do art. 18 e pela inclusão do art. 37-A, ambos da Lei nº 8.213/91.

O recálculo diferencia-se da desaposentação, uma vez que não será concedida nova aposentadoria, mas apenas revisão da renda mensal do benefício em manutenção para inclusão de novas contribuições recolhidas após a sua concessão.

No entanto, seria necessário que os projetos de lei previssem um tempo mínimo de contribuição após a aposentadoria ou o recálculo anterior para o beneficiário poder requerer a primeira ou as sucessivas revisões do benefício, além de consignar que somente o tempo de contribuição do segurado posterior à data de início do benefício ou das revisões anteriormente processadas é que poderá ser computado para efetuar o recálculo da renda mensal do benefício, o que evitaria pedidos frequentes de recálculo.

Cirlene Luiza Zimmermann, em artigo sobre o tema, sugere as seguintes modificações na redação dos Projetos de Lei 1.168/2011 e 5.668/2009, em consonância com os apontamentos acima, nos seguintes termos:

Art. 37-A. O recálculo da renda mensal do benefício do aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS se dará por requerimento do interessado ou de seu dependente, desde que beneficiário da pensão por morte, na própria Agência da Previdência Social e *contemplará apenas o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição correspondentes à atividade exercida pelo segurado após a aposentação.*

*§ 1º O recálculo previsto no caput poderá ser requerido uma única vez, desde que o tempo de contribuição posterior à aposentadoria seja de, no mínimo, cinco anos.*

75 RE 597.389, Ministro Gilmar Mendes. *O tema foi objeto de repercussão geral.* Ver [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralMeritoJulgado/anexo/01\\_RG\\_ReafirmacaoJurisprudencia.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralMeritoJulgado/anexo/01_RG_ReafirmacaoJurisprudencia.pdf).



§ 2º O recálculo observará a forma de cálculo prevista no art. 29, I, utilizando apenas o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição correspondentes à atividade exercida pelo segurado após a aposentação, sendo, ao final, o salário de benefício apurado somado à renda mensal atual.

§ 3º Ao aposentado será assegurado o direito de opção pelo valor da renda mensal que for mais vantajoso.

Art. 54. [...]

Parágrafo único. As aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade, concedidas pela Previdência Social do RGPS (Regime Geral de Previdência Social) na forma da lei, poderão ser renunciadas a qualquer tempo pelo próprio Segurado ou por seu dependente beneficiário da pensão por morte, assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício *mediante restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria, devidamente corrigidos*.

Art. 96. [...]

III - Não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício, prevista no parágrafo único do artigo 54 desta lei; [...]

Parágrafo único. Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral da Previdência Social, será contado o tempo correspondente a sua percepção, para fins de obtenção de novo benefício previdenciário em qualquer regime, *desde que restituídos os valores recebidos a título da aposentadoria renunciada, devidamente corrigidos*<sup>76</sup>. (sem grifos e negritos no original)

Não concordamos com a autora na parte de seu projeto em que permite apenas um único pedido de recálculo, condicionado, ainda, a existência de contribuições posteriores à aposentação por um período de 05 anos. Referida limitação não se encontra consentânea com o fim de máxima efetivação dos direitos sociais buscado pela Constituição Federal, além de afrontar o disposto no art. 201, § 11 da Carta Magna, que determina que os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios.

A fim de coibir excessos, mas sem se descurar da proteção social ao aposentado, os projetos de lei poderiam prever recálculos sucessivos, desde que o aposentado possuísse, ao menos, um grupo de 12 contribuições após a primeira aposentadoria ou da última revisão processada.

Os projetos, salvo melhor juízo, estariam compatíveis com toda a sistemática constitucional de proteção aos direitos sociais e da organização do regime geral de previdência social, prevendo uma real revisão da renda

76 ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. Desaposentação: A vedação constitucional. *Juris Plenum Previdenciária*, Ano I, N. 1. Caxias do Sul: Plenum Ltda., fev. 2013. p. 51-52. disponível em: [http://www.plenum.com.br/rev\\_prev/JPP\\_AI\\_No1\\_FEV2013.pdf](http://www.plenum.com.br/rev_prev/JPP_AI_No1_FEV2013.pdf).

mensal, sem desconsiderar por completo o fato de já existir uma aposentadoria anterior, o que dispensaria a devolução dos valores já percebidos, pois o benefício não seria desconstituído, mas apenas revisado para inclusão de novas contribuições após a jubilação.

Por outro lado, seria disciplinada a figura da desaposentação, entendida como desconstituição da aposentadoria, para utilização do tempo de contribuição na concessão de novo benefício, possibilidade permitida em qualquer hipótese (não apenas para inclusão de contribuições posteriores ao primeiro jubramento), condicionada à devolução dos valores já percebidos, a fim de que as partes sejam recompostas ao status quo ante.

Nesse caso, o novo benefício será calculado de acordo com a legislação vigente na data da nova concessão, com aplicação de novo fator previdenciário, que leva em conta a idade, tempo de contribuição e expectativa de sobrevida atual do beneficiário.

#### 4 CONCLUSÃO

O termo desaposentação tem sido utilizado o âmbito do Direito Previdenciário para designar a situação em que o beneficiário de uma aposentadoria concedida pelo Regime Geral de Previdência Social que continuou trabalhando e recolhendo contribuições previdenciárias após o jubramento renuncia ao benefício para recuperar o tempo de contribuição computado para a sua concessão.

O objetivo da desaposentação é a nova utilização do mesmo tempo de contribuição para a obtenção de um novo benefício de aposentadoria pelo RGPS, cujo cálculo da renda mensal inicial levará em conta o tempo de contribuição recuperado mais o tempo de contribuição posterior ao início do benefício renunciado; ou de uma certidão de tempo de contribuição (CTC) para ser utilizada na concessão de aposentadoria em algum regime próprio de previdência.

Por tratar-se a aposentadoria de um direito patrimonial disponível, não cabe à Autarquia Previdenciária definir acerca de como o beneficiário vai dispor desse direito, sendo perfeitamente cabível a renúncia, o que é reforçado pelo fato de inexistir disposição legal em sentido contrário, motivo pelo qual a previsão constante do art. 181-B do Decreto nº 3.048/99 claramente extrapolou a função regulamentadora da Lei de Benefícios, já que não complementou nem explicitou nenhuma norma, mas criou regra, o que não é admitido pelo ordenamento constitucional vigente em nosso país.

No entanto, renunciar à aposentadoria não é o mesmo que renunciar ao benefício para utilização do tempo de contribuição na concessão de nova aposentadoria mais vantajosa, pelo que se afigura imperiosa uma adequada compreensão e aplicação do instituto da desaposentação, termo que não traduz fielmente o real objetivo de quem busca a sua aplicação.

A pura e simples renúncia à aposentadoria não teria motivos para ser vetada, uma vez que o beneficiário abdica dos seus efeitos que lhe tragam vantagens, desonerando, por conseguinte, o devedor.

Ocorre que na desaposentação não há desoneração do Regime Geral, posto que a renúncia à aposentadoria visa a restituição do tempo de contribuição para a concessão, logo em seguida, de nova aposentadoria, paga pelo mesmo regime ou na emissão de CTC para ser averbada em regime próprio, que deverá ser compensado no valor das contribuições pelo RGPS.

Portanto, a desaposentação deve ser entendida como a desconstituição do ato jurídico de aposentação, com o objetivo de liberação do tempo de contribuição utilizado na concessão da aposentadoria que se desfaz para, somado a novas contribuições vertidas pelo aposentado, ser deferida nova aposentadoria com valor maior, pelo acréscimo de contribuições e aplicação de novo fator previdenciário.

Em que pese sua admissibilidade em nosso ordenamento jurídico ser contestada pela aplicação do princípio da solidariedade social, o fato é que referido princípio deve ser interpretado em harmonia com os demais princípios e garantias constitucionais, em especial com a determinação de repercussão das contribuições nos benefícios dos segurados do RGPS (Art. 201, § 11, CF), o que demonstra o caráter de contraprestatividade que se reveste a previdência social aos seus beneficiários.

Assim, sob a ótica do princípio da solidariedade social não há qualquer óbice ao reconhecimento do instituto jurídico da desaposentação, que está em consonância com sua finalidade constitucional, harmonizada com os princípios da filiação obrigatória e do caráter contributivo da previdência social.

Para a desconstituição da aposentadoria e o aproveitamento do tempo de contribuição para a concessão de benefício no RGPS é imprescindível conferir efeito *ex tunc* à renúncia, a fim de que o segurado retorne à situação originária, inclusive como forma de preservar o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário. Já tendo o segurado usufruído da aposentadoria do regime geral por lapso de tempo considerável, deverá restituir aos cofres públicos o numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento de benefício, para readquirir a plena utilização daquele tempo de contribuição.

A fim de garantir o interesse do segurado em obter uma situação mais favorável a ele, bem como para afastar qualquer prejuízo financeiro ao Regime Geral de Previdência Social e a sua universalidade de segurados, imprescindível o ressarcimento para os cofres públicos, para a efetivação da desaposentação, dos valores

já recebidos pela aposentadoria a que se desconstitui, possibilitando o pleno aproveitamento do tempo de contribuição na concessão de novo benefício.

Assim, após a análise dos principais aspectos da desaposentação, é inevitável concluir-se pela sua legitimidade, seja perante a Constituição, seja sob o aspecto legal, inexistindo qualquer vedação expressa à opção pelo segurado em desfazer seu ato concessório do benefício de aposentadoria, desde que visando à prestação melhor, seja no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Urge, no entanto, a necessidade de regulamentação legislativa do tema da desaposentação, como forma de se evitar a judicialização da questão, que gera toda sorte de decisões, favoráveis e contrárias, estabelecendo insegurança jurídica e tratamento desigual entre os beneficiários da previdência social.

As propostas de lei em tramitação que visam à legalização da renúncia à aposentadoria e à criação do instituto do recálculo possuem, da forma como elaboradas, algumas afrontas aos princípios constitucionais norteadores da Previdência Social no Brasil.

Entretanto, se fixados alguns critérios, no tocante à desaposentação, como a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria desconstituída, e no que respeita ao recálculo, como o estabelecimento de um número mínimo de contribuições após a aposentadoria para permitir a revisão do benefício, a viabilidade constitucional desses projetos será plenamente justificável, representando um passo importante para sua aprovação no Congresso Nacional.

Até lá, cumpre ao Poder Judiciário zelar pelos direitos fundamentais dos segurados, assegurando-lhes a desaposentação, mediante uma interpretação harmoniosa de nosso ordenamento constitucional, que assegure a necessária contraprestação entre o RGPS e seus beneficiários e a observância dos princípios constitucionais da Previdência Social no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 2006.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/61102961/Luis-Roberto-Barroso-A-Nova-Interpretacao-Constitucional-e-o-Papel-dos-Principios-no-Direito-Brasileiro>.

BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e nova aposentadoria. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, LTr, v. 244, mar. 2001.

BUENO. Cléria Maria Lobo Bittar Pucci. In: *Preparação para Aposentadoria*. Você já pensou sobre isso? Organização Juliana Presotto Pereira Netto. São Paulo: LTR, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARINI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? *Revista da Previdência Social*, São Paulo, LTr, v. 228, nov. 1999.

CRUZ, Henrique Jorge Dantas. *A ilegitimidade constitucional da desaposentação*. Artigos CONJUR, 26.07.2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-26/ilegitimidade-constitucional-desaposentacao-desconstrucao>.

DAMASCENO, João Batista. Renúncia voluntária à aposentadoria, desfazimento de ato administrativo vinculado e definitivo e direito de certidão de tal ocorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, jan./mar. 1998.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Aposentadoria – Direito Disponível – Desaposentação – Indenização ao Sistema Previdenciário. *Revista Síntese Trabalhista*, n. 163, Jan. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, jan./fev./mar. 2006, Salvador. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-5-janeiro-2006-maria%20sylvia%20zanella.pdf>.

DUARTE, Marina VaÍsques. Desaposeñato e reviso do benefÍcio no RGPS. In: ROCHA, Daniel Machado (Org.). *Temas atuais de direito previdencirio e assistncia social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GARCIA, Elsa Fernanda Reimbrecht. *Da desconstituÍo do ato de aposentadoria e a viabilidade atuarial da desaposeñato*. DisponÍvel em: <http://elsafernanda.adv.br/site/images/stories/pdf/daa.pdf>.

IBRAHIM, Fbio Zambitte. *Desaposeñato: O caminho para uma melhor aposentadoria*. 2. ed. revista e atualidade. Niter: Impetus, 2007.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Desaposeñato: Aspectos jurÍdicos, econmicos e sociais*. DisponÍvel em: <[http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=116:desaposeñato-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34](http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=116:desaposeñato-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34)>.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposeñato*. 2. ed. So Paulo: LTR, 2009..

*PrÍncÍpios de Direito Previdencirio*. 4. ed. So Paulo: LTR, 2001..

MIRANDA, Jediael Galvo. *Direito da Seguridade Social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a Direitos Fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituio de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. Vol. I.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR., Jos Paulo. *Comentrios  Lei de BenefÍcios da Previdncia Social*. 10. ed. revista e atualidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdencirio Esquematzado*. Coord. Pedro Lenza. So Paulo: Saraiva, 2011.

SERAU JUNIOR, Marco Aurlio. *Desaposeñato*. 3. ed. revista e atualidade. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, Jos Diego Martins de Oliveira e. A constitucionalidade do processo de desaposeñato. *Revista Perspectiva JurÍdica FGF* – 2013.1/ISSN 1809-9459.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *Desaposeñato: A vedato constitucional*. Juris Plenum Previdenciria. Ano I, n. 1. Caxias do Sul: Plenum Ltda., Fevereiro de 2013. DisponÍvel: [http://www.plenum.com.br/rev\\_prev/JPP\\_AI\\_N01\\_FEV2013.pdf](http://www.plenum.com.br/rev_prev/JPP_AI_N01_FEV2013.pdf).

---

## A PENSÃO POR MORTE NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL: ANÁLISE DO REQUISITO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

---

*Wagner Oliveira da Costa*  
*Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Seguridade Social; 1.1 Conceito; 1.2 Princípios constitucionais; 1.2.1 Conceito; 1.2.2 Princípio da Solidariedade; 1.2.3 Universalidade da cobertura e atendimento; 1.2.4 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; 1.2.5 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; 1.2.6 Irredutibilidade do valor dos benefícios; 1.2.7 Equidade na participação e custeio; 1.2.8 Diversidade na base de financiamento; 1.2.9 Caráter democrático e descentralizado na gestão; 2 Previdência Social; 2.1 Conceito; 2.2 Evolução histórica da Previdência Social no Brasil; 2.3 Regimes de Previdência Social; 2.4 Regime Geral de Previdência Social; 2.4.1 Características; 2.4.2 Princípios técnicos; 2.4.2.1 Filiação; 2.4.2.2 Precedência do custeio; 2.4.3 Beneficiários; 2.4.4 Prestações; 3 A Pensão por morte no Regime Geral de Previdência Social; 3.1 Evolução histórica; 3.2 Proteção da família; 3.2.1 As entidades familiares após a Constituição de 1988; 3.2.1.1 União estável; 3.2.1.2 União homoafetiva; 3.2.1.3 Família monoparental; 3.3 Breves noções da teoria da norma jurídica e o benefício da pensão

por morte; 3.4 Antecedente normativo; 3.4.1 Critério material; 3.4.2 Critério espacial; 3.4.3 Critério temporal; 3.5 Consequente normativo; 3.5.1 Critério quantitativo; 3.5.2 Critério pessoal; 3.5.2.1 O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; 3.5.2.2 Os dependentes elencados na Lei 8213/91; 3.5.2.3 Os beneficiários previstos no artigo 201, V, da CF; 3.5.2.4 Casos especiais; 3.5.2.4.a Dependente universitário; 3.5.2.4.b Dependente inválido após a maioridade; 3.5.2.4.c Menor sob guarda; 3.5.2.4.d Dependente designado; 3.5.2.4.e. Os dependentes excluídos e o princípio da proibição do retrocesso social; 3.6 Carência e qualidade de segurado; 3.7 Cumulação; 3.8 O benefício análogo: auxílio-reclusão; 4 Dependência econômica; 4.1 Conceito; 4.2 Exigência de início de prova material; 4.3 A comprovação da dependência econômica; 4.3.1 Presunções legais e de fato; 4.3.2 Presunção absoluta; 4.3.3 Presunção relativa; 4.3.4 A posição da doutrina; 4.3.5 A posição da jurisprudência; 4.3.5.1 Decisões sobre a presunção absoluta; 4.3.5.2 Decisões sobre a presunção relativa; 4.4 Comparação com o RPPS dos servidores da União; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este trabalho pretende estudar o benefício previdenciário de pensão por morte dando enfoque especial ao requisito da dependência econômica, um de seus elementos mais relevantes. A família, entidade que por sua importância foi eleita constitucionalmente como base da sociedade, tem na pensão por morte o benefício que melhor lhe confere proteção previdenciária. Nesse contexto, é de curial importância identificar a presença da dependência econômica, visto que em torno desse requisito o beneficiário é qualificado, ou não, como dependente, o que lhe trará, ou não, o benefício almejado. Além disso, analisa-se como o instituto vem sofrendo alterações ao longo de sua história. É que, apesar de sua relativa antiguidade, até mesmo com previsão em dispositivos anteriores à Lei Eloy Chaves, de 1923, o que permitiria pressupor certa convergência na exegese, verifica-se, ainda atualmente, a existência de controvérsias jurídicas. Percebe-se, outrossim, a possibilidade de estar se afastando de princípios constitucionais regentes da Seguridade. Compara-se, também, o tratamento dado ao mesmo benefício dentro do regime próprio de previdência dos servidores civis da União, pela peculiar importância desse regime. Para tanto, através do método qualitativo, com análise da legislação previdenciária cotejada com a doutrina nacional e com a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, sob o método de compilação, pretende-se lançar novas luzes sobre o tema e apresentar uma visão crítica ao modelo atual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Previdenciário. Pensão por Morte. Dependência Econômica. Comprovação. Presunção Absoluta. Presunção Relativa.



## INTRODUÇÃO

A Previdência Social -- uma das ações estatais relativas ao gênero Seguridade Social -- é de suma importância como forma de política pública, como meio de sustento de milhões de pessoas, como distribuidor de renda e fator de transformação social e econômica. E, dentro da amplitude do sistema previdenciário, pensamos que são as prestações previdenciárias, em especial os benefícios econômicos, a parte que melhor representa o todo.

Dentre o rol de benefícios previdenciários, a pensão por morte tem algumas peculiaridades que a tornam especial, como o fato de não poder ser programada (como aposentadoria por tempo de serviço); de ser irreversível ou vitalícia para alguns beneficiários (os benefícios por incapacidade podem ser reversíveis); de representar uma perda, na entidade familiar, da pessoa responsável pelo sustento etc. Convém registrar que essas características também se encontram quase todas no benefício mais próximo à pensão, o auxílio-reclusão, o qual, todavia, não será objeto de nossa pesquisa.

É ainda o benefício previdenciário que, num sentido amplo, melhor protege a família, eleita constitucionalmente como base da sociedade. Além da previsão contida no capítulo dedicado à Previdência, também encontra fundamento no capítulo que trata da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso na Magna Carta (art. 227, § 3º, II).

Dentro desse contexto de importância, a dependência econômica é elemento que se sobressai, pois é um dos pressupostos da pensão, e talvez seu principal, visto que em torno dessa questão fática o beneficiário é qualificado, ou não, como dependente, o que lhe trará, ou não, o benefício almejado.

Analisando o instituto da dependência econômica e, por conseguinte, a figura do dependente econômico, ao longo de sua existência, desde sua primeira previsão legal na Lei Eloy Chaves<sup>1</sup> (Decreto 4682/23), passando pela Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3807/60) até sua previsão atual, no Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei 8213/91), vemos que o instituto sofreu modificações, ora restritivas, ora ampliativas.

Assim, como exemplo de modificação, ampliativa, no tocante ao rol de beneficiários-dependentes, registra-se a inclusão do homem capaz (cônjuge ou companheiro). Isso porque antes da Lei 8213/91, com relação ao rol de beneficiários preferenciais, só as mulheres eram beneficiárias de pensão por morte. Já os homens, apenas se fossem inválidos.

Com relação ao dependente designado, beneficiário excluído do rol legal, é um exemplo de alteração restritiva.

E quanto à comprovação da dependência econômica dessas pessoas, desses beneficiários, é importante realçar que a legislação ordinária disse

1 Wagner Balera já dissera, em obra de sua coordenação (BALERA, Wagner. *Curso de direito previdenciário*. Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, 5. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 56) que a Lei Eloy Chaves é "subsídio histórico para o estudo do sistema brasileiro" (de Previdência).

textualmente que para uns ela seria presumida e para outros deveria ser comprovada. Todavia, não disse se a presunção seria absoluta -- de forma a não admitir prova em contrário --, ou seria sempre relativa, permitindo ao INSS, quando quisesse ou pudesse, fazer prova em contrário, conforme art. 16, § 4º do Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91)<sup>2</sup>.

Embora o Direito brasileiro tenha vários exemplos nos quais o legislador foi explícito ao escolher o tipo de presunção que desejava, dispondo textualmente se seria relativa ou absoluta, como será colocado adiante, vemos que com relação à legislação previdenciária não seguiu essa tendência, deixando para a doutrina e jurisprudência a melhor interpretação.

## 1 A SEGURIDADE SOCIAL

### 1.1 Conceito

A Constituição Federal de 1988, no artigo 194, conceitua a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, com o fim de assegurar direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

Esses três serviços são os instrumentos de proteção do Estado para concretizar a proteção das necessidades sociais, e atingir os objetivos do bem-estar e justiça social descritos no artigo 193 da CF e alçados como valores principais.

Focando o assunto na Previdência e deixando de lado a Saúde e a Assistência Social, analisaremos o plano normativo constitucional e infraconstitucional que cuidam dos dispositivos relativos a essa proteção estatal, mas que é dada tanto aos indivíduos como à entidade familiar.

Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira já dizia, desde 1985<sup>3</sup>, que era necessária uma ampliação do conceito de previdência, ampliando-o para o de *seguridade social*, mais abrangente, moderno, segundo os conceitos e terminologias mundiais.

Ela, a seguridade social, deve ser organizada pelo Poder Público, com base nos objetivos do parágrafo único do artigo 194, CF, sendo importante dizer que:

[...] envolve não apenas o dever estatal de entregar benefícios, bens ou serviços públicos, mas também a obrigação de manter um complexo sistema estruturado para atender à sociedade de modo universal e na medida das necessidades de cada indivíduo.<sup>4</sup>

2 § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

3 OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *A Previdência Social na futura Constituição*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, 1985. apud OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *Previdência Social: doutrina e exposição da legislação vigente*, 1987. p. 207.

4 ANDRADE, Ricardo Barretto de. *Direito da Seguridade Social*. Brasília: CEAD/UnB, 2013. p. 21.

## 1.2 Princípios constitucionais

### 1.2.1 Conceito (de princípios)

Muito se tem dito sobre princípios, certamente por sua elevada importância. Mas o que são? O dicionário Houaiss da língua portuguesa diz, entre várias acepções, que é o “começo, início”, o “que serve de base a alguma coisa” etc<sup>5</sup>.

Mas para o Direito representa mais. Segundo Wladimir Novaes Martinez<sup>6</sup>: *Os princípios representam a consciência jurídica do Direito. Podem ser concebidos pela mente do cientista social ou medrar no trato diário da aplicação da norma jurídica.*

Argemiro Cardoso Moreira Martins distingue os princípios das regras, dizendo, em linhas gerais, que aqueles caracterizam-se por possuírem alto grau de abstração e coexistirem com outros (princípios) conflitantes, ao passo que as regras regulam condutas, contêm elevada carga semântica e, quando conflitam com outras regras, excluem-se pelos critérios de solução de antinomias, ou as regras clássicas de interpretação, como por exemplo a da “lei posterior derroga lei anterior”<sup>7</sup> etc.

Os princípios, assim com as regras, são espécies do gênero normas jurídicas, razão pela qual é importante começar este trabalho com o estudo de alguns dos princípios que regem a Seguridade Social, e, especialmente, a Previdência Social.

### 1.2.2 Princípio da solidariedade

Também conhecido como *solidarismo*, é um princípio fundamental da Seguridade Social, embora implícito. Deduz-se sua existência do artigo 195 da CF, segundo o qual “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei [...]”. A única exceção sobre sua previsão explícita está relacionada à Previdência do servidor público, descrita no *caput* do artigo 40 da CF, quando diz que o regime de previdência do servidor é contributivo e solidário.

Tal princípio é também referido de forma explícita no inciso I do artigo 3º da CF, mas como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Segundo Sergio Pinto Martins:

5 Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Editora Objetiva Ltda, jun. 2009. Versão eletrônica 1.0.

6 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. p. 27.

7 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A Administração Pública e a Constituição*. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 5.

[...] ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem.

[...] Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado<sup>8</sup>.

Wladimir Novaes Martines, por sua vez, diz que, em Previdência Social, o princípio da solidariedade social significa contribuição da maioria em benefício da minoria, com alteração, no tempo, de quem sejam os partícipes, de modo que se em determinado momento a pessoa contribui, em outro usufrui do benefício. E em Seguridade Social a diferença reside no fato de que os contribuintes são em maior número e a contribuição é indireta e pulverizada<sup>9</sup>.

O benefício de pensão por morte bem representa, na prática, esse princípio, porquanto é uma prestação financeira, em dinheiro, paga aos dependentes daquele segurado que faleceu, independentemente de carência<sup>10</sup>, isto é, ainda que o segurado instituidor pouco tenha contribuído para o custeio do benefício.

Não são poucos os óbitos de segurados com pouco tempo de contribuição previdenciária, e é o princípio da solidariedade que fundamenta essas regras.

### 1.2.3 Universalidade da cobertura e atendimento (art. 194, § único, I, CF)

Este princípio relaciona-se, de certa forma, ao princípio da igualdade previsto no *caput* do artigo 5º da CF, que prevê que todas as pessoas são iguais, isto é, não poderia haver discriminação no tocante à população assistida ou protegida, que é a dimensão subjetiva do princípio (atendimento)

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari dizem que a universalidade da cobertura significa proteção social estendida a todos os eventos cuja reparação seja urgente, para que se mantenha a proteção a quem dela necessite. Já a universalidade de atendimento significa o fornecimento de prestações (serviços e benefícios) de seguridade social a todos que necessitem<sup>11</sup>.

Raimundo Nonato Bezerra Cruz explica que a universalidade da seguridade social tem que ter um esquema protetivo amplo, decorrente da constatação de que sem superação da miséria e desigualdades não há bem estar e nem justiça social. E ainda, que a dimensão objetiva significa que todas as contingências da vida, que podem gerar necessidade, estão cobertas pela seguridade social<sup>12</sup>.

8 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. p. 52.

9 MARTINES, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 3. ed. 1995. p. 76-77.

10 Vide subitem 3.6, infra.

11 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. p. 114.

12 CRUZ, Raimundo Nonato Bezerra. *Pensão por morte no direito positivo brasileiro*. p. 43.

#### 1.2.4 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (art. 194, § único, II, CF)

Tal princípio objetivava acabar, como acabou, com a distinção entre benefícios e serviços oferecidos diferentemente às populações urbanas e rurais. Acabou-se com o Pró-Rural -- então dirigido aos trabalhadores e empregadores rurais --, unificando-o ao RGPS, que até então só atendia aos trabalhadores e empregadores urbanos.

Raimundo Nonato Bezerra Cruz diz que “uniformidade” quer dizer identidade, ou seja, as populações, sejam de origem rural ou urbanas, são consideradas idênticas, iguais. E “equivalente” quer dizer de igual valor, ou seja, não haverá distinção entre as populações protegidas<sup>13</sup>.

Wladimir Novaes Martinez, em 1995, disse, sobre o princípio em questão, que o constituinte originário foi tímido ao referir-se apenas às populações urbanas e rurais, excluindo parlamentares, servidores civis e militares<sup>14</sup>. Desde então o quadro legislativo mudou, embora não tenha sido para uma uniformidade tão abrangente quanto a desejada pelo autor: a Lei Federal nº 9.506/97 extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas, criando regras mais rígidas para concessão de benefícios, através do Plano de Seguridade Social dos Congressistas, e a Emenda Constitucional nº 41 de 19/12/2003 também enrijeceu as regras previdenciárias aos servidores públicos civis, sendo que, no tocante à pensão por morte, quis trazê-la mais próxima do valor pago no RGPS, como consta no subitem 4.4, abaixo.

#### 1.2.5 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (art. 194, § único, III, CF)

É o princípio segundo o qual se impõe ao legislador que a seleção, ou escolha, das prestações, seja feita de acordo com as possibilidades financeiras do sistema.

Sergio Pinto Martins resume: “*Selecionar para poder distribuir*”<sup>15</sup>. E depois, conclui que “*a ideia da distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda*”<sup>16</sup>.

Wagner Balera diz que o legislador não pode fazer a escolha de modo discricionário, mas optar pelas prestações que tenham potencial distributivo para concretizar a justiça social<sup>17</sup>.

13 Ibidem, p. 44.

14 MARTINEZ, op. cit., p. 192.

15 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. p. 54.

16 Ibidem, p. 55.

17 BALERA, Wagner. *A interpretação do Direito Previdenciário*. p. 680.

Assim, parece-nos que a pensão por morte do jeito que se vê atualmente estabelecida no Plano de Benefícios<sup>18</sup> -- sem limitação temporal (vitalícia para alguns beneficiários); sem coeficientes proporcionais ao número de beneficiários; sem reavaliação periódica para aferição da permanência do requisito de dependência econômica --, pode estar se afastando desses princípios.

### 1.2.6 Irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, § único, IV, CF)

Esse princípio já estava implícito no art. 468 CLT; explícito no artigo 32 da Lei Orgânica da Magistratura<sup>19</sup>, aplicável aos vencimentos (subsídios) dos magistrados.

Atualmente está na CF, inc. VI do art. 7º (vencimentos dos empregados) e no inc. XV do art. 37 (vencimentos dos funcionários públicos<sup>20</sup>)e, no que nos interessa sobre Previdência Social, no § 4º do art. 201 da CF.

Convém registrar que o STF<sup>20</sup> entende que a legislação ordinária editada para preservar o valor real do benefício é constitucional, ainda que não se tenha eleito o maior dentre os índices de correção possíveis. No caso fora eleito o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC (apurado pelo IBGE).

### 1.2.7 Equidade na participação e custeio (art. 194, § único, V, CF)

O princípio da equidade na forma de participação no custeio decorre do princípio da igualdade, e segue o mesmo preceito disposto para o artigo 150, II, CF<sup>21</sup>.

Este princípio “*significa não poder ser criada fonte de custeio diferenciada para sujeitos passivos iguais e, ao mesmo tempo, dever haver distinção das pessoas segundo a sua capacidade contributiva*”<sup>22</sup>.

É o que justifica, por exemplo, os segurados empregados pagarem contribuição de 8%, 9% ou 11%<sup>23</sup>, segundo seus rendimentos sejam menores ou maiores, e as instituições financeiras pagarem 2,5% a mais do que as demais empresas<sup>24</sup> (§ 1º, art. 22, Lei 8212/91).

18 Lei Federal 8.213 de 24/07/1991.

19 Lei Complementar nº 35 de 14/03/1979.

20 RE 376.846/SC, Relator Min. Carlos Velloso, DJ.: 24/09/2003.

21 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

22 MARTINEZ, op. cit., p. 150.

23 Art. 20, Lei 8212/91.

24 Art. 22, § 1º, Lei 8212/91.

### 1.2.8 Diversidade na base de financiamento (art. 194, § único, VI, CF)

Este princípio impõe ao legislador que busque várias e diversas fontes para o financiamento da Seguridade Social, diferentes entre si, como forma de sair do modelo anterior, no qual o financiamento era baseado exclusivamente na folha salarial.

Essa diversidade encontra-se descrita no artigo 195 da CF, abaixo transcrito:

*Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

*I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:*

*a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;*

*b) a receita ou o faturamento;*

*c) o lucro;*

*II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;*

*III - sobre a receita de concursos de prognósticos.*

*IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.*

### 1.2.9 Caráter democrático e descentralizado na gestão (art. 194, § único, VII, CF)

É o princípio através do qual se impõe que os usuários e beneficiários do sistema de Seguridade Social e, especificamente, do subsistema de Previdência, participem de sua gestão.

A gestão há de ser quadripartite, através de órgãos colegiados nos quais participem os trabalhadores, empregadores, aposentados e o Governo. Esses órgãos são os Conselhos de Previdência

Na Previdência Social, objeto de nosso estudo, temos o Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), criado e disciplinado através dos artigos 3º e 4º da Lei 8213/91, que é um órgão superior de deliberação colegiada, cujos membros, abaixo descritos, são nomeados pelo Presidente da República, com a seguinte representação: seis representantes do Governo Federal e nove representantes da sociedade civil, sendo (a) três representantes dos aposentados e pensionistas, (b) três representantes dos trabalhadores em atividade e (c) três representantes dos empregadores.

O CNPS tem competências importantíssimas, como estabelecer diretrizes gerais e apreciar as decisões de políticas aplicáveis à Previdência Social; apreciar e aprovar as propostas orçamentárias da Previdência Social; acompanhar a aplicação da legislação pertinente, dentre outras funções, arroladas no artigo 4º supracitado.

## 2 PREVIDÊNCIA SOCIAL

### 2.1 Conceito

A Previdência Social é serviço estatal cujo escopo é o de proteger pessoas que estão impossibilitadas de continuarem trabalhando e provendo seu sustento e o de seus dependentes, sendo essa proteção, majoritariamente de natureza financeira, a qual é custeada pelos próprios beneficiários, de forma direta, e por toda a sociedade, de forma indireta.

Apesar de semelhante, difere-se do conceito de assistência social, já que esta última é dirigida aos que, por não trabalharem e não contribuírem, estão fora da proteção previdenciária, e em situação de miserabilidade. Nesse sentido, Ricardo Barretto de Andrade entende que:

Diversamente do que ocorre com os direitos à assistência social e à saúde, o direito à previdência social é condicionado pela contribuição do segurado, portanto, apenas dispõem de cobertura previdenciária os indivíduos que contribuem para o sistema.<sup>25</sup>

Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira conceitua previdência social, indicando sua finalidade, “*como sendo a de prover às necessidades vitais de todos os que exercem atividade remunerada e de seus dependentes, os eventos previsíveis de suas vidas, por meio de um sistema de seguro obrigatório*”<sup>26</sup>.

A participação de toda a sociedade, empresários e do Estado se impõe na medida em que se presume que interessa a essa mesma sociedade que seus cidadãos não sofram situação de vulnerabilidade; que seus membros estejam securitariamente protegidos das necessidades advindas das contingências sociais. Segundo Daniel Pulino, a “*finalidade precípua do sistema consiste em conferir proteção em face de situações de necessidade representativas de verdadeiro interesse público*”<sup>27</sup>.

### 2.2 Evolução histórica da Previdência Social no Brasil

Não obstante a Lei Eloy Chaves seja considerada o marco da previdência social, como veremos logo mais, o fato é que diversos outros textos legais anteriores previram algum tipo de proteção previdenciária,

25 ANDRADE, Ricardo Barretto de. *Direito da Seguridade Social*. Brasília: CEAD/UnB, p. 31

26 OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *Previdência Social: doutrina e exposição da legislação vigente*. p. 23.

27 PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. p. 50.



securitária ou de atendimento médico (socorros), a determinados setores estanques de trabalhadores ou profissionais.

No Brasil, o primeiro texto legal sobre previdência social é um Decreto de 1º de outubro de 1821, expedido pelo Príncipe-Regente Pedro de Alcântara, o qual concedia “*aposentadoria aos mestres e professores aos 30 anos de serviço*”. Porém, segundo Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, não se encontra notícia de que tenha havido execução efetiva dessa disposição legal<sup>28</sup>.

Em 10 de janeiro de 1835, por Decreto Imperial de Dom Pedro II, foi aprovado o Plano do Montepio de Economia (MONGERAL), que pode ser considerado o primeiro montepio, isto é, uma espécie de entidade de previdência complementar, de ingresso facultativo, cuja finalidade era assistir as famílias dos empregados públicos de qualquer classe<sup>29</sup>. Seu prestígio parece ter durado décadas, a ponto de ser considerada, em 1954, entidade apta, por lei, a figurar como consignatária de descontos em folha de pagamento de servidores públicos, cuja autorização constava originalmente da Lei Federal 1.046 de 02/01/1950<sup>30</sup>.

Ainda, no tocante a servidores públicos, temos que em 1890, pelo Decreto 942-A de 31 de outubro, fora criado o Montepio obrigatório dos empregados do Ministério da Fazenda da República dos Estados Unidos do Brasil. E em 1926 cria-se o Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos Civis da União, transformado no Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado – IPASE, pelo DL 288 de 23/02/1938.

Voltando aos trabalhadores do regime privado, o Código Comercial de 1850, parcialmente revogado pelo Código Civil de 2002, também previu, no artigo 79, que “*os acidentes imprevistos e inculpados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a inabilitação não exceda a 3 (três) meses contínuos.*”

Segundo Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, outros textos legais também previram disposições protetivas, de natureza previdenciária, dentre os quais citam-se o Decreto nº 9.912-A de 26/03/1888, que previu aposentadoria aos empregados dos Correios; o Decreto nº 221 de 26/02/1890, que estabeleceu aposentadoria aos empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil; a Lei nº 217 de 29/11/1892, que instituiu aposentadoria por invalidez e pensão por morte dos operários do Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro e o Decreto nº 3.724 de 15/01/1919, que tornou obrigatório o pagamento, pelos empregadores a empregados, de seguro de acidentes do trabalho, que eram contratados junto a empresas privadas, sendo a primeira lei sobre proteção contra acidentes do trabalho, já que até então só lhe protegia o art. 159 do antigo Código Civil e antes ainda, as Ordenações Filipinas. Os autores ressaltam, ainda, em relação a tais benefícios

28 OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *Previdência Social: doutrina e exposição da legislação vigente*. p. 181.

29 MARTINES, Wladimir Novaes. *Tratado prático da pensão por morte*. p. 555.

30 Disponível em: <<https://www.mongeralaeagon.com.br/mongeral-aeagon/mongeral-aeagon/nossa-historia/>>. Acesso em: 24 out. 2013.

previdenciários, o fato de que os beneficiários não contribuía, e assim não se poderia considerá-los como um verdadeiro regime previdenciário<sup>31</sup>.

Mas é somente com o Decreto nº 4.682 de 24/01/1923, chamada de Lei Eloy Chaves, nome do deputado paulista autor do projeto legislativo, que foram criadas Caixas de Aposentadorias e Pensões para os empregados das empresas ferroviárias, com os benefícios de aposentadoria por invalidez, pensão por morte, assistência médica e uma aposentadoria ordinária por tempo de serviço. Em 1926 essa lei foi substituída por outra, que estendia o regime aos portuários e marítimos.

Através do Decreto 20.465 de 01/10/1931 o regime é ampliado para incluir os empregados das empresas de serviços públicos, fossem privadas ou estatais. E a partir daí outras empresas são incluídas.

Característica da época era que a Previdência era relacionada com as Caixas, de âmbito regional e baseada nas empresas, mas em 1933, através do Decreto 22.872 de 29/06/1933 era criado o IAPM – Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, de âmbito nacional e relacionado à categoria profissional, seguido, posteriormente, de outros Institutos como dos comerciários (IAPC), bancários (IAPB) etc.

Há um movimento de fusão das Caixas e, se eram inicialmente 183, na década de 50 já estavam reduzidas a 23 Caixas.

Em 1960 é editada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), 3.807 de 26/08/1960, um importante marco legal que, dentre outros aspectos incluiu os trabalhadores autônomos, profissionais liberais, até então alijados do sistema<sup>32</sup>. Outro mérito da LOPS foi a unificação da legislação previdenciária.

O Decreto-Lei nº 72/66 centralizou a organização previdenciária no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)<sup>33</sup>. Essa legislação unificou os então IAP's e absorveu, além de suas atribuições, seus funcionários (conforme os respectivos artigos 1º e 40 do DL 72/66).

Por fim, através da lei 6.439 de 01/09/1977 é criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, bem como outras entidades e autarquias federais, como a Dataprev, LBA, INAMPS e IAPAS, todas vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social que, com o então INPS, tinham a função de gerir, conceder e manter benefícios e serviços relacionados à Seguridade Social.

Essa configuração legal se mantém até a Constituição Federal de 1988, após a qual, por força do art. 59 do ADCT, são editadas as Leis 8.212 e 8.231, ambas de 24/07/1991, criando os Planos de Custeio da Seguridade Social e o Plano de Benefícios da Previdência Social.

31 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. p. 68-69.

32 OLIVEIRA, op. cit., p. 181-190.

33 ANDRADE, Ricardo Barretto de. *Direito da Seguridade Social*. p. 19.

## 2.3 Regimes de previdência social

No ordenamento pátrio, os regimes de previdência estão estabelecidos em normas constitucionais.

O sistema jurídico brasileiro admite mais de um tipo de previdência social, ou seja, não apenas um regime de previdência social, mas alguns deles, a saber, *a*) o Regime Geral de Previdência Social, atualmente gerido pelo INSS, e objeto de nosso estudo (art. 201, CF); *b*) os Regimes Próprios de Previdência, destinados aos servidores públicos civis efetivos e militares, relacionados com cada entidade estatal (União, Estado-membro, Distrito Federal, Município, suas Autarquias e Fundações), disciplinados nos artigos 40 (servidores civis), 42 (militares dos Estados e DF) e 142 (militares da União) e *c*) os Regimes de Previdência Privada, complementar e facultativa (art. 40, §§ 14 a 16 e art. 202, CF).

Duas ressalvas importantes: quanto aos servidores públicos não efetivos -- ou seja, titular de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, bem como cargo temporário --, aplica-se o regime geral de previdência social (art. 40, § 13º, CF). E quanto aos militares, convém esclarecer que após a Emenda Constitucional nº 18 de 05/02/1998, deixaram de ser nominados de servidores públicos, mas apenas militares.

## 2.4 Regime Geral de Previdência Social

### 2.4.1 Características

Com relação ao regime de previdência que nos interessa, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), é de se dizer que a CF de 1988 estabeleceu, no artigo 201, que ele deverá ser organizado sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, o que significa ser o regime de previdência de todos os trabalhadores privados; trabalhadores privados no sentido lato.

Melhor explicando, significa que todos que exercem alguma atividade laboral de caráter privado, com subordinação de vínculo ou não, em atividade empresarial ou equiparada, estarão abrangidos pelo RGPS.

Isto inclui, ainda, os servidores públicos que de algum modo não sejam protegidos por regime próprio de previdência; os servidores que não sejam efetivos, mas só exerçam cargos em comissão de livre nomeação ou exoneração, ou trabalho temporário (art. 40, § 13, CF/88); os servidores efetivos cuja entidade não disponha ainda de regime próprio (art. 12, Lei 8213/91) e os segurados facultativos (art. 13, Lei 8213/91; art. 201, §5º, CF).

Segundo Daniel Pulino:

Opera-se, aqui, quando confrontamos uma e outra espécie de regimes previdenciários, verdadeira *exclusão*, que se dá sobretudo em atenção aos

beneficiários. Separa-se, pois, o regime geral dos regimes próprios em virtude dos sujeitos, da clientela a atender em matéria previdenciária.<sup>34</sup>

A Lei Federal 8.213 de 24/07/1991 foi editada para dar cumprimento a tal dispositivo constitucional, disciplinando, no plano da legislação ordinária, o RGPS.

## 2.4.2 Princípios técnicos

### 2.4.2.1 Filiação

Considerado um dos mais importantes princípios técnicos da Previdência Social, a filiação é, no entendimento de Wladimir Novaes Martinez, uma exigência técnica, decorrente de norma cogente e que não comporta exceção<sup>35</sup>.

Opondo-se à autonomia da vontade, esse princípio impõe que “*havendo relação de trabalho ou de emprego, opera-se o ingresso do obreiro na Previdência Social*”<sup>36</sup>. Esse ingresso decorre da filiação e com ela se confunde; é o vínculo com o Regime Geral de Previdência Social, do que advém a proteção previdenciária.

Importante registrar, todavia, que no caso de segurado facultativo, há uma exceção à essa regra, de sorte que primeiro o segurado demonstra a vontade de se filiar, para a seguir operar-se o ingresso como segurado do RGPS.

Mas a filiação não decorre somente de trabalho subordinado, isto é, aquele regido pelo artigo 3º da CLT<sup>37</sup>, mas de qualquer atividade que esteja abrangida pela legislação previdenciária, como aquelas previstas no rol do artigo 11 da Lei Federal 8213/91, que discrimina quem são os segurados do Regime Geral de Previdência Social.

A ausência de exceção desse princípio faz com que nenhum dos polos da relação jurídica previdenciária possa se recusar a seu cumprimento, isto é, nem o segurado, nem o gestor do RGPS, no caso, o INSS. Como consequência dessa técnica de seguro social, se o segurado é acidentado, e morre, no minuto seguinte ao do início do contrato do trabalho, isto é, logo após o aperfeiçoamento da filiação, a prestação previdenciária correspondente -- pensão por morte -- haverá de ser prestada.

### 2.4.2.2 Precedência do custeio

O princípio da precedência do custeio, também conhecido como preexistência do custeio, ou como regra da contrapartida, encontra-se atualmente previsto no parágrafo 5º da CF, que diz:

34 PULINO, op. cit., p. 58.

35 MARTINEZ, op. cit., p. 120.

36 Ibidem, p. 119.

37 Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

O princípio, atualmente, rege as três prestações da Seguridade Social, isto é, além da Assistência e Previdência, também a Saúde, não obstante seu surgimento, ou melhor, sua positivação no Direito, tenha se dado através da Emenda Constitucional nº 11 de 31-03-1965, que acrescentou o parágrafo 2º ao art. 157 da CF de 1946<sup>38</sup>.

Segundo Sergio Pinto Martins, “a ideia do princípio é encontrada em qualquer economia doméstica ou empresa: não se pode gastar mais do que se ganha”<sup>39</sup>.

Essa simplicidade, obviedade, logicidade fez Wladimir Novaes Martinez dizer que: *A precedência do custeio é disposição lógica, técnica e jurídica*. [...] *Lógica porque sem amealhar macrocômica e antecipadamente os recursos, é impossível atender às necessidades*<sup>40</sup>.

Nesse sentido, é possível afirmar ser inconstitucional lei que aumente o rol de beneficiários do benefício de pensão por morte, ou mesmo o valor do benefício, se a respectiva legislação não indicar qual será a fonte dessa nova despesa.

### 2.4.3 Beneficiários (segurados e dependentes)

A legislação prevê duas classes de beneficiários, a saber, os segurados e os dependentes, consoante disposto no artigo 10 da Lei 8213/91. Aqueles são, via de regra, os contribuintes, filiados ao sistema previdenciário do RGPS. Já os dependentes são as pessoas que dependem economicamente dos segurados.

Mas não basta ser dependente econômico, mas que tenha sido previamente arrolado como tal pela legislação, vez que, por exemplo, um avô pode ser dependente econômico de seu neto, ou vice-versa, mas nem por isso esse parente-dependente será beneficiário do parente-segurado (avô e neto; neto e avô).

Assim, são beneficiários, na qualidade de segurados, as pessoas físicas descritas no artigo 11 da Lei 8213/91, e que, em linhas gerais, são classificados como: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso, segurado especial e segurado facultativo.

Já em relação aos dependentes (vide subitem 3.5.2.2), a atual legislação previdenciária, no art. 16 da Lei 8213/91, traz um rol dividido em três incisos distintos, classificados pela doutrina em classes.

A 1ª classe é formada pelo cônjuge, companheira (o), e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. É incluído nessa classe, também, o enteado e o menor tutelado desde que comprovada a

38 § 2º Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total.

39 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. p. 58-59.

40 MARTINEZ, op. cit., p. 146-147.

dependência econômica (§ 2º, art. 16) e o cônjuge divorciado ou separado (§ 2º, art. 76), desde que receba pensão alimentícia (que faz presumir a dependência).

A 2ª classe é formada pelos pais, e a 3ª classe, pelo irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido.

#### 2.4.4 Prestações

A conceituação da natureza das prestações previdenciárias não é tema dos mais fáceis. Há quem diga ser uma espécie de salário diferido (não explica os casos de trabalhadores por conta própria, contribuintes individuais); ou uma forma de substituição da remuneração (não explicando o fato de não se lhes aplicar institutos próprios da remuneração e do Direito do Trabalho); ou como forma reparadora de danos (não explicando bem os casos em que o segurado nunca é atingido por acidentes ou não precisa se utilizar de benefícios por incapacidade).

Assim, achamos melhor o conceito dado por Daniel Pulino, para quem as prestações previdenciárias:

[...] constituem o oferecimento, pelo órgão previdenciário, de dinheiro (benefícios), serviços ou outros bens materiais diretamente a *pessoas previamente filiadas ao sistema*, as quais para este *contribuem* (ou dependem de alguém que contribui), visando *manter-lhes, dentro de patamar previamente estabelecido, o nível de subsistência* (sobretudo nos benefícios) em face de necessidades sociais advindas de contingências sociais *também previamente demarcadas em lei*, e concedidas sob *regime de direito público*.<sup>41</sup> (grifado no original).

Dentre as várias características das prestações, importante é destacar que a ela não compete enriquecer ou melhorar o padrão social do segurado, beneficiário, razão pela qual Wladimir Novaes Martinez disse ser “*inconcebível a prestação melhorar a situação do trabalhador [...]*”<sup>42</sup>.

Como dito acima, convém destacar: as prestações não são apenas benefícios econômicos (em dinheiro), mas também prestações de serviços (reabilitação profissional) e bens materiais (prótese).

Segundo o artigo 18 da Lei 8213/91, o RGPS contém prestações destinadas especificamente ao segurado, quais sejam, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente. Contém, também, prestações exclusivas dos dependentes, que são a pensão por morte e o auxílio-reclusão. E, ainda, contempla prestações destinadas tanto ao segurado como ao dependente, que são o serviço social e a reabilitação profissional.

41 PULINO, op. cit., p. 55.

42 MARTINEZ, op. cit., p. 379/380.

### 3 A PENSÃO POR MORTE NO RGPS

#### 3.1 Evolução histórica

O vocábulo pensão é gênero do qual são espécies a pensão previdenciária e a pensão alimentícia. Aquela decorre da morte do segurado de um regime de previdência, objeto de nosso estudo, e esta é regrada pelo Direito Civil, via de regra consistente na obrigação do alimentante (pai, por exemplo) dar alimentos (dinheiro, prestações *in natura*) ao alimentado (filho menor, por exemplo).

O primeiro texto legal, infraconstitucional, a dispor sobre pensão, porém relacionado a servidores públicos da Fazenda, era o Decreto 942-A de 31/10/1890, que criava o Montepio Civil, com contribuições obrigatórias (art. 3º) e que previa o pagamento de pensão (art. 33).

Após, encontramos a Lei 217 de 29/11/1892, que instituiu a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte dos operários do Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro, como disséramos no subitem 2.2, *supra*.

Como a primeira Constituição, de 1891, não dispôs sobre pensão, mas apenas sobre aposentadoria<sup>43</sup>, a primeira Constituição a dispor sobre o tema pensão por morte foi a de 1934, no artigo 121, quando previu proteção do risco social morte, dentre outros<sup>44</sup>. Não se falava em auxílio reclusão. Para a época era um pioneirismo, tanto que não foi seguido dos textos posteriores, “*que de certo modo, involuíram naquela conceituação geral*”<sup>45</sup>. Todavia, apesar do pioneirismo, só foi levado às consequências práticas mais de trinta anos depois.

Na CF de 1937 o texto pecava por se utilizar da expressão seguro de vida, uma nomenclatura de seguro privado. Assim dispunha:

Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

[...]

m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho;

Na vigência da CF de 1946 há, também, previsão expressa de contribuição tripartite, realizada pela União, empregador e empregado, e cobertura do risco social morte:

Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

43 CF de 1891, Art. 75. A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.

44 CF de 1934, Art. 121, §1º, h): assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

45 OLIVEIRA, op. cit., p. 202-203.

[...]

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;

A CF de 1967 reproduz em grande parte os dispositivos da CF de 1946 no tocante à previdência:

Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

[...]

XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte.

A EC 1/69 mantém quase tudo inalterado nessa área:

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVI - previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção da maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado.

A CF de 1988, em sua redação original, dispôs:

Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão;

[...]

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º e no art. 202.

E após a EC 20/98, disse:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

[...]

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Interessante perceber que a contingência social (“evento”) morte ficou descrita no inciso I, e o inciso V previu expressamente o benefício de pensão, como se fora o mínimo, dentre outros possíveis.



Sob a vigência da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807 de 16/08/1960), o benefício de pensão por morte tem, na essência, os mesmos caracteres básicos previstos atualmente, apesar do transcurso de cinquenta anos. Abaixo, transcrevemos a redação dos dispositivos legais:

LOPS - Art. 36. A pensão garantirá aos dependentes do segurado, aposentado ou não, que falecer, após haver realizado 12 (doze) contribuições mensais, uma importância na forma do art. 37.

Art. 37. A importância da pensão devida ao conjunto dos dependentes do segurado será constituída de uma parcela familiar, igual a 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito se na data do seu falecimento fosse aposentado, e mais tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de 5 (cinco).

PBPS – Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I – do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste [...]

Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei.

Todavia, em relação ao quadro legislativo atual contido no Plano de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213 de 24/07/1991), o que se poderia ressaltar de relevante, e de curioso, como sinal dos tempos, é que:

- naquela época exigia-se carência de doze contribuições (art. 36, LOPS); hoje não há carência (art. 26, I, PBPS);
- a pensionista do sexo feminino que adquirisse novo casamento perdia sua cota da pensão (art. 39, b, LOPS) e hoje, ocorrida essa hipótese, não só não há perda do benefício, como a pensionista pode optar pela pensão mais favorável, acaso se torne viúva pela segunda vez (art. 124, VI, PBPS);
- as dependentes filhas e irmãs, isto é, do sexo feminino, se não fossem inválidas, recebiam o benefício até 21 anos; já os filhos e irmãos, homens, se não fossem inválidos, recebiam só até 18 anos (art. 39, alíneas c e d, LOPS) . Hoje, filhos e irmãos, de qualquer sexo, são iguais no quesito idade, recebendo até 21 anos, salvo caso de invalidez, que prorrogaria o recebimento do benefício (art. 16, I e III, PBPS);
- o marido e o pai só eram considerados dependentes se fossem inválidos (art. 11, I, II, LOPS). Hoje, os dependentes do sexo masculino estão

equiparados aos do sexo feminino, em direitos previdenciários. No tocante aos cônjuges, a igualdade tem previsão constitucional no § 5º, art. 226, da CF.

- mesmo que percebesse pensão alimentícia, o cônjuge desquitado não tinha direito à pensão por morte (art. 14, LOPS), em oposição ao que prevê, atualmente, o art. 76, § 2º, do PBPS.
- a alíquota do benefício tinha uma parcela básica familiar mínima de 50% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou que receberia, se fosse aposentado, acrescida de 10% para cada dependente, até o limite de 100%, de sorte que o mínimo seria sempre 60% e o máximo 100% (art. 37, LOPS). Na redação original do PBPS, editado em 24/07/1991, essa alíquota familiar era de 80%, acrescido de 10% a cada dependente, e caso a morte decorresse de acidente do trabalho, a alíquota era de 100%. Com a edição da Lei 9032 de 28/04/1995, a alíquota foi majorada de forma única para 100%, quer fosse morte por acidente do trabalho ou por outra causa, permanecendo assim até o presente.

Convém registrar, todavia, que o dispositivo relacionado à pensão da viúva que contraísse novo matrimônio vinha senso suavizado pela jurisprudência, permitindo a manutenção da cota (da pensão), mesmo adquirindo outro casamento, posição criticada por Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, o qual dizia que contrariava a letra expressa da lei e princípios técnicos previdenciários, como a regra da contrapartida, então prevista no parágrafo único do artigo 165 da CF/69<sup>46</sup>. Convém ressaltar que essa crítica doutrinária espelhava a influência do paradigma do Estado Social, o qual, dentre outras características, é refratário ao ativismo judicial etc., e que nessa época, 1987, está em transição para o novo (paradigma de) Estado Democrático de Direito.

Entendemos que essa jurisprudência quis privilegiar o casamento e evitar que, para continuar recebendo a cota da pensão, a ex-mulher só mantivesse relações de concubinato ou união estável. Todavia, do ponto de vista técnico, a manutenção desse benefício não seria recomendável, e do ponto de vista lógico, não faria muito sentido receber pensão pela morte do primeiro marido ou companheiro se contraiu novo casamento ou nova união estável, já que o novo relacionamento, além de ser ato de livre vontade<sup>47</sup>, não compulsório, trará

<sup>46</sup> OLIVEIRA, op. cit., nota de rodapé nº 52, p. 353.

<sup>47</sup> CC de 1916, Art. 194. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que persistem no propósito de casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento ... (grifamos).  
CC de 2002, Art. 1.535. Presentes os contraentes [...], ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade ... (grifamos).

entre os nubentes mútuo dever de alimentos, como preveem o antigo e o novo Código Civil<sup>48</sup>.

### 3.2 Proteção da família

A CF/88, mesmo fora dos dispositivos que regulam a Seguridade, sempre quis proteger demasiadamente a família, mesmo a não-convencional, como a formada por união estável. O Código Civil idem, trazendo obrigações alimentares aos membros da família, independentemente da hierarquia do parente.

Como ressalta Wagner Balera, “*o primado da família, no quadro da proteção jurídica da seguridade social, não discrepa, como é curial, da posição sobranceira que o núcleo fundamental da sociedade ocupa no mundo*”.<sup>49</sup>

Para essa proteção, a Previdência Social prevê os benefícios relacionados à dependência econômica, isto é, aqueles pagos aos dependentes econômicos, e cuja finalidade é proteger o risco social da ausência do provedor financeiro e material da unidade familiar. A fim de atingir tal escopo, a Previdência, através do RGPS, destina aos filhos, cônjuge, pais etc. (dependentes econômicos do segurado), um benefício financeiro que seja tão próximo quanto possível da renda percebida pelo ente responsável pelo sustento da família.

Nesse contexto, os benefícios com tais características são a pensão por morte e o auxílio-reclusão, pagos àqueles familiares que não contam com a renda trazida ao lar pelo segurado que jaz ausente, por morte ou por reclusão penal.

Carlos Ayres Britto ressalta como peculiaridade do benefício de pensão por morte o fato de que seu titular não o tem para si mesmo, mas para o gozo de seus familiares ou dependentes econômicos. E, após afirmar que se trata de direito subjetivo de caráter pecuniário, pontua:

Trata-se, então, de assegurar a alguém o conforto espiritual de poder transmitir aos seus herdeiros ou sucessores um certo rendimento mensal. Com o que não se desfalca, de todo, o ganho habitual de um núcleo doméstico que perde para sempre um dos seus componentes humanos (exatamente aquele titular a quem a Magna Lei conforta no plano espiritual).<sup>50</sup>

E sobre a contingência morte do segurado, convém ressaltar que “nenhum regime previdenciário pode ser considerado completo sem a previsão desse risco social clássico”<sup>51</sup>.

48 Vide art. 231, III do CC de 1916 e art. 1.566, III do CC de 2002.

49 BALERA, op. cit., p. 215.

50 BRITTO, Carlos Ayres. *Pensão por morte na Constituição*. p. 15.

51 GONÇALVES, Ionas Deda. *Direito previdenciário*. p. 180.

### 3.2.1 As entidades familiares após a Constituição de 1988

O suporte jurídico que tratava da família tradicional brasileira, tal qual prevista no Código Civil de 1916, está sendo reformulado para acompanhar as inovações sociais. Da família legítima, criada pelo casamento civil, o Direito passou a disciplinar e proteger outras formações familiares.

Segundo Fernando Horta Tavares e outros, em decorrência das mudanças sociais havidas, e sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a CF/88 propõe:

[...] um novo conceito de família, cujo conteúdo deve implicar a inclusão de novos arranjos familiares, ao reconhecer o pluralismo fático em que estes se desenvolvem. Ressalve-se, ainda, o compromisso com o bem de todos e com respeito à diferença, consectários da nova ordem jurídica, que não deve sucumbir a juízos retrógados de natureza moral e religiosa, não compatíveis com os princípios conformadores do Estado Democrático de Direito<sup>52</sup>.

Todavia, Maria Berenice Dias ressalta que mesmo com a Constituição alargando o conceito de família, *“ainda assim, no rol constitucional, não se encontram enumeradas todas as conformações familiares que vicejam na sociedade”*, dentre elas a anaparental<sup>53</sup>, formada por pessoas estruturadas com identidade de propósito, mas sem parentesco, e a família eudemonista, cuja identificação se dá só pelo seu envolvimento afetivo<sup>54</sup>.

Por conseguinte, dada a multiplicidade de modelos familiares, e em face da natureza restrita deste trabalho, ater-nos-emos a mencionar as formas familiares que de alguma forma obtiveram proteção previdenciária.

Também importante é registrar a busca da igualdade material advinda com o inciso I do art. 5º da CF, segundo o qual *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”* nos termos da Constituição, bem como o preceito de que *“os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”*, contido no § 5º do art. 226, CF. Daí se percebe um dos fundamentos para que a legislação previdenciária não discrimine o homem enquanto beneficiário de pensão por morte, pois como visto no subitem 3.1, até a edição da Lei 8213 de 24/07/1991, só o homem inválido era considerado dependente da mulher ou companheira.

Da mesma forma, resgatou-se a injustiça cometida ao filho havido fora do casamento tradicional (civil), pois segundo o § 6º do art. 227, CF, *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*.

52 TAVARES, Fernando Horta. *Apostamentos para o reconhecimento das uniões homossexuais face ao paradigma do estado democrático de direito*. p. 446.

53 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. p. 44.

54 *Ibidem*, p. 45.

### 3.2.1.1 União estável

A união estável foi positivada através do § 3º do art. 226 da CF, que diz que “*para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”.

A primeira lei infraconstitucional a regular a união estável, então chamada de união entre companheiros, e com a finalidade precípua de disciplinar direitos alimentares e sucessórios, foi a Lei Federal 8.971 de 29/12/1994, que exigiu prazo mínimo de cinco anos de convivência, ou, existência de filhos em comum. Segundo Maria Berenice Dias, “*tais foram as críticas que, antes de haver passado ano e meio, foi promulgada a Lei nº 9.278/96*”<sup>55</sup>.

Assim, a união estável propriamente dita foi regulamentada pela Lei Federal 9.278 de 10/05/1996, que se autodenominou regulamentadora do dispositivo constitucional supracitado, isto é, o §3º do art. 226 da CF/88, e usou expressamente a locução “entidade familiar” para designar a “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” (art. 1º da Lei 9.278/96).

Essa lei foi tacitamente revogada pelo novo Código Civil, que passou a disciplinar o instituto através dos artigos 1723 a 1727. Ambos os diplomas não impuseram um tempo mínimo de convivência, ao contrário da Lei 8.971/94.

Mas o mérito de reconhecer união estável ou união de companheiros, ao menos para fins previdenciários, foi da legislação previdenciária, antes da legislação civil. Com efeito, a primeira CLPS (Decreto 77.077/76), no artigo 13, inciso I, considerava dependente do segurado, “a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos”, prazo que ficava eliminado acaso houvesse filho em comum (§2º).

Também a “nova” CLPS (Decreto 89.312/84), no art. 10, inciso I, considerava dependente do segurado a “*companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos*”. Igualmente, em caso de filho em comum, ficava suprido esse prazo mínimo (art. 11, § 2º).

### 3.2.1.2 União homoafetiva

Como já foi dito, a realidade social mudou o conceito tradicional de família e de casamento, e o Direito, como não poderia deixar de ser, acabou por reconhecê-lo, enfatizando a família pelo critério afetivo. Todavia, ainda não há previsão legal, através da via formal legislativa, dessas novas formas familiares, mas somente reconhecimento jurisprudencial.

No âmbito previdenciário, foi no ano de 2000, através da ação civil pública nº 2000.71.00.009347-0, que o companheiro ou companheira do mesmo sexo passou a integrar o rol de dependentes preferenciais, inicialmente pela

55 DIAS, Maria Berenice. *A União Estável*. p. 1

concessão de tutela antecipada, pelo Juízo de primeira instância. Após prolação de sentença e sua confirmação por acórdão<sup>56</sup>, julgado por unanimidade<sup>57</sup>, extraímos do voto do relator o seguinte excerto:

Veja-se que a partir do momento em que o trabalhador/segurado passa a contribuir obrigatoriamente para a construção de um sistema de seguridade, é legítima sua expectativa de que, diante das adversidades da vida, lhe seja garantida a manutenção de seu padrão de vida e das pessoas que com ele convivem. Por este raciocínio, também no plano de custeio da seguridade social, não se afigura razoável impedir casais do mesmo sexo de gozar das prestações previdenciárias tão-somente por terem constituído, por razões de foro íntimo, uniões homossexuais.

Por conseguinte, uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, tenho que a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo deve-se dar nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão e auxílio-reclusão.

Indo além da união estável, convém registrar a doutrina de Roberto Arriada Lorea, para quem não há impedimento legal ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, inclusive com a desnecessidade de criação de lei nova para regulá-lo (o casamento), vez que “*basta um juiz de direito deferir o casamento à luz dos princípios da Constituição Federal*”, e, ainda mais considerando-se que no Brasil os pedidos de casamento passam pelo crivo do Judiciário, nos termos do art. 1.526 do Código Civil<sup>58</sup>. O Poder Judiciário também pode se utilizar das técnicas de integração da norma, pela analogia -- com a previsão legal de casamento heterossexual -- e pelo uso dos princípios gerais do direito<sup>59</sup>.

### 3.2.1.3 Família monoparental

Esta espécie de entidade familiar, “*formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”, segundo a previsão contida no § 4º do art. 226 da CF, já está protegida previdenciariamente nos termos dos incisos I e II do artigo 16 da Lei 8.213/91.

56 Ap. Cível nº 2000.71.00.009347-0, 6ª Turma, TRF da 4. Região, rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira, j. 27-07-2005, v.u. Disponível em: <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=718376&hash=174723d006fd76b54bd9333b0a611507](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=718376&hash=174723d006fd76b54bd9333b0a611507)>. Acesso em: 20 out. 2013.

57 Transitado em julgado aos 19-08-2011, após desistência, pelo INSS, do RE 638514/RS. Disponível em: <<http://www.stfjus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4057336>>. Acesso em: 21 out. 2013

58 LOREA, Roberto Arriada. *Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual*. p. 491.

59 *Ibidem*, p. 494.

Assim, o filho é dependente dos pais, enquanto não for emancipado, ou enquanto tiver menos de 21 anos de idade, ou ainda se for considerado inválido. E o pai é considerado dependente de seu filho, desde que comprovada a dependência econômica. Sobre a comprovação da dependência econômica, vide item nº 4, *infra*.

### 3.3 Breves noções da teoria da norma jurídica e o benefício da pensão por morte

No direito previdenciário vemos dois tipos básicos de relação jurídica, sendo uma delas relativa à contribuição previdenciária, de natureza tributária e outra relativa à prestação de um serviço ou pagamento de um benefício, de natureza previdenciária, e que é a que nos interessa, e sobre a qual faremos uma análise sumária.

Valendo-nos de algumas noções básicas da Teoria Geral do Direito, há que se dizer que essa relação jurídica há de estar prevista, tipificada, em uma norma jurídica.

Segundo Miguel Reale, as regras jurídicas de conduta, que são aquelas que abrangem tanto a atividade do Estado como comportamentos individuais, estruturam-se, do ponto de vista lógico, como juízos hipotéticos, segundo o esquema “*se F é, C deve ser*”. Elas se estruturam de maneira binada, articulando os elementos hipótese (fato-tipo) e dispositivo (ou preceito)<sup>60</sup>.

Sob outra nomenclatura, pode se esclarecer que o antecedente normativo descreve um fato de ocorrência possível no mundo fenomênico, e tem como elementos os critérios material, espacial e temporal. Já o conseqüente normativo compõe-se dos critérios pessoal e quantitativo<sup>61</sup>.

### 3.4 Antecedente normativo

#### 3.4.1 Critério material

O critério material, na norma jurídica previdenciária, é o fato juridicamente relevante, isto é, o fato descrito como risco social (ou contingências, ou eventos na linguagem constitucional). Tais fatos, quando ocorridos no mundo real, podem gerar as necessidades sociais que serão protegidas pelas prestações previdenciárias (benefícios e serviços).

No nosso trabalho o fato relevante é a morte do segurado, pois ela gerará situação de necessidade social, e esta será protegida por uma ou mais prestações previdenciárias (descrita no conseqüente normativo). Essa proteção é, atualmente,

60 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. p. 100.

61 LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. p. 36.

representada pelo benefício de pensão por morte, mas no passado já contou, também, com a concessão auxílio-funeral<sup>62</sup> e de pecúlio<sup>63</sup>, benefícios revogados.

De se ressaltar, como lembra Daniel Pulino, que a lei geralmente não menciona a situação de necessidade social, pois esta é selecionada por intermédio das contingências sociais<sup>64</sup>.

### 3.4.2 Critério espacial

É o critério que delimita o espaço, área ou território no qual haverá a incidência da norma jurídica e, conseqüentemente, a relação jurídica previdenciária. No caso da Lei 8213/91, como regra o espaço é o território brasileiro, mas há situações excepcionais regradas pelo artigo 11, inciso I, alíneas *c, e, f*, e inciso V, alínea *e*, nos quais o trabalho é prestado fora do território nacional.

### 3.4.3 Critério temporal

É o critério que determinará, no tempo, a norma jurídica a ser aplicada; o momento exato em que tal norma incidirá; se essa norma poderá retroagir ou não. No caso da pensão por morte real, por exemplo, é a data do óbito o elemento mais importante relativo ao critério temporal; e em caso de morte presumida, é a data da decisão judicial que a declara (art. 74, I, III, Lei 8213/91).

### 3.5 Conseqüente normativo

É nessa parte da norma jurídica que encontraremos os elementos que permitirão identificar qual a prestação (ou obrigação) que será fornecida se ocorrida o fato descrito anteriormente na hipótese (ou antecedente normativo), para quem será prestada e por quem deverá ser cumprida. Esses elementos permitirão identificar a relação jurídica que irá se formar, e se dividem em critérios pessoal e quantitativo.

Segundo Augusto Grieco Sant'Anna Meireinho, o conseqüente normativo “*desenha a previsão de uma relação jurídica, permitindo a identificação do sujeito passivo e do sujeito ativo (critério subjetivo), bem como a base de cálculo e a alíquota incidente (critério quantitativo)*”<sup>65</sup>.

62 Decreto 89312/94 (CLPS). [...] Art. 46. O auxílio-funeral é devido ao executor do funeral do segurado, em valor não excedente do dobro do valor-de-referência da sua localidade de trabalho. Parágrafo único. O executor dependente do segurado recebe o valor máximo previsto.

63 *Pecúlio pela morte por acidente do trabalho* (Lei 8213/91, art. 81, III).

64 PULINO, op. cit., p. 73.

65 LEITÃO; MEIRINHO, op. cit., p. 38.



### 3.5.1 Critério quantitativo

Por uma questão prática e até didática, analisaremos este elemento (quantitativo) antes do pessoal, que será visto logo adiante.

Como visto, o critério quantitativo está no consequente da norma jurídica e permite que identifiquemos o valor, a quantia exata que terá a prestação previdenciária.

Segundo a redação do art. 75 da Lei 8213/91, o valor mensal da pensão por morte é de 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez, hipoteticamente, na data do falecimento, observados o piso (salário mínimo) e o teto (o valor máximo do salário-de-contribuição previsto no § 5º do art. 28 da Lei 8212/91). Estes últimos representam, em 2013, os valores<sup>66</sup> de R\$ 678,00 e R\$ 4.159,00, respectivamente.

### 3.5.2 Critério pessoal

Sob o aspecto do critério pessoal, ou subjetivo, temos os sujeitos ativo e passivo da relação jurídica, que são os destinatários da norma.

#### 3.5.2.1 O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

No caso do sujeito passivo, como detentor da obrigação de prestar a prestação previdenciária -- que pode ser o pagamento de um benefício, ou a prestação de um serviço de reabilitação profissional etc. --, a pessoa eleita foi o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, uma Autarquia Federal, criada através do artigo 17 da Lei Federal 8.029 de 12/04/1990, e que sucedeu, por fusão, o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS e o Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS.

Relevante registrar que a opção de descentralização administrativa na área da Previdência Social é antiga, desde a criação dos IAP's, passando pela criação do INPS e do IAPAS, como dito no subitem 2.2.

#### 3.5.2.2 Os dependentes elencados na Lei 8213/91

Já com relação aos sujeitos ativos do benefício de pensão por morte, temos o rol de dependentes selecionados pelo legislador ordinário, e que se encontra descrito no artigo 16 da Lei Federal 8213/91, abaixo transcrito:

Lei 8213/91

Dos Dependentes

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

66 Artigo 2º da Portaria Interministerial MPS/MF nº 15 de 10/01/2013.

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

[...]

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Além desse rol, o legislador incluiu o cônjuge divorciado ou separado, judicialmente ou de fato, nos termos do § 2º do art. 76, abaixo:

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

§ 1º O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.

§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei.

Como adiantado no subitem 2.4.3, a doutrina dividiu os dependentes em três classes, acompanhando, de certa forma, os três incisos do art. 16 supracitado. Assim temos os dependentes preferenciais ou de primeira classe (inciso I), os de segunda (inciso II) e os da terceira classe (inciso III), e os que lhe foram equiparados.

É que o § 1º do art. 16 traz uma ordem de privilégio entre eles, de sorte que os da última classe só poderão se habilitar à pensão por morte se não houver candidatos da classe anterior (a segunda), que por sua vez só poderão se habilitar se não houver dependentes da classe anterior (a primeira).

### 3.5.2.3 Os beneficiários previstos no artigo 201, V, da CF

Tanto a redação original do inciso V do artigo 201 da CF/88, quanto a redação alterada pela EC 20/98 disseram, no tocante à pensão por morte, que o benefício seria devido não só aos dependentes, mas ao cônjuge ou companheiro. Ora, considerando-se que o cônjuge e o companheiro(a) também são dependentes, qual a razão dessa aparente redundância?

Vejamos a redação original e a atual:

Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º e no art. 202.

Art. 201 pela EC 20/98. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Considerando-se o princípio de hermenêutica de que a lei não contém palavras inúteis, interpretamos essa redação, aparentemente redundante, como vontade do legislador constituinte de conceder ao cônjuge e companheiro o benefício de pensão por morte, ainda que por qualquer outro motivo eles não pudessem ser considerados dependentes.

Se a redação dissesse apenas “pensão por morte aos dependentes”, correr-se-ia o risco de o legislador ordinário fazer alguma restrição legal, financeira etc., ao cônjuge ou companheiro, de sorte que tais pessoas fossem excluídas do rol de beneficiários.

Todavia, o entendimento de Wladimir Novaes Martinez não foi nesse sentido expressamente, embora também não o contrarie. Comentando a redação do supracitado inciso V, disse: *Não se sabe a intenção da ANC ao se referir expressamente ao homem e à mulher, possivelmente no sentido de casados entre si, e não fala em companheiro e companheira*<sup>67</sup>.

### 3.5.2.4 Casos especiais

#### 3.5.2.4 a. Dependente universitário

Para o Direito Previdenciário não há como se prorrogar o período presumido de dependência do filho, maior de 21 anos e até 24 anos, somente pelo fato de ser estudante universitário.

De fato, existe benefício fiscal nesse sentido, porém só aplicável no âmbito do imposto de renda, previsto na Lei Federal 9.250 de 26/12/95, que dispõe:

Art. 35. [...];

§ 1º Os dependentes a que se referem os incisos III e V deste artigo poderão ser assim considerados quando maiores até 24 anos de idade, se

67 MARTINEZ, op. cit., p. 62.

ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.

O argumento utilizado pelo INSS é basicamente o de que o instituto já é regido por lei especial (previdenciária), que dá tratamento completo à matéria, não se podendo utilizar outro dispositivo de lei especial, nem a analogia, porque a situação não está descoberta pelo Direito positivo. Judicializada a questão, os Tribunais têm decidido favoravelmente ao INSS, como se vê, exemplificativamente, do teor da Súmula da TNU abaixo<sup>68</sup>:

A pensão por morte, devida ao filho até os 21 anos de idade, não se prorroga pela pendência do curso universitário.

(Súmula 37 da Turma Nacional de Uniformização; DJ de 20/06/2007)

#### 3.5.2.4 b. Dependente inválido após a maioridade

O filho, ou irmão, descritos no subitem 3.5.2.2, são espécies de beneficiários cuja dependência existirá até que completem a maioridade previdenciária (21 anos) ou, ultrapassada esta, na hipótese de serem inválidos, segundo o disposto no art. 16, I e III, da Lei 8213/91.

O Regulamento da Previdência Social é mais explícito, e mais restritivo, e dispõe:

Art. 108. A pensão por morte somente será devida ao filho e ao irmão cuja invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos, desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado.

A controvérsia que se estabelece é que o texto da lei, fundamento de validade do decreto, não exigiu que a invalidez tivesse que surgir antes dos 21 anos, ou antes da emancipação. Por isso tem havido decisões que albergam essa tese e concedem a pensão mesmo que a invalidez tenha surgido após a maioridade ou após as hipóteses de emancipação. A questão ainda não está pacificada.

#### 3.5.2.4 c. Menor sob guarda

O menor sob guarda era considerado dependente do segurado desde a primeira Consolidação das Leis da Previdência Social<sup>69</sup>. Foi mantido na segunda Consolidação e na redação original do PBPS da Lei 8.213/91, sendo excluído do rol de dependentes através da Lei 9.528 de 10/12/1997.

Sobre essa espécie de beneficiário, Wagner Balera entendeu ser *“estranhíssima a exclusão de menor sob guarda do rol de dependentes, consoante dispunha a primitiva redação do §2º do art. 16”*.

68 No mesmo sentido, o AgRg no REsp 818640/SC, 2006/0027610-8, 6ª Turma, STJ, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. 17/06/2010, v.unânime.

69 A primeira CLPS foi veiculada pelo Decreto 77.077/76 e a segunda, pelo Decreto 89.312/84.

E após afirmar que o Ministério Público aforou diversas ações civis públicas para tentar restaurar a proteção social desse menor, disse que a justificativa dada pelo Poder Executivo foi a mesma utilizada em outras hipóteses de redução de direitos sociais, qual seja, a existência de fraudes. E sobre fraude, Wagner Balera responde com os argumentos então dados pelo Ministro do STJ, Arnaldo Esteves Lima, em voto<sup>70</sup> de sua lavra, que dispunha:

[...] existem muitas (guardas) que são legítimas, a pessoa obtém a guarda de um menor legitimamente, pois quer proteger, tem condições, acha que é justo e merecido. Mas, aquele menor que está legitimamente numa situação desta, será colocado numa vala comum porque existem fraudes? As fraudes devem ser combatidas pela fiscalização, pela polícia, pelo aparelho preventivo e repressivo que a legislação coloca à disposição da nossa sociedade.<sup>71</sup>

João Ernesto Aragonés Vianna também seguia essa linha doutrinária de Wagner Balera, mas mudou sua posição no sentido de que o *“Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não garante a qualidade de dependente do menor sob guarda judicial por ser norma de cunho genérico, inaplicável aos benefícios mantidos pelo RGPS, os quais, por sua vez, são regidos por lei específica”*.<sup>72</sup> Convém registrar que esse também foi o entendimento mantido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 627.474<sup>73</sup>.

Sergio Pinto Martins esclarece que a guarda de menores saiu da hipótese de dependência por conta dos abusos que eram cometidos e que oneravam a Previdência, *“pelo requerimento da inclusão de menor sob a guarda dos avós com o objetivo de dependência para efeito de previdência social”*.<sup>74</sup>

Pensamos como Wagner Balera, no sentido de que o menor sob guarda, deveria desfrutar da proteção previdenciária, já que, para diminuir a ocorrência de fraudes, bastaria o rigor na concessão e na fiscalização. Ousamos opinar, ainda, que após a devida alteração legislativa no ECA e no PBPS, recomendável, bastaria que se impusessem condições mais rigorosas do que as impostas aos demais beneficiários do parágrafo 2º do artigo 16 do PBPS (que são o enteado e menor tutelado), como por exemplo: exigir, além da comprovação de dependência econômica em relação ao guardião, que não houvesse dever alimentar pelos pais, seja de fato (pesquisa socioeconômica, documentos), seja de direito (previsão no ECA); exigir a guarda permanente (e não a excepcional ou provisória, previstas nos arts. 33, § 2º e 167 do ECA); exigir que guardião e pais não estejam sob o mesmo teto (pois nítida será a simulação); exigir que tenha havido a perda ou suspensão do poder familiar por decisão judicial (art. 24 do ECA) etc.

70 Recurso Especial n. 844.598-PI.

71 BALERA, op. cit., p. 276

72 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. p. 212.

73 5ª Turma, v.u., DJ 29-08-2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1887648&sReg=200302161811&sData=20050829&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1887648&sReg=200302161811&sData=20050829&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 11 set. 2013.

74 MARTINS, op. cit., p. 294.

#### 3.5.2.4 d. Dependente designado

O dependente econômico chamado de pessoa designada era previsto originalmente no inciso IV do artigo 16 da Lei 8.213/91, mas foi excluído pela Lei 9.032 de 28/04/95.

Também era previsto em legislações anteriores, a saber, nas duas Consolidações das Leis da Previdência Social<sup>75</sup>. E ainda é previsto no Regime Próprio de Previdência dos servidores públicos civis da União.

Registra-se que, segundo a Súmula nº 4 da TNU dos Juizados Especiais Federais, não há direito adquirido a continuar sendo tratado como dependente, mesmo que a designação tenha ocorrido antes da Lei 9032/95, se o óbito ocorreu depois dessa, *in verbis*: *Não há direito adquirido à condição de dependente de pessoa designada, quando o falecimento do segurado deu-se após o advento da Lei n. 9.032/95.*

#### 3.5.2.4 e. Os dependentes excluídos e o princípio da proibição do retrocesso social

Quanto à possibilidade de questionar a constitucionalidade dos dispositivos legais que retiraram essas espécies (descritas acima) de beneficiários do rol legal, segundo a teoria da vedação do retrocesso social, de J.J. Gomes Canotilho, como já dito algures, confessamos desconhecer essa postulação judicial para tais espécies de beneficiários.

Convém lembrar a ideia do mestre português:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de <<contra-revolução social>> ou da <<evolução reacionária>>. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. [...] O princípio da *proibição de retrocesso social* pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. [...] <sup>76</sup>(grifado no original).

É verdade que o princípio em si já foi ventilado outras vezes, em discussões judiciais previdenciárias, quando se questionou a proibição de acumulação de benefícios (Rec.Inom. 2009.7051.0081726, 2ª TR/JEF/

<sup>75</sup> Vide nota nº 69.

<sup>76</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 338-340.

PR<sup>77</sup>) e, dentre outros, quando se questionou o teto aplicado ao benefício de salário-maternidade (ADI 1.946-5/DF<sup>78</sup>), sendo que em tais precedentes o dispositivo legal foi afastado, por esse vício de inconstitucionalidade.

Na ADI que questionava a imposição de um valor teto ao benefício pago como licença-gestante<sup>79</sup>, a expressão usada foi “retrocesso histórico”, sem menção à teoria de Canotilho, mas que possivelmente teria a mesma fonte de inspiração. Vejamos parte da ementa:

E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

Ocorre que quando há supressão ou revogação de norma constitucional, a violação ao princípio parece mais evidente (como no exemplo supra da licença-gestante); já quando a alteração ocorre pela via da legislação ordinária, há que se ponderar a aplicação de tal princípio com outros informadores da Seguridade, como o da seletividade. Embora esta questão fugisse do nosso foco, entendemos conveniente ter deixado o registro.

### 3.6 Carência e qualidade de segurado

Carência é, nos termos do artigo 24 da Lei 8213/91, “o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências”.

O benefício de pensão por morte não exige carência, nos termos do artigo 26, I, da Lei 8213/91, mas exige que o falecido, aquele que se pretende seja o instituidor do benefício, estivesse em posse da qualidade de segurado.

Ter a qualidade de segurado significa estar protegido pelo sistema de seguro ao qual se encontra filiado. Segundo Augusto Grieco S. Meirinho:

Como regra geral, em um sistema de seguros, a pessoa conserva a proteção securitária contra os sinistros previstos no contrato enquanto mantém a qualidade de segurado, o que se dá durante o tempo de cobertura em decorrência do pagamento do prêmio do seguro (que pode ser feito integralmente de uma só vez ou de forma parcelada).<sup>80</sup>

Convém dizer que nem sempre foi assim, pois sob a vigência da LOPS não se exigia carência (vide subitem 3.1 supra).

77 Recurso Inominado 2009.7051.0081726, 2ª TR, JUÍZO A, JEF PR. Disponível em: <[http://www5.jfpr.jus.br/arquivos\\_ndoc/tr/200970510081726.pdf](http://www5.jfpr.jus.br/arquivos_ndoc/tr/200970510081726.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2013.

78 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>>. Acesso em: 12 out. 2013.

79 O benefício previdenciário é chamado salário-maternidade.

80 MEIRINHO, Augusto Grieco S. *Prática Previdenciária*: a defesa do INSS em juízo. p. 16.

A Medida Provisória 1.729 de 02/12/1998 tentou restabelecer a carência de 12 meses, mas esse dispositivo não se converteu na Lei 9732 de 11/12/98.

### 3.7 Cumulação

A regra de acumulação de benefícios em geral encontra-se disposta no artigo 124 da Lei 8213/91, e no tocante à pensão por morte, está descrita no inciso VI, *in verbis*:

Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

VI - mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa.

Essa proibição veio a lume após a alteração trazida pela Lei Federal 9.032 de 28/04/1995; isto é, antes dela não havia proibição para a acumulação de duas pensões pagas pelo RGPS, ou seja, uma pensão deixada pelo primeiro cônjuge ou companheiro, e uma segunda pensão, quíça uma terceira, também deixada pelo último cônjuge ou companheiro, no caso de viuvez.

Convém esclarecer que o beneficiário(a) que recebe pensão pela morte de cônjuge ou companheiro(a) pode, teoricamente, acumulá-la com outra pensão, deixada por filho, por exemplo, se comprovado que dele dependia economicamente.

A pensão por morte também não pode ser acumulada com o benefício de prestação continuada da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei 8742/93), nos termos de seu artigo 20, § 4º. Todavia, já o seguro-desemprego é benefício que pode ser recebido conjuntamente, segundo o parágrafo único do mesmo artigo 124 supracitado.

### 3.8 O benefício análogo: auxílio-reclusão

Como já dito, os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão são semelhantes entre si.

Todos os elementos comuns à pensão por morte são aplicáveis ao auxílio reclusão. A diferença básica entre eles, como se vê do próprio nome, é o evento social (contingência) que desencadeia a situação de necessidade social que será protegida. Esse evento ora é a morte (real ou presumida), ora é a reclusão em estabelecimento prisional.

Por questão óbvia, percebe-se que se o segurado está recluso, está tão impossibilitado de auferir rendimentos para sustentar sua família (seus dependentes) quanto o segurado que foi a óbito.



## 4 DEPENDÊNCIA ECONÔMICA

### 4.1 Conceito

A dependência econômica é o elemento que permite aferir a real necessidade da percepção do benefício, de forma que, sem dependência econômica, poderia se falar que a pessoa tipificada como beneficiária (parente, companheiro, cônjuge) não receberia o benefício.

Ela decorre de um certo vínculo entre os segurados e essas pessoas, dependentes, cuja importância é tal que o direito previdenciário entende por bem lhes fornecer uma proteção jurídica, social e financeira.

Segundo Wladimir Martinez:

Em face da legislação vigente considera-se dependência econômica a relação jurídica estabelecida entre duas ou mais pessoas de modo que elas mutuamente se assistam ou uma delas seja assistida pela outra, em caráter parcial ou total, respondendo pela manutenção da família.<sup>81</sup>

Wagner Balera, já na primeira anotação feita ao artigo 1º da Lei 8213/91, diz: *A Previdência Social, à luz da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social – LBPS, Lei nº 8.213, de 24.07.91, DOU 14.08.91, está ligada ao conceito de dependência econômica.*<sup>82</sup>

E, sob o viés econômico o professor esclarece que a “*dependência é, na relação de seguridade, fato econômico a que as normas conferem relevância jurídica e, nessa medida, merece ser considerada*”.<sup>83</sup>

### 4.2 Exigência de início de prova material

Para comprovação da dependência econômica, o Regulamento da Previdência Social exige início de prova documental, embora, a rigor, essa disposição regulamentar não encontre respaldo ou fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, seja a legislação ordinária (Lei 8213/91), seja a legislação constitucional.

Acreditamos que a inspiração para tal dispositivo regulamentar tenha vindo da regra prevista para a comprovação de tempo de serviço, contida no parágrafo 3º do artigo 55 da Lei 8213/91, esta sim, com exigência expressa de início de prova material:

Art. 55.

[...]

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no

81 MARTINEZ, op. cit., p. 104.

82 BALERA, Wagner. *Legislação Previdenciária Anotada*. p. 243.

83 BALERA, Wagner. *Da proteção social à família*. p. 222.

Art. 108, *só produzirá efeito quando baseada em início de prova material*, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento. (grifamos)

Como dissemos, para comprovação da dependência econômica, não é a lei ordinária, mas o decreto regulamentador, que exige, também, início de prova material. É o que se vê no Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99), em seu artigo 22, § 3º, seja na redação atual, dada pelo Decreto 3668/00, seja na redação original:

§ 3ª Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos:

[...]

Todavia, apesar dessa disposição infralegal, em matéria de dependência econômica está se consagrando o entendimento segundo o qual é suficiente a prova exclusivamente testemunhal:

1. No nosso sistema processual, coexistem e devem ser observados o princípio do livre convencimento motivado do juiz e o princípio da liberdade objetiva na demonstração dos fatos a serem comprovados (arts. 131 e 332 do Cód. de Pr. Civil).
2. Se a lei não impõe a necessidade de prova material para a comprovação tanto da convivência em união estável como da dependência econômica para fins previdenciários, não há por que vedar à companheira a possibilidade de provar sua condição mediante testemunhas, exclusivamente.
3. Ao magistrado não é dado fazer distinção nas situações em que a lei não faz.
4. Recurso especial do qual se conheceu, porém ao qual se negou improvemento.

(Resp 783697, Processo 200501580257, URF: GO, 6ª Turma, STJ, Relator Min. Nilson Naves, j. 20/06/2006, v. unânime, DJ 09/10/2006, p. 372)<sup>84</sup>

E quanto à qualidade da prova, a doutrina de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari explica que:

Segundo julgado da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, ainda que se admitisse a *prova exclusivamente testemunhal* para a demonstração da união estável, esta prova deve ser coerente e precisa, capaz de servir de elemento de convicção para o juiz (20038320007772-8/PE, Sessão de 24.5.2006).(grifamos)<sup>85</sup>

84 O mesmo entendimento encontrava-se na 5ª Turma do STJ, cf. REsp 1082631/RS.

85 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. p. 662.

### 4.3 A comprovação da dependência econômica

Iniciamos reproduzindo, pela pertinência, as palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “*O ordinário é provar; presumir é extraordinário*”<sup>86</sup>.

Praticamente não há grandes controvérsias em se afirmar que a legislação previdenciária estabeleceu presunções sobre a ocorrência da dependência econômica de certas pessoas (beneficiários-dependentes) para com outras (segurados-mantenedores-instituidores).

Por questões históricas, sociais e culturais, o legislador tratou de considerar que a dependência econômica existiria sempre, de forma presumida, em determinadas relações familiares, quais sejam, as relações conjugais e de união estável, e em relação aos filhos menores de 21 anos (salvo se inválidos).

Em outras situações fáticas, isto é, em outras relações familiares, como entre o segurado e seus genitores, por exemplo, o legislador tratou de exigir que a eventual dependência econômica fosse comprovada pelo interessado.

Assim, o fato dependência econômica ora tem que ser comprovado pelo interessado, ora não precisa ser comprovado, porque sua existência é presumida.

Todavia, as divergências surgem quando se quer saber se essa presunção é relativa ou absoluta, isto é, se pode o INSS, por exemplo, contrariar essa presunção produzindo contraprova ou se há casos em que nem é admissível que o INSS faça prova em contrário.

Como ressalta Wladimir Novaes Martinez:

Tecnicamente, a dependência econômica apresenta dois cenários fáticos: a) ela é presumida e b) tem de ser provada.

É presumida em relação ao núcleo familiar básico (cônjuges, companheiros e filhos) e precisa ser demonstrada pelos outros dependentes (pais e irmãos).<sup>87</sup>

Acreditamos que essa escolha teve em vista evitar que o parente ou familiar sobrevivente tivesse que comprovar um fato que, na grande maioria dos casos, seria notório; um fato que ocorreria sempre, com pouquíssimas exceções, qual seja, a existência de dependência econômica de determinados parentes e familiares para com o segurado morto, isto é, o segurado instituidor do benefício de pensão; aquele que era o provedor material e financeiro da entidade familiar.

Por questões financeiras -- considerando o aporte público que é realizado nesse tipo de proteção social -- talvez se justifique, ou se justificasse, alterar essa regra jurídica, e exigir que o dependente (seja preferencial ou não, seja parente próximo ou distante) comprovasse sua dependência em relação ao segurado falecido.

Todavia, as particularidades do momento, o óbito recente de um parente próximo, o aspecto sentimental, religioso, espiritual, conjugado com a perda abrupta do suporte financeiro daí subjacente, devem ter levado o legislador

<sup>86</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. p. 569.

<sup>87</sup> Martinez, op. cit., p. 105.

a optar pela regra da presunção -- alguns dizem presunção absoluta, outros relativa -- da existência da dependência econômica, a fim de se evitar a exposição de fatos íntimos do cotidiano familiar, ainda que num ou outro caso possa não existir, de fato, dependência econômica.

Apesar do atual momento constitucional, em que se vive sob o paradigma de Estado Democrático de Direito, no qual não se justifica mais, nem é possível, a manutenção de excessos custeados pelos cofres públicos, não se vislumbra na jurisprudência uma mudança na interpretação da análise da dependência econômica, especialmente no tocante ao cônjuge e companheiro (que são subespécie dos dependentes da classe I, também chamados de classe privilegiada).

Para esses dependentes preferenciais, também grande parte da doutrina ainda entende que a dependência econômica ali prevista seja presumida de forma absoluta.

A legislação ordinária previdenciária, na verdade, não diz claramente que a presunção é relativa ou absoluta. Quem o faz é a doutrina e a jurisprudência. É o que veremos nos subitens 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4 e 4.3.5, abaixo.

#### 4.3.1 Presunções legais e de fato

Convém inicialmente conceituarmos o que seja presunção e, para tanto, emprestamos da doutrina de Cândido Rangel Dinamarco o seguinte conceito: *É um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa.*<sup>88</sup>

Em outro momento, disse o professor da Escola Processual de São Paulo:

A experiência pessoal do homem e a cultura dos povos mostram que existem relações razoavelmente constantes entre a ocorrência de certos fatos e a de outros, o que permite formular juízos probabilísticos sempre que se tenha conhecimento daqueles. Daí por que o homem presume, apoiado na observação daquilo que ordinariamente acontece: *praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit*. O momento inicial desse processo psicológico é o conhecimento de um fato-base, ou *indício* revelador da presença de outro fato. Seu momento final, ou seu resultado, é a *aceitação de um outro fato, sem dele ter um conhecimento direto*" (grifos do original).<sup>89</sup>

Adentrando sob o aspecto processual, o processualista explica que o objetivo de se criar uma presunção é o de facilitar a produção da prova, facilidade ocasionada por vários motivos, como a de proteger os consumidores em relação aos fornecedores; como a de conferir maior

<sup>88</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 113.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 113.

segurança jurídica à propriedade (art. 1245, § 2º, CC) e como a de fortalecer a estabilidade familiar (art. 1597, I a V, CC).<sup>90</sup>

Ainda, segundo Vicente Greco Filho, é comum os Códigos instituírem presunções quando querem trazer vantagem, no sentido probatório, a favor de determinada parte. Tal criação legal tem a finalidade de “*facilitar o labor probatório da parte a que aproveita*”<sup>91</sup>.

Pois bem.

As presunções são divididas em presunções legais (ou de direito, *praesumptiones legis*), e presunções de fato (ou presunções simples, do homem, *praesumptiones hominis*)

Também são divididas em absolutas e relativas, o que será visto nos itens seguintes.

A presunção feita através das decisões ou jurisprudência é considerada também presunção judicial (*hominis*).<sup>92</sup>

Nas presunções legais, quem formula a dedução, a conclusão, a ser tirada do fato provado, ou do fato conhecido, é o legislador.

O professor José Frederico Marques explica que: *Existe presunção legal quando a própria lei se apropria do fato provado ou de alguma circunstância do processo, para tirar a ilação referente a um fato que deva ser demonstrado*.<sup>93</sup>

Diferentemente, nas presunções de fato, ao contrário, são o produto de induções e raciocínio do juiz e do intérprete, tendo o nome de presunções *hominis*, pois o intérprete, o juiz, utiliza o raciocínio que qualquer homem fora do processo faria<sup>94</sup>.

Giuseppe Chiovenda diz que:

Quando, segundo a experiência que temos da ordem *normal* das coisas, um fato constitui causa ou efeito de outro, ou de outro se acompanha, nós, conhecida a existência de um dos dois, *presumimos* a existência do outro. A presunção equivale, pois, a uma convicção fundada sobre a ordem normal das coisas<sup>95</sup>.

Como explica Manoel Antonio Teixeira Filho, as presunções jurídicas exigem a presença de três elementos, quais sejam: 1) um fato conhecido, ou fato-base; 2) um fato desconhecido e 3) um nexo de causalidade ligando o primeiro ao segundo, sendo que o primeiro elemento precisa ser provado, mas os outros dois não, isto é, o fato desconhecido e o nexo de causalidade ficam fora do campo probatório<sup>96</sup>.

90 Ibidem, p. 114-116.

91 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. p. 189.

92 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. p. 114.

93 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 436.

94 Ibidem, p. 432.

95 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile*. 1928. p. 853, apud MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 432.

96 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. p. 44.

#### 4.3.2 Presunção absoluta

Dentre as presunções legais, ou de direito, de acordo com o que vimos acima, há a presunção chamada de absoluta (*ures et de jure*).

Sobre ela podemos dizer que se o interessado, isto é, se a parte processual (ré, autora, terceiro), conseguir comprovar um determinado fato base previsto em lei, uma consequência, também prevista na lei, terá que ser necessariamente extraída, induzida.

Se a parte demonstra, por exemplo, que tem menos de 21 anos de idade, e é filho de um segurado do RGPS, é o quanto basta para a conclusão de que essa pessoa é dependente desse segurado. E essa conclusão é de tal modo prevista na lei que não resta possibilidade de o intérprete (agente administrativo previdenciário, advogado, juiz) deixar de atender à tal inferência, deixar de aceitar essa conclusão.

Nessa situação, o fato tido como presumido -- ser dependente econômico -- é reputado como verdadeiro.

Cândido Dinamarco entende que a presunção absoluta chega ao ponto de: [...] configurar como autênticas *ficções legais* insuscetíveis de questionamento mesmo diante da demonstração de uma realidade contrária -- é o caso da chamada *presunção de conhecimento da lei*, imposta pelo art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>97</sup>. (grifado no original)

Por tal característica é comum que sejam previstas não em leis processuais, mas em leis materiais. Exemplo: usucapião com dez anos de posse depende de justo título e boa fé (1242, *caput* e parágrafo, CC), mas após quinze anos ou dez, conforme o caso, o direito material dispensa tais requisitos (1.238 CC).<sup>98</sup>

Essa é a linha também defendida por Vicente Greco Filho:

A presunção legal absoluta é aquela que não admite prova em contrário, ou seja, a lei reconhece determinada situação proibindo que se faça prova em contrário ou tornando irrelevante qualquer tentativa de prova em contrário. O juiz não pode convencer-se em sentido contrário a uma presunção legal absoluta.<sup>99</sup>

Interessante é que Manoel Antonio Teixeira Filho entende que mesmo nas hipóteses de presunção absoluta, ela não pode, digamos, ser tão absoluta assim. Isto ocorreria em “*determinados casos, caracterizados por circunstâncias peculiaríssimas*”, vez que esse absolutismo “*somente deve ser mantido enquanto for conveniente para a ordem social que a ditou*”<sup>100</sup>. O autor não exemplifica, todavia, nenhuma dessas possíveis hipóteses excepcionais.

97 DINAMARCO, op. cit., p. 116.

98 Ibidem, p. 117.

99 GRECO FILHO, op. cit., p. 189.

100 TEIXEIRA FILHO, op. cit., p. 327.

Pretendemos identificar, adiante, algumas situações positivadas em nossa legislação pátria, que contenham casos de presunção legal absoluta.

Segundo a redação dos dispositivos abaixo transcritos, encontraremos a distinção entre os exemplos que tratam de presunção absoluta e os que tratam de presunção relativa, e já adiantamos que, para aqueles, a lei não deixa espaço para contraprova, para uma segunda opção ou para uma opção em contrário àquela que está sendo presumida.

Já para se verificar os casos de presunção relativa, perceberemos que a lei deixa, expressamente, no próprio texto, a possibilidade de ressalva, a possibilidade de dilação probatória.

No Código Civil, por exemplo, vemos os seguintes exemplos (de absoluta):

Art. 163. Presumem-se fraudulentárias dos direitos dos outros credores as garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor.

Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família.

Art. 230. As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

Art. 574. Se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado.

Art. 658. O mandato presume-se gratuito quando não houver sido estipulada retribuição, exceto se o seu objeto corresponder ao daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa.

E na CLT vemos alguns, também, exemplos de presunção absoluta:

Art. 447 - Na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade.

Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.

Parágrafo único. À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.<sup>101</sup>

O Código de Processo Civil também traz seus exemplos:

Art. 12 [...]

<sup>101</sup> Manoel Antonio Teixeira Filho diz que o verbo entender deve ser lido como presumir (in: *A prova no processo do trabalho*, p. 327)

§ 3º O gerente da filial ou agência presume-se autorizado, pela pessoa jurídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial.

Art. 412. [...]

§ 1º A parte pode comprometer-se a levar à audiência a testemunha, independentemente de intimação; presumindo-se, caso não compareça, que desistiu de ouvi-la.

#### 4.3.3 Presunção relativa

A presunção relativa é aquela que pode ser afastada por prova em contrário. Pode ser realizada pela parte que seria prejudicada pela ocorrência da presunção. Em outras palavras, deve ser produzida por quem tenha interesse em contrariar a existência do fato tido por presumido.

Pela técnica das presunções relativas, a lei exclui a necessidade de prova sobre um fato, o que significa que ele permanece fora do objeto da prova e o interessado, dispensado do *onus probandi* (art. 334, inc. III – *supra*, n. 821). O que autoriza o legislador a instituir presunções é o *juízo de probabilidade* que faz, sabendo que, no desenvolvimento das coisas do mundo e das relações entre as pessoas, há fatos que são ordinariamente indicativos da ocorrência de outros fatos (*supra*, n. 823).<sup>102</sup>

E, voltando ao Código Civil, vemos os seguintes exemplos de presunção relativa, nos quais notamos a possibilidade de ressalva, de contraprova, pela parte que tinha a seu desfavor a presunção criada pela lei. É comum vermos um “se” na função de conjunção condicional; ou as expressões “até prova contrária”, “salvo”, “ressalvado” etc.:

Art. 322. Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores.

Art. 324. A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.

Parágrafo único. Ficará sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, em sessenta dias, a falta do pagamento.

Art. 325. Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação; se ocorrer aumento por fato do credor, suportará este a despesa acrescida.

Art. 500. [...]

§ 1º Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.

<sup>102</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 561.



Art. 581. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.

Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.

Art. 1.231. A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

#### 4.3.4 A posição da doutrina

O que nos interessa mais de perto é, na verdade, a legislação previdenciária que trata da dependência econômica. E mais especificamente, como essa legislação é interpretada pela doutrina e jurisprudência.

Atualmente o assunto -- isto é, a necessidade de comprovação da dependência econômica --, é regrado, expressamente, pela Lei Federal nº 8.213 de 24/07/1991, através do § 2º e do § 4º do art. 16, bem como através do § 1º e do § 2º do art. 76, abaixo transcritos:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente<sup>103</sup>;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente<sup>104</sup>;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

<sup>103</sup> Nova redação dada pela Lei nº 12.470 de 31/08/11.

<sup>104</sup> Idem nota anterior.

§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

[...]

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

§ 1º O cônjuge ausente não exclui do direito à pensão por morte o companheiro ou a companheira, que somente fará jus ao benefício a partir da data de sua habilitação e mediante prova de dependência econômica.

§ 2º O cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei.

Wagner Balera, ao tratar do tema, ensina:

O liame entre o dependente e o segurado tanto pode ser de ordem familiar quanto econômica. Esta última, em determinadas situações, é presumida.

São duas as classes de dependentes: os presumidos, catalogados no inciso I do preceito, cuja dependência econômica não exige demonstração, e os comprovados, a quem cumpre demonstrar que vivem a cargo do segurado.<sup>105</sup>

Afirma que os dependentes do inc. I do art. 16 ficam dispensados da comprovação da dependência econômica, enquanto em relação aos outros será exigida comprovação da situação que se apresenta no plano fático<sup>106</sup>.

Esclarece ainda que, atualmente, como é normal, marido e mulher trabalham, e que daí resulta uma dependência mútua, isto é, um é dependente do outro. E explica que assim como um filho não emancipado é dependente do pai, este também pode ser desse filho, ressaltando que “a dependência econômica não é exclusiva, como outrora se chegou a supor”<sup>107</sup>.

Wladimir Novaes Martinez ressalta que, tecnicamente, a dependência apresenta dois cenários fáticos, ou seja, ou é presumida -- em relação ao núcleo familiar básico (cônjuges, companheiros e filhos) --, ou precisa ser comprovada -- em relação aos pais e irmãos. Esclarece que a presunção inerente ao cônjuge e companheiro persiste enquanto há vida em comum; se estiverem

105 *Legislação Previdenciária Anotada*, p. 275-276.

106 BALERA, Wagner. *Da proteção social à família*. p. 225.

107 *Ibidem*, p. 222.

separados (desquitados etc.), há necessidade de comprovação da dependência econômica. Reconhece a divergência doutrinária sobre o tema ora estudado, para concluir que quando há uma vida em comum, o casal conta com a renda familiar para a manutenção do núcleo, ressaltando que determinada posição jurisprudencial que afirma a presunção da dependência da esposa como relativa vai na contramão da doutrina<sup>108</sup>.

Sobre os tempos atuais, em que a mulher também trabalha fora de casa, explica que<sup>109</sup>:

[...] subsiste uma mútua assistência e dependência financeira. No caso de filhos trabalhando tem-se um verdadeiro condomínio familiar; a renda do grupo custeia as despesas de todos.

Explica-nos Sérgio Pinto Martins:

Os dependentes da classe I são preferenciais, pois preferem aos dos outros incisos. Sua dependência econômica em relação ao segurado é presumida. Não há necessidade de provar dependência econômica em relação ao segurado. É uma presunção absoluta. O INSS não poderá fazer prova em sentido contrário. A dependência dos demais dependentes deverá ser comprovada. Presume-se que a pessoa seja mantida e sustentada pelo segurado.

O dependente pode ter recursos próprios. Isso não prejudica a sua condição de dependente para fins da Seguridade Social, desde que seu sustento dependa do segurado.<sup>110</sup>

Diz-nos Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari que:

A presunção de dependência econômica entre cônjuges e companheiros (§ 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91) deve ser interpretada como absoluta, embora tenha quem defenda a possibilidade do INSS poder desconstituir essa presunção<sup>111</sup>.

João Ernesto Aragonés Vianna, sobre o assunto, esclarece:

A dependência econômica da classe preferencial, ou seja, da primeira classe, é absoluta, dispensando qualquer meio de prova. Não importa se o cônjuge, por exemplo, dependia ou não economicamente do segurado. Essa presunção não admite prova em contrário. Em relação às demais classes a dependência econômica deve ser comprovada.<sup>112</sup>

Maurício de Carvalho Salviano recomenda, quanto à hermenêutica adequada, que, além da interpretação axiológica, deve se refletir sobre o

108 MARTINEZ, op. cit., p. 105.

109 Ibidem, p. 104.

110 MARTINS, op. cit., p. 293.

111 CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 662.

112 ARAGONÉS VIANNA, op. cit., p. 214.

princípio atuarial e contábil que impõe ao legislador a preocupação com a sustentabilidade do regime previdenciário.

E exemplifica, hipoteticamente, que um rico industrial, viúvo, não precisaria da pensão decorrente da morte de sua esposa, uma professora, se viesse a falecer. Então, por fim, conclui que, como a Lei 8213/91 não informou se aquela presunção é absoluta ou relativa,

*o aplicador da lei poderá perquirir dos ‘dependentes’ constantes do rol do art. 16, inc. I; e do art. 76, § 2º, ambos da norma suprarreferida, se eles realmente foram dependentes econômicos do segurado; para que se defira ou não o benefício previdenciário pleiteado*<sup>113</sup>.

Em artigo sobre o tema, Igor Ajouz pontua que:

Defende-se, sem reboço, que se à época de promulgação da Lei nº 8.213/1991 o arranjo ordinário da estrutura econômica da família brasileira não convinha ao engenho presuntivo alocado no art. 16, § 4º, passados, agora, cerca de vinte anos desde o início de sua vigência, a obsolescência da norma em comento parece indistarcável, tornando a presunção incoerente e, por conseguinte, ilegítima.<sup>114</sup>

Sérgio Henrique Salvador ressalta que houve um alto grau subjetivista do legislador quando criou os dispositivos legais que tratam da dependência, no artigo 16 da Lei 8213/91, por condensar algo tão complexo em reduzido texto legal, isto é, os dispositivos legais poderiam ser mais amplos, menos restritivos. E prossegue dizendo que nas situações dos incisos II e III do artigo 16 é que a questão assoberba o Judiciário. O autor deixa implícito, ainda, que as hipóteses de presunção absoluta poderiam ser alargadas em situações hoje classificadas de presunção relativa. Vejamos:

Como, por exemplo, realizar uma análise fria, simplista e restritiva da dependência econômica de pais trabalhadores rurais, com poucos estudos, que viviam da lide campesina e do sustento advindo pelo trabalho urbano de um filho único e solteiro, agora falecido? Ante a ausência de um mínimo de lastro documental, eles terão a habilitação denegada.<sup>115</sup>

Reforçando a controvérsia do tema, Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle afirma que a interpretação da norma previdenciária que abriga os dependentes do segurado “*não deve ser larga, sob pena de entrar em disputa com um sistema ligado ao princípio da ‘reserva do possível*”<sup>116</sup>. Mas, apesar de entender que a interpretação não deve ser larga, com relação à proteção dos dependentes da classe I, confirma que ela:

113 SALVIANO, Maurício de Carvalho. *Presunção de dependência econômica do dependente do segurado no regime previdenciário*. p. 820-821.

114 AJOUZ, Igor. *A Presunção de Dependência Econômica em Favor de Cônjuges e Companheiros de Segurados do Regime Geral de Previdência Social: a Inconsistência no Sistema Previdenciário Brasileiro*. p. 205.

115 SALVADOR, Sérgio Henrique. *O subjetivismo da dependência econômica no Direito Previdenciário*. p. 5.

116 AURVALLE, Luís Alberto d’Azevedo. *A pensão por morte e a dependência econômica superveniente*. p. 20.

[...] não se limita à exclusão das demais classes de dependentes (pais, irmãos), mas vai além, ao criar, para eles, a presunção absoluta de dependência econômica (§4º), que, em decorrência, prescinde de prova. A razão de ser de tal presunção deve ser encontrada fora do âmbito do direito previdenciário, mas especificamente no direito de família: o dever de mútua assistência e de sustento, educação e guarda dos filhos, incidentes tanto sobre o cônjuge como sobre a(o) companheira(o).<sup>117</sup>

Bruno Sá Freire Martins descreve que a presunção de dependência econômica é absoluta em decorrência principalmente da proximidade dos beneficiários com o segurado, e, nesse sentido, consideram-se absolutamente dependentes os filhos menores e o cônjuge ou companheiro. Aos demais casos, mister a comprovação da dependência<sup>118</sup>.

Também reconhece haver entendimentos de que mesmo aos dependentes preferenciais a presunção estabelecida é da espécie relativa, podendo ser desfeita por prova contrária, mas “*este posicionamento ainda é minoritário, prevalecendo o de que a presunção de dependência econômica é absoluta, não admitindo prova em contrário*”<sup>119</sup>.

Segundo Fábio Zambitte Ibrahim, os dependentes da classe I, com exceção do menor tutelado e o enteado, têm a dependência econômica presumida, e os demais dependentes, das classes II e III, devem comprová-la para receberem o benefício<sup>120</sup>.

Esclarece ainda que com a separação, mesmo de fato, rompe-se o vínculo previdenciário e o cônjuge ou companheiro(a) que abandona a vida em comum deixa de ser dependente do segurado, concluindo que “*a única exceção tomaria lugar quando, na separação ficasse assegurado o direito a alimentos...*”<sup>121</sup>

Daniel Machado da Rocha afirma, sobre a presunção, que “*predomina o entendimento de que é absoluta, não se admitindo prova em contrário tanto no caso do cônjuge quando do filho maior inválido*”. Ressalva, contudo, que a presunção requer a permanência do convívio:

[...] não se aplicando em caso de divórcio, separação de direito ou mesmo de fato em face do disposto nos arts. 17, §2º, e 76, §2º, de acordo com os quais o cônjuge *ausente*, ou seja, afastado do lar conjugal, deverá comprovar a dependência econômica para fazer jus aos benefícios (grifo do original).<sup>122</sup>

Não entendemos o motivo do autor não ter incluído no comentário acima os filhos menores e os companheiros, que estão arrolados no mesmo inciso daqueles dependentes. Talvez porque estes, filhos menores, têm o benefício cessado ao completarem 21 anos e os demais recebem-no de forma

117 Ibidem, p. 20-21.

118 MARTINS, Bruno Sá Freire. *As (os) viúvas (os) e o sistema previdenciário*. p. 316.

119 MARTINS, op. cit., p. 316-317.

120 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. p. 450.

121 Ibidem, p. 457.

122 ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. p. 108.

vitalícia, como regra. Quanto aos companheiros, presumimos que o autor equiparou-os aos cônjuges.

Ionas Deda Gonçalves explica, quanto à espécie dependente preferencial, que “*sua dependência econômica com o segurado é presumida por lei, com exceção do enteado e do menor tutelado, que devem comprová-la*”. E esclarece, no caso de marido e mulher estarem vinculados ao RGPS como segurados, que ambos também estarão filiados na condição de dependentes recíprocos, existindo conseqüentemente, “*dupla filiação de cada um dos cônjuges: como segurado e como dependente*”.<sup>123</sup>

Hermes Arrais Alencar afirma que apenas os dependentes da classe I possuem dependência econômica presumida de forma absoluta:

De tal sorte que a documentação a ser apresentada à autarquia previdenciária pelo cônjuge, companheiro(a) e filhos deve restringir-se àquela capaz de comprovar a relação conjugal, de companheirismo (união estável) e de filiação. Inadmissível qualquer exigência administrativa para apresentação de documentos comprobatórios de dependência econômica.<sup>124</sup>

Dânae Dal Bianco reconhece que a legislação vigente trata a dependência econômica de alguns familiares do falecido como presumida, independente de prova e, até, com a vedação de prova em contrário pelo órgão concessor do benefício<sup>125</sup>. Mas ressalta que essa presunção deveria se ater somente aos filhos, e até 18 anos de idade.

Quanto às demais pessoas maiores, plenamente capazes e com capacidade de trabalho, ou que tenham outras fontes de renda, ressalta ser “*imprescindível contrapor a necessidade de amparo previdenciário aos sobreviventes do segurado falecido, aos princípios da seletividade e da solidariedade*”<sup>126</sup>. É que, pagar a pensão previdenciária a quem tenha capacidade de gerar renda, e ou já esteja no mercado de trabalho, além de ferir o princípio da seletividade, fere também o da solidariedade, já que se constituirá em privilégio pago por toda a sociedade, de sorte que defende que todos os beneficiários, acima de 18 anos, mesmo em caso de invalidez, deveriam comprovar a dependência econômica<sup>127</sup>.

A posição do próprio INSS parecer ser a de considerar a presunção dos dependentes preferenciais como sendo absoluta, pois, apesar de não usar tal terminologia explicitamente, diz, no art. 45, da Instrução Normativa nº 45/2010 que:

123 GONÇALVES, Ionas Deda. *Direito previdenciário*. p. 60-61.

124 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. p. 216

125 DAL BIANCO, Dânae. *O benefício de pensão por morte do RGPS*. p. 75.

126 *Ibidem*, p. 75.

127 *Ibidem*, p. 76-77.

§ 1º Para os dependentes mencionados na alínea “b”, inciso I do *caput*, deverá ser comprovada a união estável e, para os mencionados nos incisos II e III do mesmo, a dependência econômica.<sup>128</sup>

#### 4.3.5 A posição da jurisprudência

A posição da jurisprudência pátria, no tocante à comprovação da dependência econômica não é, como de se esperar, uníssona. Todavia, podemos dizer que é voltada, majoritariamente, para que se interprete a presunção de dependência econômica dos dependentes preferenciais, arrolados no inciso I do art. 16 da Lei 8213, como tendo sido estabelecida de forma absoluta.

E, nessa senda, permite-nos afirmar que, com relação aos demais dependentes, arrolados em outros dispositivos<sup>129</sup>, a presunção de dependência econômica, então estabelecida pelo legislador, fora a de uma presunção relativa, a qual depende de prova a ser produzida por parte do interessado, tudo a teor do que dispõe o § 4º do art. 16 da Lei 8213/91. É o que examinaremos neste tópico.

Antes, convém ressaltar, embora sabido por todos, que uma das missões constitucionais do Superior Tribunal de Justiça é uniformizar a interpretação da legislação federal. E, nesse sentido, dentro da jurisprudência pátria, é a sua orientação a de maior relevância na análise da legislação federal sobre a comprovação da dependência econômica.

Atualmente, isto é, após a alteração do art. 9º do Regimento Interno do STJ pela Emenda Regimental nº 14 de 05/12/2011, a matéria previdenciária passou a ser apreciada pela Primeira Seção do STJ, que é composta pelas 1ª e 2ª Turmas. Antes, a questão previdenciária estava afeta à Terceira Seção, composta pelas 5ª e 6ª Turmas.

##### 4.3.5.1 Decisões sobre a presunção absoluta

Pois bem. O julgado abaixo transcrito, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, diz claramente que o cônjuge goza da presunção absoluta de dependência econômica, mesmo que, como no caso concreto, esse cônjuge seja beneficiário de uma aposentadoria por invalidez. É que o gozo desse benefício (aposentadoria) por parte do cônjuge supérstite, poderia fazer supor que não dependeria economicamente do falecido; mas esse entendimento foi afastado pelo aresto, como se vê da redação do item nº 1 da ementa.

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ÓBITO OCORRIDO APÓS A CF/88. POSSIBILIDADE.

128 A alínea “b” do inciso I se refere aos companheiros; os incisos II e III se referem aos pais e irmãos, respectivamente.

129 Dispositivos legais transcritos no subitem 4.3.4.

*1. Gozando de presunção absoluta de dependência econômica, o cônjuge de segurado falecido faz jus à pensão por morte, ainda que seja beneficiária de aposentadoria por invalidez e o óbito tenha ocorrido antes do advento da Lei 8.213/91. (grifamos)*

[...]

3. Recurso não conhecido.

(REsp 203722/PE, Recurso Especial 1999/0011838-3, 5ª Turma, STJ, Relator Ministro Edson Vidigal, j. 20/05/1999, v. unânime, DJ 21/06/1999, p. 198)

O julgado abaixo transcrito, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, declara claramente, também, que tanto o cônjuge como o companheiro têm direito ao benefício de pensão, independentemente da comprovação da dependência econômica, e isso porque têm presumida, de forma absoluta, a existência de dependência econômica em relação ao segurado falecido.

Ementa

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. HONORÁRIOS.

[...]

2. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o cônjuge ou companheiro de segurada da Previdência Social falecida tem direito ao benefício de pensão, independentemente da comprovação de dependência econômica, que, no caso, goza de presunção absoluta (CF/88 art. 201, V; Lei 8.213/91, art. 16, § 4º).

[...]

(AC 2003.33.00.031195-6/BA, Proc. 0031211-78.2003.4.01.3300, 1ª Turma, TRF1, Rel. Des. Fed. Antônio Sávio de Oliveira Chaves, j. 14/12/2005, v. unânime, DJ 10/04/2006, p. 25).

A decisão abaixo, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no terceiro item da ementa, dispõe expressamente que “a presunção da dependência econômica da esposa e do filho menor de 21 anos é absoluta e, assim sendo, inexigível a apresentação de quaisquer outras provas para a sua efetiva comprovação”. Convém atentar que o adjetivo “inexigível” tem carga semântica maior do que “dispensável” ou “desnecessário”, ficando claro que, mais do que uma mera dispensa ou falta de necessidade, não se pode exigir prova de dependência a quem provou o fato base (ser filho ou cônjuge).

Ementa

PREVIDENCIÁRIO – AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL – CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE – VIÚVA E FILHO MENOR – COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA – HONORÁRIOS.

[...]



III - Os Autores comprovaram as suas condições de esposa legítima e de filho menor do de cujus, com a apresentação das certidões de fls. 24 e 26, circunstância que lhes confere a qualidade de dependentes para fins previdenciários. Cumpre salientar que, de acordo com o disposto no parágrafo 4º do art. 16 da Lei 8.213/91, a presunção da dependência econômica da esposa e do filho menor de 21 anos é absoluta e, assim sendo, inexigível a apresentação de quaisquer outras provas para a sua efetiva comprovação;

[...]

(Ap./Reexame necessário 476376, Proc. 20075001010382, UF: RJ, 1ª Turma Especializada, TRF2, Relator Juiz Federal Convocado Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, j. 29/06/2010, v. unânime, E-DJF2R de 16/07/2010, p. 25/26).

O acórdão abaixo, de lavra do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sem muito aprofundamento, diz que a norma constitucional prevista no art. 201, V, da CF, quando definiu o cônjuge como beneficiário da pensão por morte, não exigiu que se comprovasse a dependência econômica. Isto é, afirma que a dependência econômica do cônjuge prescinde da respectiva comprovação, desde que provada esteja a relação conjugal. Ou seja, dá ao cônjuge a presunção absoluta de que é dependente econômico do segurado falecido.

Ementa

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - MARIDO DE SEGURADA - [...] É DE SE CONFIRMAR A SENTENÇA QUE CONCEDEU PENSÃO AO APELADO EM DECORRÊNCIA DA MORTE DE SUA ESPOSA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 201, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, UMA VEZ QUE REFERIDA NORMA, AO DEFINIR O CONJUGE COMO BENEFICIÁRIO, NÃO ESTABELECE A EXIGÊNCIA DE PROVA DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO MESMO. [...]. (grifamos).

(AC 68747, SP, Proc. 0068747-37.1992.4.03.9999, 1ª Turma, TRF3, Relator Des. Fed. Silveira Bueno, j. 09/12/1992, v. unânime, DOE 01/02/1993, p. 168).

O aresto abaixo, também do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, confirma que a dependência econômica de companheiro é presumida de forma absoluta, desde que comprovada a união estável.

Ementa

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REMESSA OFICIAL [...] PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO. ARTS. 74 A 79 DA LEI Nº 8.213/91. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA [...].

[...]

4 - Comprovada a existência de relação marital entre a autora e o de cujus até a data do óbito, através do conjunto probatório acostado aos autos, a dependência econômica é presumida, nos termos do art. 16, I, § 4º, da Lei de Benefícios. [...]

(AC 907469, Proc. 200303990328106, SP, 9ª Turma, TRF3, Relator Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 26/03/2007, v. unânime, DJU 10/05/2007, p. 571).

No tocante ao acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, abaixo, a redação da ementa deixa suficientemente claro que comprovada a união estável (fato base), não é necessário comprovar a dependência econômica (fato presumido), a teor do que dispõe a legislação ordinária, a saber, o parágrafo 4º do art. 16 da Lei 8213/91. Ou seja, reconhece que a dependência do companheiro para com a segurada, falecida, é presumida de forma absoluta<sup>130</sup>.

Ementa

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. PRESUNÇÃO. PARÁGRAFO 4º, DO ART. 74, DA LEI 8213/91

[...]

- Há nos autos várias provas da união estável do autor com a segurada, hipótese em que não se faz necessário comprovar a dependência econômica do dependente (parágrafo 4º, do art. 74, da Lei 8213/91). Assim sendo, tem o autor direito à percepção da pensão por morte de sua companheira. [...]

(Remessa Ex Offício – REO546636/CE, Proc. 00037542720124059999, 2ª Turma, TRF 5, Relator Des. Fed. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga (convocado), j. 20/11/2012, v. unânime, DJE 29/11/2012, p. 357).

Segundo o julgamento abaixo, da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, concluído sem unanimidade, mas por maioria, há presunção absoluta de dependência econômica de um filho inválido.

Até aí poderíamos afirmar que se trata de mais um entendimento tido como predominante na jurisprudência. Mas o curioso é que o beneficiário, filho inválido, já recebia aposentadoria por invalidez, e então, segundo argumento do INSS (acolhido pelo voto-vencido), já estaria protegido pela Previdência Social. Mesmo assim a pensão por morte foi concedida, segundo o entendimento (da maioria) de que a dependência econômica, por ser presumida de forma absoluta, não admitiria prova em contrário.

Outro ponto interessante, ressaltado no voto-vencedor, é o de que essa invalidez possa ocorrer após a maioridade, mas desde que seja antes do óbito do segurado instituidor, tese essa que contraria o entendimento do INSS previsto no art. 22 da Instrução Normativa nº 45 INSS/PRES, de 06/08/2010.

Ementa

VOTO-EMENTA DIVERGENTE PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA MAIOR INVÁLIDA TITULAR DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE OCORRIDA APÓS A MAIORIDADE E ANTES DO

<sup>130</sup> Embora a ementa mencione o art. 74 da Lei 8213/91, nota-se ter sido erro de digitação, porquanto o art. 74 não contém um parágrafo quarto, como contém o art. 16, e nem disciplina a comprovação de dependência econômica.

**ÓBITO DOS PAIS. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE DEPENDÊNCIA. INCIDENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.**

1. [...]

5. Conhecimento deste incidente, ante a manifesta divergência entre o julgado recorrido, segundo a qual o fato de a autora perceber aposentadoria por invalidez antes do óbito faz presumir sua dependência econômica e o paradigma, no sentido de que o recebimento de aposentadoria por invalidez afastaria a presunção de dependência por já haver amparo da Previdência Social. 6. No mérito, nego provimento ao pedido de uniformização. 7. Com efeito, é assente em nossa jurisprudência que os requisitos necessários à concessão do benefício de pensão por morte devem estar preenchidos na data do óbito, observada a legislação vigente à época. 8. *Ademais, o artigo 16, I e o § 4º da Lei nº 8.213/91 não distinguem se a invalidez que enseja referida dependência presumida deve ser ou não precedente à maioridade civil, vez que se trata de presunção absoluta.* 9. *Desta feita, é certo que a dependência econômica do filho maior inválido é presumida e não admite prova em contrário,* conforme precedente desta TNU - PEDILEF 200771950120521, JUÍZA FEDERAL MARIA DIVINA VITÓRIA. 10. Ante o exposto, dirijo do relator para conhecer e negar provimento ao pedido de uniformização. (grifo nosso).

(Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 201070610015810, TNU, Relator: Juiz Federal Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Relator para o acórdão: Juiz Federal Paulo Ricardo Arena Filho, j. 16/08/2012, v. maioria, DJ 11/10/2012).

**4.3.5.2 Decisões sobre a presunção relativa**

Como já fora dito antes, a jurisprudência sobre o tema não é pacífica, havendo decisões de Tribunais, embora minoritárias, que emprestam aos dependentes preferenciais uma presunção de dependência econômica de forma relativa.

Dentre tais decisões, destacamos a que se transcreve a seguir, na qual a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a presunção de dependência de filho maior inválido, porque tinha fonte de renda própria, isto é, percebia aposentadoria por invalidez.

**AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. TITULAR DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ.**

1. Nas hipóteses em que o filho inválido é titular de benefício de aposentadoria por invalidez, sendo o marco inicial anterior ao óbito da instituidora da pensão, a dependência econômica deve ser comprovada, porque a presunção desta, acaba sendo afastada diante da percepção de renda própria.

[...]

(AgRg no REsp 1241558 / PR, 11/0045890-4, 6ª Turma, STJ, Rel. Des. Haroldo Rodrigues (convocado do TJ/CE), j. 14/04/2011, v. unânime, DJe 06/06/2011).

Em igual sentido foi a decisão da 2ª Turma do STJ, consoante se vê, abaixo. Todavia, convém chamar a atenção ao fato de que o item primeiro da ementa diz, expressamente, que a presunção estabelecida para as pessoas do inciso I do art. 16 é relativa. Isto é, essa ementa generaliza a aplicação da presunção relativa para “todos” os beneficiários do inciso I, mesmo que, neste caso em concreto, a controvérsia seja somente estabelecida em face de um filho inválido. Uma leitura desatenta poderia levar a crer que o entendimento da presunção relativa se estende ao cônjuge, ao companheiro, e ao filho menor, que são “as outras” pessoas do inciso I. Examinando-se tanto o relatório, quanto o voto, e até o item segundo da ementa, vê-se que não há essa generalização. E, ainda, no julgamento do Recurso Especial 1289346, pela mesma 2ª Turma do STJ, a ementa disse expressa e literalmente que “no caso da esposa do de cujus, essa dependência previdenciária é legalmente presumida, de sorte que sua habilitação prescinde de qualquer espécie de prova além do vínculo conjugal”<sup>131</sup>.

Ementa

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. FILHO MAIOR INVÁLIDO. ART. 16, I, § 4º DA LEI N. 8.213/91. PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA RELATIVA. ELIDÍVEL POR PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. REVISÃO DE FATOS. SÚMULA 7/STJ. 1. *O § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91 estabelece uma presunção relativa de dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I do mesmo dispositivo, e, como tal, pode ser elidida por provas em sentido contrário.* Precedente [...]. (grifo nosso).

2. O Tribunal de origem negou provimento à pretensão, por entender que (I) o recorrente não possuía relação de dependência com a mãe, pois já recebia a pensão pela morte do pai, o que lhe garantia o sustento e, (II) que o montante recebido foi aplicado pela representante legal também em favor do demandante,

<sup>131</sup> Ementa

ADMINISTRATIVO. ALVARÁ JUDICIAL. LEVANTAMENTO DE PIS E FGTS POR CÔNJUGE DO FALECIDO. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO JUNTO À PREVIDÊNCIA SOCIAL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. ART. 1º DA LEI Nº 6.858/80.

1. Com amparo no art. 1º da Lei nº 6.858/80, a Corte de origem afastou o direito da recorrente de perceber os saldos de FGTS e PIS titularizados por seu falecido marido na medida que, nada obstante sua dependência financeira, não se encontrava habilitada junto à Previdência Social em tal condição.

2. Esse requisito deve ser examinado sob o prisma da teleologia que inspirou o legislador ao dispor sobre a habilitação previdenciária, qual seja, facilitar a comprovação junto à administração pública da situação de dependência econômica daqueles que postulam o benefício da seguridade social.

3. Ademais, no caso da esposa do de cujus, essa dependência previdenciária é legalmente presumida, de sorte que sua habilitação prescinde da produção de qualquer espécie de prova além do vínculo conjugal. (grifo nosso)

4. A exegese emprestada pelo Poder Judiciário à regra no caso concreto não pode escapar de seus evidentes fins sociais, autorizando-se o levantamento dos valores perseguidos pela recorrida, a qual, apesar de não estar habilitada junto à Previdência Social, revela-se inequivocamente como dependente do falecido.

[...].

6. Recurso especial provido.

(REsp 1289346/DF, 2011/0259445-2, 2ª Turma, STJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 12/06/2012, v. unânime, DJe 20/06/2012).

que com ela convivia. Assim, a despeito da fixação da DIB na data do óbito, o demandante somente pode receber os valores referentes à pensão decorrente do óbito do pai, a contar da data do óbito da mãe.

[...]

(Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no REsp 1250619/RS, 2011/0093633-5, Proc. 0003010-93-2007.4.04.7102, 2ª Turma, STJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 06/12/2012, v. unânime, DJe 17/12/2012)

Na mesma linha jurisprudencial segue o caso abaixo, da Turma Nacional de Uniformização, afastando a presunção absoluta de dependência econômica para filho inválido.

Ressalta-se, outrossim, dentre outras particularidades, que o acórdão dá provimento ao recurso de pedido de uniformização de interpretação de lei federal (PUILF) para permitir que o referido recorrente, filho, comprove que, apesar de receber benefício por incapacidade, ainda assim seria dependente do instituidor (pai), além de também admitir que a condição de dependente possa ocorrer a filhos maiores de 21 anos, desde que a invalidez ocorra antes do óbito. Mas, voltando ao ponto principal, relativo à presunção de dependência econômica, o entendimento foi de que esse filho poderia produzir a respectiva prova, ou seja, dava uma interpretação de que a dependência econômica era presumida de forma relativa, e não absoluta, apesar de ser filho inválido, espécie de beneficiário arrolado no inciso I do art. 16 da Lei 8213/91.

#### EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO. FILHA APOSENTADA POR INVALIDEZ. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DEVE SER AVALIADA NO CASO CONCRETO. APLICAÇÃO DA QUESTÃO DE ORDEM Nº 20. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO PARA ANULAR O ACORDÃO, COM RETORNO À ORIGEM.

1. Nos termos do art. 16, § 4º, da Lei n.º 8.213/91, a dependência econômica de filho inválido (inciso I do mesmo dispositivo legal) é presumida.

2. O acórdão recorrido, em face da autora estar recebendo o benefício por invalidez, não avaliou no caso concreto a efetiva dependente<sup>132</sup> econômica de sua genitora, considerando que a invalidez posterior ao implemente da idade de 21 anos afastaria a condição de dependente dos pais enquanto segurados da previdência, diversamente do que estabelece a legislação previdenciária. (grifo nosso).

3. É possível acumulação de pensão por morte com aposentadoria por invalidez, por possuírem naturezas distintas, com fatos geradores diversos, dependendo, contudo, da prova da dependência econômica do filho inválido em relação aos pais segurados.

132 Nota-se erro de digitação. Leia-se dependência.

4. Incidente conhecido e provido para anular o acórdão de origem para determinar o retorno dos autos à primeira instância, para a produção de prova quanto à efetiva dependência econômica da autora em relação a seu genitor.

(Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2007.71.95.020545-9 - RS; TNU, Rel. Juíza Federal Rosana Noya Weibel Kaufmann, j. 02/12/2010, v. maioria pelo conhecimento, v. unânime no mérito, DJ)

O acórdão abaixo, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, afastou a presunção absoluta de dependência econômica da mulher, cônjuge, porque, nesse caso, entre o óbito do marido e a data do requerimento do benefício passaram-se mais de 20 (vinte) anos, fazendo-se presumir então, que durante esse período, a autora providenciava seu próprio sustento. Entendida a presunção como da espécie relativa, neste caso a autora não fez a prova do fato constitutivo de seu direito, gerando a improcedência do pedido de pensão.

#### EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. *TEMPUS REGIT ACTUM*. CÔNJUGE. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DEPENDÊNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA.

- Aplicação da lei vigente à época do óbito, consoante princípio *tempus regit actum*.

- A pensão por morte é benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado, nos termos do artigo 298 do Decreto nº 83.080/79.

- Sendo a autora cônjuge do de cujus, a dependência é presumida (art. 275, III, c.c. arts. 12, I, e 15, todos do Decreto nº 83.080/79). Contudo, tal presunção é relativa, admitindo prova dos fatos desconstitutivos, extintivos ou modificativos da pretensão autoral.

- Decorridos mais de 24 anos entre a data do óbito e a do ajuizamento da ação, conclui-se que a autora provia sua subsistência por outros meios. Inexistência de conjunto probatório harmônico e consistente, abalada a presunção legal de dependência.

[...].

- A pensão previdenciária não pode ser vista como mera complementação de renda, devida a qualquer hipossuficiente, mas como substituto da remuneração do segurado falecido aos seus dependentes, os quais devem ser acudidos socialmente na ausência de provedor.[...]

(grifos nossos)

(Ap. Cível 0040461-48.2012.4.03.9999/SP, nº orig. 11.00.00126-8, 1ª V. Itu/SP Turma, 8ª Turma, TRF 3, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, j. 29/04/2013, v. unânime, DEJF 3ª Região 10/05/2013)

A decisão abaixo, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, interpreta a presunção estabelecida pelo § 4º do art. 16 da Lei 8213/91 como sendo da espécie relativa, e, por conseguinte, permite prova em contrário.

Vê-se que o acórdão, embora faça referência ao § 4º do art. 16, não fez qualquer distinção, ou mesmo entra em detalhes do porquê referido parágrafo

ter feito distinção entre os dependentes descritos no inciso I e os dependentes descritos nos demais incisos do mesmo artigo, tratando-os da mesma forma.

Ementa:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR INVÁLIDO. PRESUNÇÃO RELATIVA.

1. O § 4º do art. 16 da Lei n. 8.213/91 estabelece uma presunção relativa de dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I do mesmo dispositivo, e, como tal, pode ser elidida por provas em sentido contrário. Precedentes do STJ. [...].

(grifos nossos)

(Apelação/Reexame Necessário, Proc. 5013529-09.2011.404.7100, RS, 6ª Turma, TRF 4, Rel. Des. Fed. Paulo Paim da Silva, j. 23/10/2013, v. unânime, DE 28/10/2013).

Quanto aos beneficiários para os quais houve expressa exigência legal de comprovação de dependência econômica, conforme previsão nos incisos II e III e § 2º do art. 16, e nos §§ 1º e 2º do art. 76, ambos da Lei 8213/91, não se vê grandes controvérsias, como era de se esperar, não obstante um ou outro jurisdicionado tenha levado a questão ao STJ, como demonstram os arestos abaixo, que “confirmaram” a presunção relativa de dependência econômica dessas pessoas.

Na decisão abaixo, da 1ª Turma do STJ, confirma-se que a presunção de dependência econômica da mãe, em relação ao filho, é da espécie relativa, ou seja, exige comprovação da parte interessada.

Ementa

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO PROFERIDA PELO RELATOR. PREVISÃO LEGAL. ART. 557, CAPUT, DO CPC. AÇÃO POSTULANDO PENSÃO DE FILHO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. INVERSÃO DA CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...].

2. O julgamento do recurso, no presente caso, se deu pela via monocrática em razão de estar em contrariedade com a jurisprudência dominante desta Corte, segundo a qual, a teor do disposto no § 4º do inciso II do art. 16 da Lei 8.213/91, a dependência econômica da mãe em relação ao filho segurado falecido, para efeito de concessão de pensão por morte, não é presumida, mas deve ser comprovada.

[...].

(AgRg no AREsp 219426 / PR, 2012/0174342-3, 1ª Turma, STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13/08/2013, v. unânime, DJe 22/08/2013).

No aresto abaixo, de lavra da 2ª Turma do STJ, o entendimento também foi o de que a presunção de dependência dos pais em relação ao filho é do tipo relativa.

Ementa

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PENSÃO POR MORTE. INSTÂNCIA ORDINÁRIA QUE AFASTOU A PRETENSÃO POR NÃO ESTAR CARACTERIZADA A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COM O DE CUJUS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA.

1. *Nos termos da jurisprudência do STJ, a dependência econômica da mãe do segurado falecido, para fins de percepção de pensão por morte, não é presumida, devendo ser demonstrada.* [grifo nosso]

[...].

(AgRg no AREsp 400190/SP, 2013/0319696-2, 2ª Turma, STJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 08/10/2013, v. unânime, DJe 18/10/2013).

No caso abaixo, da 5ª Turma do STJ, decidiu-se que é impossível conceder pensão por morte ao cônjuge divorciado ou separado, sem que se comprove a dependência econômica, como aliás diz o art. 76, § 2º da Lei 8213/91.

PREVIDENCIÁRIO – RECURSO ESPECIAL – PENSÃO POR MORTE – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - LEI 8.213/91, ART. 76, §§ 1º E 2º – AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- Em observância à legislação que regula a matéria, impossível a concessão do benefício de pensão por morte a cônjuge divorciado ou separado sem a comprovação de dependência econômica do segurado falecido.

[...].

(REsp 602978/AL, 2003/0197966-7, 5ª Turma, STJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 01/06/2004, v. unânime, DJ 02/08/2004, p.538, RSSTJ, vol. 28, p. 377).

Também, no mesmo sentido do julgado anterior, a 6ª Turma do STJ decidiu que o cônjuge separado de fato precisa comprovar a dependência econômica.

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge separado de fato e sem receber alimentos. Necessidade de comprovação da dependência econômica superveniente. Precedentes. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 953552 / RJ, 2007/0113729-7, 6ª Turma, STJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. 25/11/2008, v. unânime, DJe 19/12/2008, RJPTP, vol. 22, p. 119).



#### 4.4 Comparação com o RPPS dos servidores da União

Por que optamos por fazer uma comparação do benefício de pensão por morte do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) com o Regime Próprio de Previdência previsto no Estatuto do Servidor Público Civil da União (ESPCU)?

Basicamente porque o ESPCU é tido como uma referência nacional para os diversos regimes próprios de previdência<sup>133</sup>. E também porque na origem histórica da Previdência Social brasileira, os servidores públicos civis foram, junto com outras poucas minorias (ferroviários, militares etc.), os primeiros privilegiados ou beneficiados por normas previdenciárias, antes da maioria dos trabalhadores do regime privado, tal qual fora visto acima<sup>134</sup>.

Assim, ao lado do RGPS, segue com igual importância histórica as normas e princípios previstos no Regime Próprio de Previdência dos Servidores Civis da União e veremos onde os dois regimes são iguais e onde são diferentes, no tocante à pensão por morte.

As primeiras normas previdenciárias relativas aos servidores públicos, já descritas nos subitens 2.2 e 3.1, foram as relativas ao Montepio MONGERAL (1835), ao Montepio Civil (1890), ao IPASE (1926-1938) e ao primeiro Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (1952).

Com a edição da Lei 8.112 de 11/12/1990, temos o atual Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Civis da União, disciplinando o benefício de pensão em vários dispositivos, dos quais o mais relevante é o artigo 215 *in verbis*: *Art. 215. Por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42.*

Assim como no RGPS, determinados dependentes, arrolados abaixo, têm sua dependência presumida, já que para eles a lei não exigiu prova de dependência econômica. Ei-los, os dependentes presumidos: I) cônjuge; II) companheiro ou companheira que comprove união estável; III) filhos e ou enteados, até 21 anos de idade, ou inválido e IV) o menor sob guarda ou tutela, até 21 anos de idade.

A legislação, isto é, o ESPCU, consignou expressa e literalmente quais beneficiários deveriam comprovar dependência econômica, e que são, a saber: I) pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada com percepção de pensão alimentícia<sup>135</sup>; II) mãe e pai; III) pessoa designada maior de 60 anos e IV) pessoa designada portadora de deficiência.

Diferentemente do que ocorre no RGPS, nesse RPP a forma de rateio do benefício leva em consideração não só uma ordem de preferência em moldes

133 MARTINEZ, op. cit., p. 181.

134 Subitens 2.2 e 3.1.

135 O recebimento de pensão alimentícia pode ser interpretado como prova da dependência econômica.

semelhantes aos do RGPS, mas também considera uma divisão entre pensão vitalícia e pensão temporária, nos termos do art. 217 da Lei 8112/90<sup>136</sup>.

De sorte ser possível que, por exemplo, o cônjuge do falecido tenha que dividir a pensão com o irmão do falecido durante o tempo em que este último for considerado dependente. Esse mesmo exemplo, no RGPS, teria outro tratamento: habilitando-se o cônjuge, o irmão do segurado falecido estaria automaticamente excluído.

Melhor explicando, enquanto no RGPS as cotas são divididas em partes iguais entre todos os beneficiários de uma mesma classe, já no RPP dos servidores da União a metade do benefício vai para os dependentes vitalícios (do inciso I: cônjuge, companheiro etc.)<sup>137</sup>, que repartem entre si as subcotas, e a outra metade vai para os dependentes temporários (do inciso II: filhos, menor sob guarda etc.), que também repartem entre si essa “outra metade” do benefício.

Em linhas gerais, vemos que o benefício de pensão por morte de ambos os regimes são semelhantes, com poucas diferenças. Aparentemente sobressai-se um tanto quanto mais benéfico o RPP da União, por conta de algumas poucas características listadas abaixo, como:

- permissão da habilitação (inclusão) conjunta de pais e irmãos do servidor segurado;
- permissão da inclusão do menor sob guarda e do dependente designado, figuras que foram retiradas do rol do RGPS;

Quanto à divisão por grupos vitalícios e temporários, podemos dizer que trará vantagens e ou desvantagens pontuais de acordo com a configuração de cada família. Se, por exemplo, um servidor tivesse cinco filhos de um primeiro casamento que o deixou viúvo e, acaso o segundo casamento não gerasse prole, essa segunda cônjuge, agora viúva, estaria numa situação financeira melhor, pois receberia sozinha 50% do benefício e os filhos do segurado receberiam, todos conjuntamente, os outros 50%, aritmética que não ocorreria sob o RGPS.

136 Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

- a) o cônjuge
- b) a pessoa desquitada [...];
- c) o companheiro [...]
- d) a mãe [...]
- e) a pessoa designada, maior de 60 [...]

II - temporária:

- a) os filhos, ou enteados, até 21 [...]
  - b) o menor sob guarda [...]
  - c) o irmão [...]
  - d) a pessoa designada [...] até 21 [...]
- [...].

137 Cf. nota anterior.

No tocante aos valores do benefício, saímos da particularidade de se tratar de pensão e vamos para a regra geral de cálculo de benefícios em geral. Nesse sentido, pode-se dizer, resumidamente, que o servidor público da União tem outro limite de teto (equivalente ao subsídio pago em espécie ao Ministro do Supremo Tribunal Federal<sup>138</sup>), bem superior ao do RGPS, embora contribua mais por ele, individualmente.

Convém registrar que, após a EC 41/03 (art. 40, §§ 3º e 17), como regra geral, foi extinta a igualdade (paridade) entre os valores recebidos em atividade e o valor da aposentadoria, de sorte que será necessário, para cálculo do benefício, fazer-se média aritmética semelhante às regras do RGPS, ressalvadas as hipóteses de transição<sup>139</sup>. A pensão por morte advinda do falecimento de servidor já aposentado, sofrerá, conseqüentemente, tais alterações.

E, quando seu valor ultrapassar o teto previsto no RGPS (vide subitem 3.5.1), a diferença entre ele e o valor do benefício do servidor será paga no percentual de 70%, isto é, sofrerá, sobre essa parcela excedente ao teto do RGPS, um redutor de 30%.

Considerando-se que o critério de cálculos dos benefícios desse RPP foge das características principais inerentes à concessão de pensão por morte, deixamos de continuar no tema.

## 5 CONCLUSÃO

Como vimos no transcorrer deste estudo, a Seguridade Social é ação estatal que tem por finalidade assegurar direitos básicos relativos à saúde, previdência e assistência social, dos quais nos interessa mais propriamente o serviço de previdência social.

A Previdência Social tem por escopo proteger pessoas que estão impossibilitadas de trabalhar e, por isso, de sustentar, a si, e a seus familiares, isto é, seus dependentes. Para essa proteção, mister que a pessoa seja segurada, o que se dá, via de regra, através de contribuições compulsórias ao sistema.

Essa proteção, na verdade, não incide sobre a pessoa segurada em si, ou seus dependentes, mas sobre uma situação de necessidade social, característica que a torna pública, que a torna objeto de interesse de toda sociedade, tanto que é a sociedade que financia tais prestações, direta ou indiretamente.

Nesse sentido, a pensão por morte é dos benefícios previdenciários mais importantes, porque vai suprir, financeiramente, o lugar deixado pelo provedor da família; lugar deixado pelo óbito do segurado. Outro benefício que cumpre essa mesma função é o auxílio-reclusão, no caso da ausência do segurado ser causada por sua reclusão penal, mas esse benefício não foi objeto desta nossa pesquisa.

E, para se qualificar os familiares de sorte que recebam o benefício de pensão por morte, mister sejam considerados dependentes econômicos do

<sup>138</sup> CF, art. 37, XI.

<sup>139</sup> São várias as hipóteses de regras de transição previstas nas EC 41/03 e 47/05, extrapolando os limites deste estudo.

segurado, um *plus* em relação à mera relação de parentesco, ao mero vínculo familiar. Ou seja, é necessário que esteja presente a dependência econômica, cuja aferição não é tão simples quanto parece e cuja regulação legal não é tão clara quanto deveria.

Outrossim, o que temos visto, também, é que nem sempre a prestação previdenciária objeto deste estudo, a pensão por morte, cobre uma situação de necessidade social, porque essa situação nem sempre existe. Em alguns casos, há apenas manutenção dos rendimentos, até aumento, do padrão de vida do beneficiário. Isso se deve ao fato, basicamente, de a pensão por morte no RGPS ser vitalícia em hipóteses que não deveria, como naquela concedida ao beneficiário jovem, como uma jovem viúva, por exemplo.

No tocante à problemática da prova da dependência econômica, nosso entendimento é o de que a presunção estabelecida para os dependentes preferenciais, do inciso I do art. 16 da Lei 8213/91, é absoluta, isto é, deve ser absoluta. Explicaremos.

Seria recomendável que o legislador tivesse explicitado qual a espécie de presunção quis estabelecer aos dependentes previdenciários; mas não o fez, isto é, não de modo explícito. Essa foi uma aparente falha na literalidade dos dispositivos, se é que se pode dizer isso de um texto da lei, diante do que estabelece a teoria geral do Direito e, enfim, as regras de hermenêutica.

Quando vemos o rol de dependentes, todos eles, preferenciais e não-preferenciais, o que se sobressai é que são pessoas naturalmente e socialmente ligadas ao segurado: cônjuge, companheiro, pais, irmãos, menor tutelado.

Não há nesse rol a descrição de todas as pessoas que dependam economicamente do segurado, como ocorre no seio de várias famílias brasileiras, v.g., a filha, maior, não inválida e capaz, que abdica de vida profissional e laborativa, para cuidar de seu pai idoso, segurado do RGPS; a irmã piedosa que, da mesma forma, abandona a própria vida laborativa e às vezes até afetiva, para cuidar da irmã mais velha, adoentada etc.

Estes são exemplos de pessoas que dependem economicamente do segurado; todavia, não foram eleitas pelo legislador. Portanto, pouco importa que comprovem sua dependência econômica (muitas vezes até maior do que a de parentes previstos no art. 16), já que nem sequer foram escolhidas para figurarem no rol de beneficiários.

A não eleição dos parentes acima exemplificados (a irmã piedosa, a filha cuidadora do pai etc.) ou, em outras palavras, a rejeição dessas pessoas do rol legal de dependentes já demonstra que o legislador fez um filtro prévio, uma seleção, e em face dessa escolha já há uma situação de privilégio em relação aos demais não-eleitos.

Esse privilégio, essa escolha por parte do legislador de alguns familiares, já carrega, por si só, uma presunção de dependência. E dentre os escolhidos, aí sim, há uma preferência maior por alguns (que têm para si

a presunção de forma absoluta) e uma preferência menor para outros (que precisam de um esforço a mais, necessitando comprovar a dependência).

Mesmo com essa escolha – a escolha dos parentes ou familiares elencados no artigo 16 – restou, para alguns intérpretes, a dúvida sobre a espécie de presunção que lhes seria aplicada. Mas, se todos eles já passaram pelo filtro do legislador ao serem arrolados como dependentes, como aptos a receberem a pensão por morte, e se outros parentes foram alijados (não estão no rol legal, ainda que dependessem do segurado e ainda que lhe fossem próximos etc.), isso está a significar, no nosso humilde entendimento, que dentro dos eleitos a divisão havida só pode ser de presunção absoluta (para os do inciso I) e de presunção relativa (para os do inciso II e III e equiparados).

Se a dependência econômica dos beneficiários do inciso I (do art. 16) fosse considerada presumida de forma relativa, os dependentes do inciso II e III estariam então numa graduação (de presunção) abaixo dessa, por conta da distinção do parágrafo 4º. Mas qual seria ela? Não existe essa graduação inferior.

Os dependentes dos incisos II e III são relativamente presumidos, pois é a gradação que fica logo abaixo da presunção absoluta, aquela que restou para classificar os dependentes do inciso I.

Aqueles exemplos supracitados (irmão capaz que cuida da outra irmã, filha que cuida do pai etc), que, não obstante tenham dependência econômica, não obstante sejam muito próximas do segurado, mostra, como já dissemos, que o legislador já fez um filtro no rol de possíveis pessoas dependentes. E o fez, com base, especialmente, nos princípios da seletividade e distributividade. Ao retirar a subespécie “dependente designado” do rol do art. 16, através da Lei 9032/95, e ao dividi-los (os dependentes) entre os incisos I, II e III, já deixou implícita sua preferência na classificação probatória de dependência.

Outro argumento que utilizamos para defender a classificação da presunção absoluta aos dependentes do inciso I é mais do que econômica; é social, cultural, familiar. Atualmente muito se fala que a inserção da mulher no mercado de trabalho faz concluir que a presunção para a companheira e cônjuge feminina deve ser classificada da forma “relativa”. Mas se assim fosse, esse fenômeno cultural e social deveria manter a exclusão do companheiro ou cônjuge varão do rol de dependentes; mas não, ele foi incluído, ao contrário do que se estabelecia na vigência da LOPS/CLPS.

Disso concluímos que o orçamento do casal, em conjunto, unido, traz mútua dependência, criada e estabelecida para fins familiares. As doutrinas de Wladimir Novaes Martinez e Wagner Balera reconhecem essa figura da mútua dependência, uma situação um tanto nova em relação à dependência total de um para com o outro.

É mais que normal que em um casal atual, ou “moderno”, como qualificam alguns, a renda de ambos seja imperativa para os projetos

familiares de curto e médio prazo. Deixaremos de lado o projeto familiar de longo prazo, pois destoa do conceito de risco social protegido.

Supondo que dois cônjuges -- mas obviamente poderiam ser dois companheiros -- que recebam renda igual, ou até acima do teto previdenciário, planejam para breve prazo determinado curso para os filhos, ou determinada cirurgia, ou tratamento médico etc., ou qualquer outro projeto relevante que dependa recursos que ultrapassem a renda de um deles. Se sobrevém o óbito de um, aquele projeto não seriam concretizado, demonstrando que havia dependência econômica de um para com outro. Seria um tanto constrangedor, ainda mais no momento do luto, ter que comprovar esses detalhes íntimos familiares, para convencer o Agente Administrativo ou o Juiz de que havia, por conta daqueles "projetos familiares", dependência de um para com outro apesar de a renda de cada qual, isoladamente, não ser das menores.

E aqui o exemplo pode ser ampliado para milhares de outras hipóteses familiares, específicas e relacionadas com a intimidade de cada qual. Todavia, essa justificativa só tem validade no curto prazo; quando muito no médio prazo. Por isso defendemos, adiante, que a pensão por morte não possa ser vitalícia para cônjuges/companheiros aptos, capazes para o trabalho etc. Mas também defendemos que para o primeiro momento, isto é um período de 3 ou 5 anos, ela deva ser concedida sob a presunção absoluta de dependência econômica do supérstite, ou sob a presunção absoluta de mútua dependência.

Como disséramos no subitem 3.5.2.3 supra, parece-nos que também o constituinte quis proteger o cônjuge ou companheiro de tal jeito que eles seriam algo mais do que meros dependentes um do outro.

Vemos, também, outros motivos que justificam a divergência de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a questão. É que o benefício de pensão por morte, do jeito que está posto atualmente, contém elementos retrógrados, que até destoam de princípios regentes da Seguridade e da Previdência Social.

Dentre esses elementos citamos a vitaliciedade, que só não é aplicada ao filho e ao irmão, menores de 21 anos, desde que não sejam inválidos.

O cônjuge, o companheiro e os pais têm o benefício de forma vitalícia, ainda que esse beneficiário tenha experimentado a viuvez, ou perda do filho, em idade precoce. É o caso, por exemplo, de pessoa que ficasse viúva aos 25 anos de idade e tenha expectativa de viver até seus 80 anos. Ou ainda que seja um pai/mãe (dependente) relativamente jovem, em torno dos 45 anos.

Como ressaltou Bruno Sá Freire Martins, essa presunção absoluta, aliada à característica de ser vitalícia, desvirtua o verdadeiro sentido do benefício de pensão por morte<sup>140</sup>. Além disso, a legislação brasileira em relação ao supérstite, seja no RGPS ou em RPPS:

140 MARTINS, op. cit., p. 317.

[...] constitui-se em verdadeiro incentivo ao ócio, pois permite aos jovens abdicar do trabalho e do aperfeiçoamento intelectual face ao recebimento por toda a vida de proventos decorrentes da pensão por morte <sup>141</sup>.

Dânae Dal Bianco também defende a “*concessão de pensão temporária para jovens viúvos(as) com plena capacidade de trabalho*”<sup>142</sup>.

Embora defendamos a classificação da presunção de forma absoluta, ao menos para o primeiro momento, e para os primeiros anos de fruição, também defendemos que deva haver uma reavaliação periódica desse requisito de dependência econômica, o que poderia ocorrer a cada três ou cinco anos, por exemplo. E aí, sim, também entendemos que não haveria problema algum de se impor para esse segundo momento de comprovação econômica a forma relativa; o beneficiário que se beneficiou da regra de presunção absoluta num primeiro momento, pelas razões expostas acima, num segundo momento, deverá fazer prova dessa dependência, ou ser permitido que o Agente Administrativo previdenciário faça a contraprova.

Essa característica (benéfica) de se admitir que a presunção seja absoluta, em nossa opinião, pode fazer com que o aplicador da lei, na esfera administrativa ou judicial, seja mais rigoroso do que deveria ao ter que conceder o benefício de pensão, já conhecendo essa característica de vitaliciedade.

Outro elemento retrógrado, para não dizer inconstitucional (como apontou, acima, a doutrina de Igor Ajouz – subitem 4.3.4), é o valor com que é estabelecido o benefício, no mesmo percentual, no mesmo valor do benefício que seria pago acaso o segurado estivesse vivo. O normal é que se descontasse algum percentil (entre 10% e 30%) referente à pessoa do segurado que, exatamente pelo óbito, já não compõem o núcleo familiar e, portanto, não traz despesas ordinárias à família. Outro percentil poderia ser designado a outros dependentes componentes do núcleo, como filhos, que são excluídos do rol de beneficiários quando atingem a emancipação ou a maioridade previdenciária (21 anos).

Tais características, a nosso ver -- além da própria questão literal do dispositivo já explicada acima --, contribuem para um rigor excessivo na análise da prova da dependência econômica, a qual não deveria existir para os dependentes preferenciais.

É interessante que no Regime Próprio de Previdência dos Servidores Civis da União as regras de presunção econômica sejam muito parecidas, e que demais características anacrônicas, como a vitaliciedade da pensão, também estejam presentes nesse sistema.

Assim, se a pensão não fosse vitalícia; se tivesse duração inversamente proporcional à expectativa de sobrevida do beneficiário; se contasse com reavaliação periódica dos elementos de dependência econômica, provavelmente a regra de presunção absoluta fosse vista de forma mais pacífica.

<sup>141</sup> Ibidem, p. 318.

<sup>142</sup> DAL BIANCO, op. cit., p. 78.

**REFERÊNCIAS**

AJOUZ, Igor. A Presunção de Dependência Econômica em Favor de Cônjuges e Companheiros de Segurados do Regime Geral de Previdência Social: a inconsistência no Sistema Previdenciário Brasileiro. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, Porto Alegre: Síntese (IOB), ano 23, n. 268, out. 2011.

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 4. ed. São Paulo: Leud liv. e ed. Universitária de Direito, 2009.

ANDRADE, Ricardo Barretto de. *Texto-base da Unidade 1: Direito da Seguridade Social*. Brasília – DF: CEAD/UnB, 2013. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=414>>. Acesso em: 02 ago. 2013.

**AURVALLE, Luís Alberto d’Azevedo.** A pensão por morte e a dependência econômica superveniente. *Revista de Doutrina do TRF da 4. Região*, Porto Alegre: EMAGIS da 4. Região, ano 18, n. 64, abr./jun. 2007.

BALERA, Wagner. A interpretação do Direito Previdenciário. *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTr, ano 24, n. 236, jul. 2000.

BALERA, Wagner. Da proteção social à família. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo: RT, ano 4, n. 7, jan./jun. 2001.

BALERA, Wagner. *Legislação Previdenciária Anotada*. São Paulo: Conceito, 2011.

BRITTO, Carlos Ayres. Pensão por morte, na Constituição. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre: Síntese (IOB), n. 23, maio 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2011.

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

CRUZ, Raimundo Nonato Bezerra. *Pensão por morte no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

DAL BIANCO, Dânae. *O benefício de pensão por morte do RGPS*. São Paulo: LTr, 2012.



DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *A União Estável*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_a\\_uni%3o\\_est%1vel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_uni%3o_est%1vel.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. v. 3, São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES, Ionas Deda; BONFIM, Edilson Mougén (coord.). *Direito previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 5. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1992.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Instituto Antônio Houaiss. Editora Objetiva Ltda: 2009. Versão eletrônica 1.0.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

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

LOREA, Roberto Arriada. Acesso ao casamento no Brasil: uma questão de cidadania sexual. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis: Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 14, n. 2, set. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v14n2/a09v14n2.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

MARQUES, Jose Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Tratado prático da pensão por morte*. São Paulo: LTr, 2012.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A Administração Pública e Constituição*. Texto base da disciplina Direito do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público. Brasília – DF: CEAD/UnB, 2008. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

MARTINS, Bruno Sá Freire. As (os) viúvas (os) e o sistema previdenciário, *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTr, ano 36, nº 377, abr. 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Moacyr Velloso Cardoso de. *Previdência social: doutrina e exposição da legislação vigente*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

PULINO, Daniel. *A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

RAMALHO, Marcos de Queiroz. *A pensão por morte no regime geral da previdência social*. São Paulo: LTr, 2006.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2009.

SALVADOR, Sérgio Henrique. O subjetivismo da dependência econômica no Direito Previdenciário. *JTb Jornal Trabalhista Consulex*. Brasília: Consulex Ltda, ano 29, n. 1451, nov. 2012.

SALVIANO, Maurício de Carvalho. Presunção de dependência econômica do dependente do segurado no regime previdenciário. *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTr, ano 28, n. 286, set. 2004.

TAVARES, Fernando Horta; SOUZA, Iara Antunes de; FERREIRA, Isaac Espíndola Vitorino; BOMTEMPO, Tiago Vieira. Apontamentos para o reconhecimento das uniões homossexuais face ao paradigma do estado democrático de direito, *Revista Direito GV* (online), jul./dez. 2010, v. 6, n.2. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n2/a05v6n2.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

---

## DIREITO PREVIDENCIÁRIO: REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS EM MATÉRIA DE BENEFÍCIOS

---

*Wolney da Cunha Soares Júnior*  
*Procurador Federal*

SUMÁRIO: 1 Dos Princípios; 1.1 Conceito e funções dos princípios; 1.2 Princípios constitucionais da Seguridade Social e da Previdência Social; 2 Do controle jurisdicional dos atos administrativos; 2.1 Conceitos de Administração Pública e Ato Administrativo; 2.2 Dos Atos Administrativos vinculados e discricionários; 2.3 Do controle de legalidade pelo Poder Judiciário; 2.3.1 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 567.985-3/MT acerca do requisito miserabilidade para fins de concessão do benefício assistencial; 2.3.2 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 580.963/PR acerca do art. 34, parágrafo único, da Lei nº Lei n.º 10.741/2003 para fins de concessão do benefício assistencial; 2.3.3 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário n.º 630.501/RS acerca do melhor benefício; 3 Análise dos índices de concessão judicial de

benefícios previdenciários; 3.1 Índice de concessão judicial (ICJ) de benefícios; 3.2 Possíveis causas de litigiosidade; 3.2.1 Do benefício assistencial; 3.2.2 Dos benefícios rurais; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** É notório o excessivo número de processos contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), envolvendo benefícios previdenciários, e que se acumulam no Poder Judiciário. Essa situação resulta de inúmeras razões, as quais merecem, portanto, ser objeto de aprofundado estudo, e uma delas é justamente a divergência existente entre o entendimento administrativo e o judicial acerca dos mais variados temas dentro do Direito Previdenciário. Para a efetivação dos direitos fundamentais de 2ª geração abrangidos pela Seguridade Social, é imprescindível a atuação do INSS, autarquia federal criada justamente para essa finalidade de execução das políticas públicas previdenciária e de Assistência Social. Contudo, a partir de uma análise dos números de indeferimentos administrativos, é possível verificar que o INSS dá causa a esse ajuizamento excessivo de ações judiciais, seja por meio de um subjetivismo ou de uma velada cultura de indeferimento existente em razão da insegurança e do receio do servidor frente à auditoria da autarquia combinados com à exigência de uma maior eficiência no cumprimento de metas traçadas para a análise dos requerimentos administrativos. Ocorre que também existem causas externas que fomentam uma maior litigiosidade no âmbito previdenciário, como, por exemplo, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do RE nº 567.985-3/MT, em que se declarou a inconstitucionalidade, sem declaração de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Da decisão do STF no referido RE nº 567.985-3/MT percebe-se que foi chancelada a possibilidade de que o estabelecimento das políticas públicas sociais seja definido individualmente, paradoxalmente sem se atentar para o caráter universalizante que compõe o reconhecimento de tais direitos. No final, será o próprio cidadão quem arcará com isso e será duplamente penalizado, tanto pela demora no reconhecimento de seu direito, quanto pelo maior custo que será pago via tributação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Seguridade Social. Previdência Social. Revisão Judicial do Ato Administrativo. Causas de Litigiosidade.

## 1 DOS PRINCÍPIOS

### 1.1 Conceito e funções dos princípios

Em que pese tenha havido alguma discussão no passado (inclusive recente), atualmente prevalece o entendimento de que as normas jurídicas podem ser de duas espécies, quais sejam, as regras e os princípios.

Não há dúvidas, portanto, hoje, com o chamado pós-positivismo, acerca da função normativa dos princípios, ou seja, que surgem obrigações jurídicas a partir dos princípios.

Realmente, o reconhecimento da normatividade dos princípios possibilitou o que se convencionou chamar de controle de juridicidade dos atos administrativos, que não se limita à mera verificação da legalidade em sentido estrito (vale dizer, se o ato questionado judicialmente está em conformidade ou não com as regras aplicáveis, com a Lei *stricto sensu*), mas que abrange, também, um juízo de conformidade do ato questionado com os princípios jurídicos vigentes.

No dia-a-dia da prática forense essa constatação fica bastante evidenciada, já que não são poucas as decisões judiciais de primeira instância ou em sede recursal que se fundamentam (por vezes exclusivamente) em princípios jurídicos para reconhecer ou não algum direito, principalmente no âmbito da seguridade social. Nesse sentido, citam-se, por exemplo, os julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) dos Recursos Extraordinários (RE's) nº 567.985-3/MT, nº 580.963/PR e nº 630.501/RS, os quais serão abordados mais à frente.

Diferentemente das regras, que tem um elevado grau de determinação e cuja solução de eventual conflito aparente implica, necessariamente, na aplicação (por subsunção) de uma com a consequente exclusão da outra, os princípios são comandos de otimização de caráter aberto e polissêmico, razão pela qual, na hipótese de colisão entre eles, a solução passa pela ponderação dos princípios envolvidos, o que resulta, sempre a depender das especificidades do caso concreto, em uma aplicação em maior ou menor grau de cada um deles.

Nesse sentido, Ronald Dworkin<sup>1</sup> expõe que a aplicação das regras segue o tudo-ou-nada, enquanto os princípios apontam uma direção, sem especificar, contudo, a decisão particular a ser tomada.

De modo parecido, para Robert Alexy<sup>2</sup>, a aplicabilidade das regras é mais direta e restrita (simplesmente são cumpridas ou não), já os princípios prescrevem algo a ser realizado da melhor forma possível.

Além de serem cogentes (função normativa), os princípios também exercem as funções interpretativa e integrativa do ordenamento jurídico.

1 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

2 ALEXY, Roberto. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86-87.

Os princípios são os alicerces sobre os quais se erigem todas as demais normas jurídicas. Assim, visando a unicidade e a harmonia do ordenamento como um todo, a elaboração e a execução das normas jurídicas deve ter como base uma interpretação à luz dos princípios.

Quanto à função integrativa dos princípios, cabe mencionar o art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (Decreto-Lei nº. 4.657/1942), segundo o qual “quando a *lei for omissa*, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de direito*”.

O art. 126 do Código de Processo Civil (CPC) traz, por sua vez, a proibição ao *non liquet* visando justamente a integração do ordenamento jurídico:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos *princípios gerais de direito*. (grifo nosso)

Diante da relevância dos princípios, conforme se depreende de todas as funções por eles desempenhadas (normativa, interpretativa e integrativa), merecem ser discutidos os princípios expressos e implícitos que regem a seguridade social, ainda que não haja uma uniformidade na doutrina, existindo outros entendimentos na dogmática jurídica, razão pela qual o rol abaixo listado não é taxativo.

## 1.2 Princípios constitucionais da seguridade social e da previdência social

É possível diferenciar princípios da seguridade social e, ainda, especificamente da Previdência Social.

Quanto aos princípios da seguridade social<sup>3</sup>, citam-se os seguintes: da solidariedade; da obrigatoriedade; da universalidade da cobertura e do atendimento; da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços; da unidade; da suficiência (ou efetividade); da supletividade (ou subsidiariedade); da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; da equidade na forma de participação no custeio; da diversidade da base de financiamento; do caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa; da preexistência do custeio em relação aos benefícios ou serviços; da irreduzibilidade do valor dos benefícios e da vedação ao retrocesso.

3 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. São Paulo: liv. e ed. Universitária de Direito, 2009. BOLLMANN, Vilian. *Princípios constitucionais da previdência social*. Justiça do Trabalho, v. 24, n. 277, p. 120-132; MACEDO, José Leandro Monteiro. Breves considerações sobre os princípios da seguridade social. *Gênese: Revista de Direito do Trabalho*, v. 17, n. 102, p. 824-835; ZAMBITTE, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói – RJ: Impetus, 2008.

Dentre os princípios da Previdência Social<sup>4</sup>, encontram-se, por sua vez: da filiação obrigatória; do caráter contributivo; do equilíbrio financeiro e atuarial; da garantia de um valor mínimo de benefício; da correção monetária dos salários-de-contribuição; da preservação do valor real dos benefícios; da comutatividade; da previdência complementar facultativa; e da unicidade.

A solidariedade (art. 3º, I, da CRFB/88) implica na proteção individual por toda a sociedade, o que, por exemplo, “*justifica a cobrança de contribuições pelo aposentado que volta a trabalhar*”, “*mesmo sabendo que não poderá obter nova aposentadoria*”<sup>5</sup>.

Fundamentam esse dever de solidariedade na sociedade o objetivo da erradicação da pobreza (art. 3º, III, da CRFB/88) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88).

A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram a garantia a um mínimo existencial (prestações essenciais básicas) aos necessitados (idosos, deficientes etc.) para que possam sobreviver e desenvolver suas personalidades, o que é inerente ao ser humano.

Por outro lado, o mesmo princípio da dignidade da pessoa humana também pode servir como advertência para que essa solidariedade não seja utilizada por governos populistas como um argumento falacioso para uma política puramente assistencialista.

Afinal, nenhuma política pública social deve manter de forma duradoura (para não dizer permanente) a dependência do assistido, que merece vislumbrar uma possibilidade real de, no futuro, desvincular-se dessa atuação estatal que o coloca em verdadeira posição de subordinação.

Do contrário, desrespeitar-se-ia a irrenunciável autonomia de cada indivíduo, cuja observância também é necessária para se concretizar plenamente a dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, ainda, que, apesar de haver uma tendência abstratizante, atribuindo-se ao Poder Público (Estado, entidades e órgãos públicos) a responsabilidade pela seguridade social, não se pode esquecer que essa solidariedade encontra-se nas relações entre os próprios cidadãos, os quais, aliás, em última análise, arcam com a manutenção de todo o sistema de proteção social<sup>6</sup>.

O princípio da obrigatoriedade impõe a participação da sociedade para se garantir a prestação e os serviços da seguridade social. Trata-se de um exemplo da prevalência do interesse coletivo sobre o individual e o art. 195 da CRFB/88 ilustra bem essa obrigatoriedade ao dispor que a seguridade social será financiada, de forma direta e indireta, por toda a sociedade.

4 BOLLMANN, Vilian. *Princípios constitucionais da previdência social*. Justiça do Trabalho, v. 24, n. 277, p. 120-132.

5 ZAMBITTE, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói – RJ: Impetus, 2008. p. 57.

6 LOUREIRO, João Carlos. *Constituição da segurança social: sujeitos, prestações e princípios*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 84, 2008. p. 196.

Para tanto são cobradas diferentes contribuições sociais, que, por serem tributos, apresentam, nos termos do art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN), justamente essa característica de compulsoriedade (independente da autonomia da vontade da pessoa, que não pode simplesmente se negar a pagar, tratando-se de uma relação vertical entre o contribuinte e o Poder Público, ou seja, nesse caso específico, de autorizada - por Lei - subordinação jurídica com o Estado, subordinação esta que não se confunde com a mencionada no tópico anterior e que deve ser repelida).

Do princípio da universalidade surge o permanente ideal de garantir a todos que enfrentam alguma contingência (doença, invalidez, acidentes, velhice, viuvez, orfandade, prisão, desemprego etc...) o direito de prestação (serviços ou benefícios) pelo Estado para satisfazer suas necessidades sociais.

Nesse sentido, o art. 194, I, da CRFB/88 prevê expressamente o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, que visa proteger qualquer pessoa de todos os riscos sociais possíveis, o que é mais nítido na saúde e na assistência social, enquanto na Previdência Social, dado o seu caráter contributivo, a proteção recai apenas sobre aquele que detém qualidade de segurado (que exerce atividade remunerada, além do segurado facultativo).

Cabe aqui salientar que, como todos os demais princípios, a universalidade da cobertura e do atendimento tem que ser compreendida dentro do ordenamento jurídico como um todo, o que implica, por exemplo, na necessária interação deste princípio com o chamado princípio da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

Assim, diante dos limitados recursos financeiros do Estado, inclusive para não haver prejuízo à proteção das gerações futuras, e à luz da reserva do possível, é comum o argumento de que a escolha das políticas públicas cabe aos legítimos representantes democraticamente escolhidos pelo povo nas eleições.

Dessa forma, a universalização não significa impossibilidade de se fazer diferenciações justificadas quanto aos beneficiários e às prestações.

Combinaram-se, por exemplo, critérios de idade e de sexo distintos na aposentadoria prevista no art. 48 da Lei nº 8.213/91, que exige 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher, que se aposenta, portanto, mais cedo, considerando-se justamente o papel tradicional desempenhado pelas mulheres em relação ao trabalho doméstico.

Um aspecto polêmico relativo ao princípio da universalidade é a necessidade ou não da nacionalidade brasileira para fins de percepção de benefício assistencial.

Por vezes o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) indefere o requerimento administrativo formulado por estrangeiro não naturalizado residente no país e que postula a concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto na Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).



O indeferimento pela autarquia previdenciária pauta-se no entendimento de que o art. 203 da CRFB/88 é uma norma constitucional de eficácia limitada, dependendo, portando, inclusive à luz do princípio da seletividade, de atuação do legislador ordinário para fins de determinação dos requisitos configuradores do direito à assistência social, sendo que o art. 1º da Lei nº 8.742/93 prevê, expressamente, que se trata de um direito do cidadão, o que pressupõe ter a pessoa nacionalidade brasileira.

Nesse sentido, o Decreto nº 6.214/2007, que regulamenta a assistência social no Brasil, dispõe em seu art. 7º que “é devido o Benefício de Prestação Continuada ao *brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil* e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento”.

Porém, há quem entenda que o estrangeiro residente no país também faz jus à assistência social em razão do previsto no art. 5º da CRFB/88, em especial dos princípios constitucionais da isonomia e, ainda, da dignidade da pessoa humana.

Quanto a essa matéria, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a repercussão geral no RE 587.970-4/SP, cujo julgamento de mérito ainda se encontra pendente.

Não há dúvidas de que, preenchidos alguns requisitos, tanto o brasileiro no exterior quanto o estrangeiro domiciliado no país têm direito à proteção previdenciária, consoante dispõe, por exemplo, o art. 11, I, “c”, “e”, “f” e o art. 11, V, “e” da Lei nº 8.213/91.

Do princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (art. 194, III, da CRFB/88) resulta a taxatividade dos benefícios previstos na legislação aplicável, devendo, ainda, a atuação estatal se direcionar às pessoas que mais precisam de proteção.

Relativamente ao princípio da unidade, tem-se que, para haver uma seguridade social efetiva, é imprescindível uma unidade legislativa, administrativa e financeira. Afinal, de nada adianta a previsão legal sem a necessária dotação orçamentária e o aparato administrativo para viabilizar no dia-a-dia a concretude dos direitos sociais.

Cabe destacar o pensamento de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein<sup>7</sup>, para quem o nível de proteção dos direitos sociais é determinado politicamente e não judicialmente, independentemente desses direitos estarem ou não constitucionalizados.

Parafraseando os mencionados autores, sem essa unidade legislativa, administrativa e financeira, o direito continua existindo, mas não será efetivo, já que não abrangerá milhares de cidadãos.

Além disso, também se aplica à seguridade social, tanto como um objetivo como um limite, o princípio da suficiência (ou efetividade). Por

7 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000. p. 121.

consequente, cabe à seguridade social afastar a necessidade social para permitir uma vida digna aos afetados por contingências, para que eles busquem desenvolver suas personalidades com liberdade, evitando-se, por outro lado, prestações pelo Poder Público de forma excessiva (que exorbitem a necessidade). O art. 201, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é um exemplo desse princípio da suficiência.

Pelo princípio da supletividade (ou subsidiariedade) da seguridade social, a ação estatal tem natureza substitutiva, no sentido de que o Estado substitui a atividade do particular.

Isso significa que a proteção social pelo Estado deverá ocorrer somente como um mecanismo supletivo, cabendo primordialmente ao indivíduo prover a própria subsistência e a de sua família.

Nesse sentido, o art. 229 da CRFB/88 prevê a assistência mútua e obrigatória entre pais e filhos e o art. 203, V, da CRFB/88 estabelece:

A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem *não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família*, conforme dispuser a lei. (grifo nosso)

O Código Civil (Lei nº 10.406/2002), por sua vez, dispõe sobre a obrigação alimentícia existente no âmbito familiar do art. 1.694 até o art. 1.696, o que, novamente, confirma a subsidiariedade da seguridade social.

Já o princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (art. 194, II, da CRFB/88) veda a criação de benefícios diferenciados. Vale dizer, com a CRFB/88 o trabalhador rural tem direito à mesma proteção social conferida aos trabalhadores urbanos. Diante dos princípios da solidariedade e da isonomia, visando uma igualdade material, isso não impede que sejam garantidos às populações rurais benefícios em condições diferenciadas de custeio, haja vista as dificuldades e peculiaridades típicas do campo (como, por exemplo, maior número de relações de trabalho informais).

Merece destaque que esse princípio também deve ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 201, § 12 e § 13, da CRFB/88, segundo o qual:

A Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo” e, também, “o sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.

O princípio da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, V, da CRFB/88) faz, por sua vez, com que haja o pagamento direto e indireto pela manutenção de todo o sistema da seguridade social, respeitada a capacidade contributiva, que é um princípio em matéria tributária.

Justamente por isso existe o adicional de contribuição pago em razão da exposição a agentes nocivos à saúde visando o pagamento da aposentadoria especial, que é recebido de forma precoce em relação a outros segurados do Regime Geral da Previdência Social (RGPS).

Quanto ao princípio da diversidade da base de financiamento (art. 194, VI, da CRFB/88), os recursos para a manutenção da seguridade social devem ser os mais variados possíveis para que oscilações pontuais a depender do cenário econômico não comprometam todo o sistema.

À luz do princípio do caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa (art. 194, VII, da CRFB/88), a organização e o gerenciamento da seguridade social são feitos por todos os envolvidos e interessados.

Outrossim, o princípio da preexistência do custeio em relação aos benefícios ou serviços (art. 195, § 5º, da CRFB/88) preceitua que a criação ou a majoração de prestação social só pode ocorrer com a previsão da receita necessária para tanto.

A proibição da redução nominal do valor do benefício configura o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV, da CRFB/88). E, considerando a proteção ao mínimo existencial, há quem defenda decorrer desse princípio uma necessária atualização do benefício de acordo com a inflação do período<sup>8</sup>.

Como último princípio da seguridade social, a vedação ao retrocesso proíbe a involução na implementação das políticas sociais fixadas pela CRFB/88, sendo inconstitucional qualquer medida nesse sentido sem que haja a instituição de alternativas ou compensações<sup>9</sup>.

Como princípio específico da Previdência Social, tem-se a filiação obrigatória (art. 201 da CRFB/88).

Se fosse adotado um modelo puramente facultativo de recolhimento previdenciário, certamente o número de segurados seria bem menor do que o existente hoje.

E, para que a Previdência Social atinja sua finalidade, protegendo a todos e não apenas aqueles que voluntariamente contribuam para o sistema, é segurado obrigatório quem exercer atividade remunerada, razão pela qual a filiação é impositiva.

Ademais, diferentemente da assistência social, aplica-se à Previdência Social o princípio do caráter contributivo.

8 ZAMBITTE, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói – RJ: Impetus, 2008. p. 60.

9 *Ibid.*, p. 64.

Merece destaque que o recolhimento do segurado empregado é feito pelo empregador, razão pela qual aquele não pode ser penalizado pela apropriação indébita ou não repasse das contribuições previdenciárias.

É necessário ressaltar que, a partir do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, com base em dados estatísticos e financeiros, deve haver uma relação autossuficiente entre a arrecadação e o pagamento de benefícios previdenciários.

Pelo princípio da garantia de um valor mínimo de benefício (art. 201, § 2º, da CRFB/88), é assegurado o valor de um salário-mínimo a todos os benefícios que substituem o salário-de-contribuição ou o rendimento do segurado.

Cabe salientar que o auxílio-acidente possui um caráter indenizatório pela incapacidade parcial adquirida pelo segurado, que pode exercer qualquer atividade compatível com a sua capacidade profissional e com suas limitações, razão pela qual não substitui o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado e, portanto, pode ter valor inferior ao salário-mínimo.

A Previdência Social é regida também pelo princípio da correção monetária dos salários-de-contribuição (art. 201, § 3º, da CRFB/88), segundo o qual, no momento da concessão do benefício, todos os salários-de-contribuição que integram o período de cálculo devem ser atualizados para se evitar perdas inflacionárias no valor a ser pago ao segurado.

O art. 201, § 4º, da CRFB/88 prevê o chamado princípio da preservação do valor real dos benefícios, que estabelece um reajustamento para preservar o valor real dos benefícios, ou seja, não basta a preservação do valor nominal tratada no art. 194, IV, da CRFB/88 (que dispõe sobre a irredutibilidade do valor dos benefícios).

Salienta-se que o art. 201, § 4º, da CRFB/88 prescreve que os critérios de reajustamento dos benefícios serão previstos em Lei, ou seja, nesse ponto se trata de uma norma constitucional de eficácia limitada.

O princípio da comutatividade (art. 201, § 9º, da CRFB/88) assegura a contagem recíproca de tempo de contribuição no serviço público (regime próprio de Previdência Social - RPPS) e na atividade privada (regime geral de Previdência Social - RGPS), havendo a compensação entre os diferentes sistemas previdenciários nos termos da Lei.

É facultado, ainda, o regime de previdência privada de caráter complementar e autônomo em relação ao RGPS. Trata-se do princípio da previdência complementar facultativa (art. 202 da CRFB/88).

Finalmente, o princípio da unicidade estabelece que o segurado do RGPS tem direito a apenas um benefício que substitua o seu rendimento. Nesse sentido, o art. 124 da Lei nº 8.213/91 traz um rol de benefícios inacumuláveis.

Após terem sido analisados o conceito, as funções e os vários princípios que regem a seguridade social e a Previdência Social, abordar-

se-á, em seguida, o controle jurisdicional dos atos administrativos, o que tem direta relação com o tema tratado no presente capítulo.

## 2 DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

### 2.1 Conceitos de Administração Pública e ato administrativo

Para se entender a natureza jurídica das decisões proferidas pelo INSS e o controle realizado pelo Poder Judiciário, é imprescindível, antes, ainda que de forma breve, conceituar a Administração Pública e os atos por ela praticados.

São precipuamente dois os sentidos empregados para a expressão Administração Pública<sup>10</sup>.

Pelo critério formal (orgânico ou subjetivo), a expressão Administração Pública, com as iniciais em letras maiúsculas, refere-se aos órgãos, entes e agentes públicos que exercem a atividade administrativa.

Por outro lado, utiliza-se a expressão administração pública, com letras minúsculas, em um sentido material (funcional ou objetivo) para designar a atividade administrativa propriamente dita e que incumbe, tipicamente, ao Poder Executivo.

Diz-se tipicamente porque é sabido que também o Poder Legislativo e o Poder Judiciário desempenham, atipicamente, atividades administrativas, quando tratam, por exemplo, de suas respectivas organizações internas, incluindo-se aqui a escolha para a destinação dos recursos orçamentários que lhes cabem, bem como outras questões afetas a seus servidores (atribuições, concessão de licenças, férias, apurações disciplinares etc...).

Dentro do critério formal (orgânico ou subjetivo), a Administração Pública é classificada em direta (centralizada) ou indireta (descentralizada).

A descentralização<sup>11</sup> caracteriza-se pela transferência da titularidade de atividades estatais para entidades que possuem personalidade jurídica própria e que serão responsáveis pela sua execução, sendo o caso das autarquias, das fundações, das sociedades de economia mista e das empresas públicas. Nesse caso, utiliza-se a nomenclatura Administração Pública indireta.

Já na Administração Pública direta, é o próprio ente federado (União, Estados, Distrito Federal - DF e Municípios), através dos órgãos públicos que o compõem, quem exerce essas atividades. Diferentemente do fenômeno anterior, aqui se tem a chamada desconcentração.

Corroborando essa classificação, cita-se o artigo 4º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação alterada pela Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987<sup>12</sup>.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49.

11 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 93-94.

12 Dispõe o artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67: "A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

Os atos da Administração, por sua vez, são todos aqueles praticados pela Administração Pública e podem ser regidos tanto pelo Direito Público quanto pelo Direito Privado.

Os atos da Administração regidos pelo Direito Público são chamados, especificamente, de atos administrativos.

Assim, todo ato administrativo é ato da Administração, mas o contrário não é verdade<sup>13</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua ato administrativo da seguinte maneira:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.<sup>14</sup>

Mostra-se oportuno transcrever a seguinte passagem da obra de Fernanda Marinela em relação às autarquias:

No que tange aos seus atos, eles são administrativos e devem obedecer a todos os seus requisitos, tais como: sujeito competente, forma prescrita em lei, motivo legal, objeto lícito e finalidade pública. Em razão da supremacia do interesse público que representam, gozam dos atributos de presunção de legitimidade, de autoexecutoriedade e de imperatividade, o que significa, respectivamente, são legais, legítimos e verdadeiros até que se prove o contrário, podem ser praticados independentemente da presença do Poder Judiciário e são coercitivos, obrigatórios. A autarquia também conta com a possibilidade de revisão de seus atos seja para invalidá-los, quando ilegais, ou revogá-los, quando inconvenientes, como exercício do princípio da autotutela.<sup>15</sup>

Tem-se que, em cumprimento ao art. 37, XIX, da CRFB/88, o INSS foi criado, por Lei, como autarquia federal a partir da fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, consoante dispõe o art. 17, *caput*, combinado com o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.029/1990<sup>16</sup>, que,

---

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas”.

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 200.

14 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 358.

15 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 101.

16 Dispõe o art. 17 da Lei nº 8.029/1990: “É o Poder Executivo autorizado a instituir o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social - IAPAS, com o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, observado o disposto nos §§ 2º e 4º do art. 2º desta lei” (grifo nosso). O art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.029/1990 dispõe, por sua vez, que: “O Poder Executivo disporá, em decreto, sobre as estruturas, quadros de pessoal e atribuições das entidades a que se refere este artigo, respeitado, quanto às últimas, as atribuições básicas das entidades absorvidas” (grifo nosso).

expressamente, previu que as atribuições do IAPAS e do INPS (previstas na Lei nº 6.439/1977<sup>17</sup>) seriam absorvidas pelo INSS.

Especificamente quanto ao IAPAS, competiam-lhe atividades relacionadas à arrecadação, fiscalização e cobrança de contribuições destinadas ao custeio do sistema previdenciário e de assistência social (art. 13 da Lei nº 6.439/1977), atividades estas que cabem, atualmente, à Receita Federal do Brasil (Lei nº 11.457/2007), razão pela qual não se revela necessário maior aprofundamento acerca do assunto.

Já as atividades do INPS relacionavam-se à execução das políticas públicas previdenciária e de assistência social, o que ficou, portanto, a cargo do INSS (vide o art. 1º, do Anexo I, do Decreto nº 7.556/2011<sup>18</sup>).

Tem-se que, por se tratar de uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social, as decisões proferidas pelo INSS possuem natureza jurídica de ato administrativo.

## 2.2 Dos Atos Administrativos Vinculados E Discricionários

Dentre as diversas classificações possíveis para os atos administrativos, tem-se que, quanto ao grau de liberdade, eles se dividem em vinculados ou discricionários.

Segundo Celso Antônio Bandeira:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos 'discricionários', pelo contrário, seriam dos que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo

17 Dispõe o art. 5º da Lei nº 6.439/1977: "Art 5º - Ao INPS compete conceder e manter os benefícios e outras prestações em dinheiro, inclusive as atualmente a cargo do IPASE e do FUNRURAL, e os serviços não redistribuídos por força desta Lei a outra entidade, de acordo com os seguintes programas: I - programas de previdência social urbana, abrangendo os benefícios e outras prestações em dinheiro e os serviços de assistência complementar, reeducativa e de readaptação profissional, inclusive os relativos a acidentes do trabalho, devidos aos trabalhadores urbanos e seus dependentes, e aos servidores públicos federais regidos pela legislação trabalhista, na forma da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS (Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960) e legislação complementar e da Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976; II - programas de previdência social dos servidores do Estado, abrangendo os benefícios em dinheiro devidos aos dependentes dos funcionários públicos civis filiados ao IPASE, na forma de sua atual legislação; III - programas de previdência social rural, abrangendo os benefícios em dinheiro do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural - PRORURAL, e os decorrentes de acidente do Trabalho, inclusive a assistência complementar, reeducativa e de readaptação profissional, devida aos trabalhadores rurais e seus dependentes, na forma da atual legislação do FUNRURAL (Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, e Lei Complementar nº 16, de 30 de outubro de 1973) e da Lei nº 6.195, de 19 de dezembro de 1974, e ainda os benefícios em dinheiro e os serviços de readaptação profissional devidos aos empregadores rurais e seus dependentes, na forma da Lei nº 6.260, de 6 de novembro de 1975; IV - programa de amparo financeiro a idosos e inválidos, abrangendo as prestações em dinheiro devidas na forma da Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974"

18 Dispõe o 1º, do Anexo I, do Decreto nº 7.556/2011 que o INSS tem "por finalidade promover o reconhecimento de direito ao recebimento de benefícios administrados pela Previdência Social, assegurando agilidade, comodidade aos seus usuários e ampliação do controle social".

critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.<sup>19</sup>

O ato administrativo é composto por cinco elementos: sujeito competente, forma, motivo, objeto e finalidade.

Nesse sentido, cita-se a Lei nº 4.717, de 29/06/1965, que dispõe sobre a ação popular e faz menção a estes elementos em seu art. 2º, *caput*<sup>20</sup>.

Segundo o entendimento de Raquel Melo Urbano de Carvalho<sup>21</sup>, haverá vinculação de um ato administrativo quando o ordenamento jurídico definir o sujeito competente, a forma pela qual a vontade se exteriorizará, o motivo pelo qual o ato poderá ser praticado, o comando administrativo dele resultante e a finalidade pública a ser atingida.

Por outro lado, a discricionariedade do ato administrativo será caracterizada quando, por exemplo, o elemento motivo não estiver determinado de forma pontual e direta no ordenamento jurídico.<sup>22</sup>

Para Maria Sylvia Di Pietro, um ato se qualifica como discricionário nos seguintes termos:

Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá que enfrentar. Isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade da atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.<sup>23</sup>

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões

19 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 401.

20 Dispõe o artigo 2º da Lei 4.717/65 que: "são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

21 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2009. p. 428.

22 Ibid., p. 428.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 41.



da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>24</sup>

Complementando a exposição de Celso Antônio Bandeira de Mello, destaca-se, ainda, neste ponto, a possibilidade de o legislador utilizar conceitos jurídicos indeterminados, que muitas vezes são plurissignificativos, ou seja, deles se extraem muitos significados, dando uma margem de liberdade de escolha ao agente público. Neste caso, quando houver mais de uma possibilidade de interpretação e, assim, de aplicação concreta da norma, ter-se-á um ato discricionário. Não obstante tal entendimento, Raquel Melo Urbano de Carvalho leciona importante ressalva:

Pode ocorrer, contudo, que, após interpretar o conceito indeterminado à luz do regime jurídico público incidente em dado caso concreto, não remanesça liberdade alguma ao administrador público. O conceito, inicialmente vago, assume contornos precisos e que vinculam a ação administrativa em um só sentido, no tocante ao pressuposto fático que a autoriza e quanto ao comando que dela advirá. Nestes casos, embora em princípio uma regra legal admitisse cogitar-se certa liberdade administrativa, constata-se que tal liberdade desapareceu, após ser a regra interpretada em face das demais normas do sistema, ponderadas à luz do interesse público e direitos fundamentais. Os limites principiológicos e legais incidentes na espécie impediram que se mantivesse espaço de valoração pública conforme critérios de conveniência e oportunidade administrativas, porquanto um só motivo ou conteúdo é admissível perante aquelas especificidades concretas e jurídicas.<sup>25</sup>

Quanto aos atos de concessão, em si, de benefícios previdenciários e de assistência social, tratam-se de atos vinculados. Vale dizer, não se tem liberdade, juízo de valor, conveniência e oportunidade na sua prática. Preenchidos os requisitos legais, o Poder Público é obrigado a praticá-lo, deferindo o requerimento.

Após ter sido feita uma análise acerca da natureza jurídica do INSS e de suas decisões, proceder-se-á, agora, ao estudo do controle judicial desses atos.

### 2.3 Do controle de legalidade pelo Poder Judiciário

Uma das formas de extinção do ato administrativo, retirando-lhe do ordenamento jurídico, é a sua anulação em razão de sua ilegalidade.

24 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48.

25 CARVALHO, op. cit., p. 430.

E, no exercício da autotutela, a própria Administração Pública pode, observada a decadência<sup>26</sup>, rever seus atos (vide súmulas 346<sup>27</sup> e 473<sup>28</sup> do Supremo Tribunal Federal – STF).

Contudo, da mesma forma, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), o Poder Judiciário pode, novamente respeitado o prazo decadencial<sup>29</sup>, realizar o controle de legalidade do ato administrativo e, uma vez constatada a sua ilegalidade, anulá-lo.

Cabe salientar, ainda, que a anulação do ato administrativo produz, em regra, efeitos retroativos (*ex tunc*).

Por fim, mostra-se oportuno destacar, conforme tratado anteriormente no presente trabalho, que o reconhecimento da normatividade dos princípios acarretou uma mudança de paradigma e possibilitou o chamado controle de juridicidade dos atos administrativos em substituição à legalidade estrita:

A decomposição do Direito em princípios e regras delimitou dois campos distintos, porém não estanques: os campos da juridicidade – direito por princípios, dentre os quais o da legalidade, e o campo da legalidade – direito por regras, contido no primeiro, e no domínio do Direito Administrativo, ‘o princípio da juridicidade da administração substitui o princípio da legalidade, englobando-o’.<sup>30</sup>

Existem recentes decisões proferidas pelo STF e que exemplificam muito bem como tem sido feito esse controle de juridicidade dos atos administrativos praticados pelo INSS em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais, além de permitirem que se analisem os limites desse controle judicial.

26 A Lei nº 8.213/91 estabelece que: “Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)”

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)”

27 Pela súmula nº 346 do STF, “a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

28 Pela súmula nº 473 do STF, “a Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

29 A Lei nº 8.213/91 dispõe que: “Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)”

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)”

30 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 21.

Nesse sentido, citam-se os julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) dos Recursos Extraordinários (RE's) nº 567.985-3/MT, nº 580.963/PR e nº 630.501/RS, que serão analisados a seguir.

### **2.3.1 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 567.985-3/MT acerca do requisito miserabilidade para fins de concessão do benefício assistencial**

Revisando entendimento anterior contido na ADI nº 1.232, em que se reconheceu a constitucionalidade do critério objetivo de aferição da miserabilidade, o STF decidiu, recentemente, por maioria, no v. acórdão proferido no RE 567.985-3/MT, publicado em 03/10/2013, e com fundamento, dentre outros, no princípio da solidariedade, no princípio da dignidade da pessoa humana, na garantia do mínimo existencial e no princípio da proibição da concretização deficitária, pela inconstitucionalidade parcial, sem declaração de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

Para se entender o v. acórdão em questão, transcreve-se, abaixo, sua ementa:

*Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição.*

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

*2 Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.*

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

*3 Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.*

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-

se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 567985, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

O Ministro Marco Aurélio concluiu que a regra em abstrato contida no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 é constitucional, razão pela qual deveria ser mantida, mas, excepcionalmente, em casos específicos e considerando as circunstâncias envolvidas, sua aplicação seria inconstitucional à luz dos mencionados princípios constitucionais e do parâmetro de miserabilidade trazido pela CRFB/88.

Apesar de ter sido vencido por não declarar inconstitucional a norma em tela, merece destaque os seguintes excertos do voto do Ministro Marco Aurélio:

Mostra-se natural e desejável que certos conteúdos constitucionais sejam interpretados à luz da realidade concreta da sociedade, dos avanços culturais e dos choques que inevitavelmente ocorrem no exercício dos direitos fundamentais previstos apenas de modo abstrato na Carta.

[...]

Como, então, deve ser interpretada a cláusula constitucional 'não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família'? O objetivo do constituinte foi único: conferir proteção social àqueles incapazes de garantir a respectiva subsistência. Os preceitos envolvidos, como já asseverado, são os relativos à dignidade humana, à solidariedade

social, à erradicação da pobreza e à assistência aos desamparados. Todos esses elementos fornecem razões para uma interpretação adequada do benefício assistencial estampado na Lei Maior.

[...]

Com base nessa visão, conclui-se que existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial.

[...]

São esses, alfim, os parâmetros materiais dos quais há de partir a interpretação da regra questionada. Indago: a concretização legislativa dos referidos princípios foi suficiente? À luz do caso concreto, tem-se que a resposta é desenganadamente negativa.

[...]

Em suma, está-se diante de situação em que a concretização do princípio da dignidade humana e do dever específico de proteção dos hipossuficientes – idosos e deficientes – encontra-se aquém do texto constitucional. Embora ainda pouco utilizado pelo Supremo, emerge como parâmetro de aferição de constitucionalidade da intermediação legislativa de direitos fundamentais o chamado princípio da proibição da concretização deficitária, cujo fundamento último radica-se no dever, imputável ao Estado, de promover a edição de leis e ações administrativas efetivas para proteger os direitos fundamentais.

[...]

Posta a questão em jargão técnico, o Poder Judiciário derrotou uma regra. O dispositivo legal fornecia relato preciso e acabado da hipótese efetiva de atuação, o qual ficou suplantado pelo aplicador em favor de concepção mais ampla de justiça. Além disso, não se teceu sequer consideração quanto à validade da regra, que permanece hígida em abstrato. Desse quadro, é possível asseverar que se tem a constitucionalidade em abstrato do preceito legal, consoante assentado pelo Supremo, mas a inconstitucionalidade em concreto na aplicação da norma, consideradas as circunstâncias temporais e os parâmetros fáticos revelados.

[...]

Surge claro que os enunciados normativos, previstos em abstrato, podem resultar em incidências concretas que desatendam aos comandos constitucionais...

O mesmo Ministro Marco Aurélio analisou contrapontos ao seu raciocínio relacionados à legitimidade de uma função jurisdicional

que faz prevalecer as próprias convicções do julgador em detrimento dos critérios estabelecidos democraticamente através de um processo legislativo majoritário; bem como contrapontos relativos à insegurança jurídica e à reserva do possível. Seguem excertos dessa análise:

É preciso analisar o contraponto a esse raciocínio. Sabe-se que a forma como os dispositivos constitucionais e legais são redigidos encerra decisões do poder constituinte e do Poder Legislativo. Tais atos cristalizam acordos sociais a respeito de dilemas morais ou questões práticas do cotidiano sobre as quais recaem disputas. Permitir que sejam reabertas à discussão a cada novo processo judicial é arriscado sob duas perspectivas.

Primeiro, por viabilizar que o Juízo desconsidere soluções adotadas consoante o processo político majoritário e faça prevalecer as próprias convicções em substituição às adotadas pela sociedade. Sem que haja verdadeiro fundamento constitucional relevante, esse proceder acaba por retirar a legitimidade da função jurisdicional, calcada, conforme concepção clássica, no respeito às respostas moldadas de antemão pelo legislador.

Segundo, por trazer grande margem de insegurança ao sistema. Com efeito, as regras têm um objetivo de reduzir a incerteza na aplicação do Direito, permitindo que as pessoas pautem as condutas pela previsão abstrata, além de assegurar que a solução do sistema jurídico seja observada de modo isonômico...

Pode-se dizer que, ao afastar a regra legal, os magistrados estariam confrontando a dignidade do postulante, no caso concreto, com a dos demais cidadãos, também carentes de prestações públicas. É o conhecido argumento da reserva do possível.

Contudo, o Ministro Marco Aurélio afastou os contrapontos acima argumentando que:

A uma, porque o benefício de assistência social tem natureza restrita, não basta a miserabilidade, impõe-se igualmente a demonstração da incapacidade de buscar o remédio para tal situação em decorrência de especiais circunstâncias individuais. Essas pessoas, obviamente, não podem ser colocadas em patamar de igualdade com os demais membros da coletividade. Elas gozam de evidente prioridade na ação do Estado, assentada pelo próprio texto constitucional...

A duas, porquanto a superação da regra legal há de ser feita com parcimônia. Observem que cumpre presumir aquilo que normalmente acontece na interpretação do Direito: que juízes bem-intencionados vão apreciar, consoante a prova produzida no processo, a presença do estado de miséria, considerados os demandantes. O normal é a atuação de boa-fé. Além disso, vale ressaltar que o critério de renda atualmente

fixado está muito além dos padrões para fixação da linha de pobreza internacionalmente adotados. Esse elemento faz crer que a superação da regra será realmente excepcional.

A três, finalmente, porque o orçamento, embora peça essencial nas sociedades contemporâneas, não possui valor absoluto. A natureza multifária do orçamento abre espaço para encampar essa atividade assistencial que se mostra de importância superlativa no contexto da Constituição de 1988...

[...]

Em síntese, consigno que, sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevaletentes os ditames constitucionais.

Conforme dito alhures, o Ministro Marco Aurélio foi vencido e, por maioria, o STF decidiu pela inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, sem declaração de nulidade. E o que significa isso?

Nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, após o julgamento da ADI nº 1232, houve um processo de inconstitucionalização do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 em razão de mudanças políticas, econômicas, sociais e legislativas.

Assim, o critério previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 seria insuficiente para determinar a existência ou não do requisito miserabilidade em toda e qualquer situação, razão pela qual a inconstitucionalidade seria parcial, tendo havido uma omissão do legislador ao deixar de prever outras situações em que a pessoa seria miserável e faria jus ao benefício assistencial.

Contudo, não houve declaração de nulidade, ou seja, a referida norma continua em vigor e pode ser aplicada administrativamente e judicialmente.

Essa técnica de declaração da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade tem sido adotada pelo STF para lidar com situações em que o Tribunal vislumbra uma omissão do legislador.

Tendo prevalecido, por maioria, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes no sentido de negar provimento ao recurso e declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, sem pronúncia de nulidade, o que foi acompanhado pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e pelos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello,

cabe reproduzir a seguinte passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes, que foi designado como redator do v. acórdão:

Chamo a atenção para a possibilidade de uma inconstitucionalização. Nós já tivemos até aqui o caso da progressão de regime, em que nós declaramos a constitucionalidade da lei e, depois, nós viemos a declarar a sua inconstitucionalidade, seja por mudança nas circunstâncias fáticas, seja por mudanças nas circunstâncias jurídicas, seja por mudança no plexo de relação entre circunstâncias fáticas e jurídicas. Portanto, eu digo que isso é possível e acontece no sistema. E aí, então, repasso todas essas questões, e chamo a atenção que o debate sobre a omissão já ficara presente lá quando do julgamento da ADI nº 1.232, o Ministro Sepúlveda Pertence já apontava o déficit no modelo adotado.

Eu ressalto, então, todos esses aspectos e digo mesmo: o fato é que hoje o Supremo, muito provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida em 1998 na ADI 1.232, a partir desses robustos indícios que estão aí. A jurisprudência atual supera, em diversos aspectos, os entendimentos naquela época adotados pelo Tribunal quanto ao tratamento da omissão inconstitucional, inclusive quanto à possibilidade, por exemplo, de, em caso de omissão parcial, nós valermos da modulação de efeitos, por exemplo, de aplicarmos o artigo 27, deixarmos a lei em vigo, mas não declararmos a sua nulidade, que é um ponto importante para o qual chama a atenção o Ministro Marco Aurélio, declarar a unidade aqui é agravar o estado de inconstitucionalidade, distanciar-se ainda mais. Mas, hoje, já dispomos, então, dessa alternativa.

[...]

Por isso, Presidente, fazendo um rápido resumo, eu chego à conclusão também consistente do voto do Ministro Marco Aurélio, mas eu estou afirmando que houve um processo de inconstitucionalização que se deflagrou, um processo de inconstitucionalização do parágrafo 3º...”

A uma, porque o benefício de assistência social tem natureza restrita, não basta a miserabilidade, impõe-se igualmente a demonstração da incapacidade de buscar o remédio para tal situação em decorrência de especiais circunstâncias individuais. Essas pessoas, obviamente, não podem ser colocadas em patamar de igualdade com os demais membros da coletividade. Elas gozam de evidente prioridade na ação do Estado, assentada pelo próprio texto constitucional...

Ressalta-se, porém, que não houve quorum suficiente para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99<sup>31</sup> tal como pretendida pelo Ministro Gilmar

31 “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços



Mendes, qual seja, fixando-se um prazo (até 12/2015) para o Poder Legislativo estabelecer novos critérios de aferição de miserabilidade.

Feita uma análise do significado da decisão do STF no RE 567.985-3/MT, que ilustra claramente como o controle de juridicidade do ato administrativo ocorre a partir de princípios (e não de uma legalidade estrita), qual será o resultado prático dessa decisão?

Como a concessão de benefício assistencial é um ato vinculado, a princípio o INSS continuará a aplicar o critério objetivo de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo previsto no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93 para aferição da miserabilidade, já que não houve pronúncia de nulidade pelo STF, e, com isso, a autarquia federal indeferirá, administrativamente, os requerimentos daqueles que não preencherem esse requisito.

Afinal, não restou claro da decisão do STF se o INSS poderia, no caso concreto, aferir a miserabilidade de outras formas (e, nesse caso, quais os critérios seriam utilizados) ou se caberia apenas ao Poder Judiciário essa análise.

E como funcionará a defesa judicial do INSS nessas situações, já que o STF não determinou parâmetros mínimos para que se verifique se a aplicação do critério de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo configura uma inconstitucionalidade? Podem os procuradores federais que representam o INSS em juízo celebrar acordos, mesmo tendo a autarquia previdenciária indeferido corretamente o benefício assistencial com base no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/93, que continua em vigor, ou devem simplesmente defender o ato administrativo praticado?

É sabido que, nos termos do art. 543-B do CPC<sup>32</sup>, foi reconhecida a repercussão geral no RE nº 567.985-3/MT, daí a importância do julgamento proferido pelo STF, uma vez que, apesar de não ter os efeitos vinculante e *erga omnes* típicos do controle abstrato de constitucionalidade, fará com que os Tribunais inferiores, as Turmas de Uniformização e as Turmas Recursais

---

de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

32 “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).”

apliquem essa orientação, resultando, ainda, praticamente na impossibilidade de se suscitar novamente essa questão através de outro recurso extraordinário perante o STF, já que se trataria de matéria fática e, como tal, provavelmente não será admitida pelo Supremo. Ou seja, no final, prevalecerá e transitará em julgado o que decidirem no caso concreto os órgãos de segundo grau de jurisdição. Por isso o art. 543-B do CPC é um exemplo do recente fenômeno chamado de abstrativização do controle difuso concreto.

Infelizmente, em prejuízo à segurança jurídica, o STF não determinou quais seriam os parâmetros a serem seguidos tanto pelo INSS quanto pelo Poder Judiciário, em complementação ao  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, para fins de concessão de benefício assistencial.

Assim, não será possível determinar *a priori* se a pessoa tem ou não direito ao benefício assistencial e, em tese, duas pessoas que se encontram na mesma situação fática podem receber decisões judiciais conflitantes a depender da localidade e do Juízo em que tramitar o processo.

Tal entendimento, inclusive, fomenta a própria litigância, já que o INSS continuaria aplicando o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e, se a pessoa não se conformar, o que certamente ocorrerá (afinal, por que aceitar?), incentivada também pela assistência judiciária gratuita, poderá ela ajuizar uma ação judicial questionando a juridicidade do indeferimento sem risco algum de arcar com qualquer ônus de sucumbência acaso sofra uma derrota, fazendo com que os parâmetros sejam estabelecidos caso a caso pelo Poder Judiciário. E, para piorar, como mencionado alhures, sem possibilidade de submissão ao STF para fins de confirmação da adequação da decisão recorrida frente ao julgado no RE 567.985-3/MT em sede de repercussão geral, já que se trataria de matéria fática, inadmissível de reapreciação pelo STF, não tendo sido estabelecidos parâmetros mínimos.

Criou-se, assim, toda essa dificuldade, que certamente implicará em insegurança jurídica e em fomento à litigância, gerando maiores encargos/despesas ao Poder Público. Ocorre que já existe toda uma estrutura administrativa onerosa para a execução da política pública da Assistência Social, que de nada adiantará, mantendo-se, paralelamente, uma estrutura cada vez maior do Poder Judiciário, que tende a crescer para atender à igualmente crescente demanda judicial (induzida por decisões como a aqui analisada), além dos gastos com a manutenção de procuradorias para representarem judicialmente o INSS.

Outrossim, apesar do v. acórdão proferido no RE 567.985-3/MT ter repelido a tese de fixação pelo Poder Judiciário dos critérios de aferição da miserabilidade, na realidade é exatamente isso o que a decisão do STF concretizará e permitirá que as instâncias inferiores façam no dia-a-dia, tendo sido chancelada a possibilidade de que o estabelecimento das políticas públicas sociais seja definido individualmente, paradoxalmente sem se atentar para o caráter universalizante que compõe o reconhecimento de tais direitos.

A solução para esse cenário desolador seria uma rápida atuação do legislador infraconstitucional para que, à luz do decidido pelo STF no RE 567.985-3/MT, sejam elaborados e combinados diferentes critérios visando a aferição da miserabilidade ensejadora do benefício assistencial.

### **2.3.2 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 580.963/PR acerca do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 para fins de concessão do benefício assistencial**

Utilizando-se da mesma técnica de declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade e com fundamento no princípio da isonomia, o STF decidiu, até que haja alteração legislativa, pela possibilidade de interpretação extensiva do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) de modo que não apenas o benefício assistencial pago a pessoa idosa seja desconsiderado para o cálculo da renda familiar *per capita*, mas, também, por exemplo, que outro benefício previdenciário de aposentadoria ou pensão por morte pago ao idoso no valor de um salário mínimo seja desconsiderado para essa finalidade. Segue, abaixo, excerto do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes:

O conflito entre aplicação crua da lei e a adoção de critérios de justiça social permeou a discussão travada no presente processo, que versa sobre a aplicação do artigo 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2003. A questão reside em saber se o referido dispositivo comporta somente interpretação restritiva ou pode ser estendido a outros casos, como ao benefício assistencial recebido por pessoa com deficiência ou ao benefício previdenciário em valor mínimo recebido por idoso.

A Lei 10.741/2003 dispõe que:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

No entender do INSS, a lei permite que seja deduzido da renda total da família tão somente benefício assistencial concedido a outro idoso. O Instituto repele, assim, qualquer interpretação extensiva à hipótese excepcional criada pelo legislador, ao argumento de afronta aos princípios da legalidade, da independência dos Poderes e da reserva legal (art. 2º, art. 44, caput, art. 48, caput, art. 59, III e art. 203, V, da Constituição Federal).

O INSS sustenta, ainda, que a interpretação extensiva do art. 34 do Estatuto do Idoso ofende o princípio da fonte de custeio total (art. 195, § 5º, da Constituição), porque amplia as hipóteses de concessão do benefício assistencial, sem indicar a correspondente fonte de custeio.

Por outro lado, não se pode olvidar que o critério adotado pelo legislador, não se revela suficiente para dar efetividade ao comando do art. 203, V, da Constituição, que garante aos idosos e pessoas com deficiência considerados hipossuficientes o direito a um salário mínimo, a título de benefício assistencial de prestação continuada.

Nesse contexto, diversos Juízos passaram a decidir que o benefício previdenciário de valor mínimo, ou outro benefício assistencial percebido por idoso, é excluído da composição da renda familiar (Súmula 20 das Turmas Recursais de Santa Catarina e Precedentes da Turma Regional de Uniformização); e também que o benefício assistencial percebido por qualquer outro membro da família não é considerado para fins da apuração da renda familiar.

Essas decisões foram impugnadas por meio de vários recursos e reclamações, ao fundamento principal de violação à autoridade da decisão proferida por esta Corte no julgamento da ADI 1.232, Rel. Min. Ilmar Galvão, Red. para acórdão Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ 1.6.2001.

Ao julgar diversas reclamações sobre o tema, este Supremo Tribunal Federal permitiu a manutenção de decisões que concederam interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, ao fundamento de ausência de similitude entre o conteúdo das decisões impugnadas e a decisão proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232.

Nesse sentido, a Reclamação 4.154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.3.2006; a Reclamação 4.270, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25.4.2006; a Reclamação 4.016, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.5.2006; e a Reclamação 4.195, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2011.

Ocorre que a Corte também já teve a oportunidade de enfrentar a questão em sede de recurso extraordinário e sempre assentou que a interpretação extensiva dada ao art. 34 do Estatuto do Idoso não contraria o art. 203, V, da Constituição nem viola a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADI 1.232. Nesse sentido, registro o AI-AgR 590.169, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 9.2.2007; o RE 561.936, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 9.5.2008; e o RE 569.065, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 10.10.2010, este último com a seguinte ementa:

‘AGRAVO REGIMENTAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. Lei 10.741/2003, art. 34, parágrafo único. LEI 8.742/1993, art. 20, § 3º. A Turma Recursal de origem não afastou o critério estabelecido no art.

20, § 3o, da Lei 8.742/1993, ao julgar procedente o pedido de concessão de benefício assistencial nos termos do Estatuto do Idoso. Decisão em conformidade com o decidido por esta Corte no julgamento da ADI 1.232, rel. min. Ilmar Galvão. Matéria diversa daquela tratada no RE 567.985, cuja repercussão geral já foi reconhecida por este Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento.’

Esses precedentes revelam, no mínimo, uma condescendência da Corte com a postura adotada pelo diversos Juízos brasileiros que dão interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, por entenderem ser inconstitucional, por omissão parcial, o critério adotado pelo legislador para excluir do cálculo da renda familiar unicamente o benefício assistencial recebido pelo idoso.

Registre-se, também, que a opção legislativa permite muitas distorções para concessão do benefício analisado, o que põe em dúvida a constitucionalidade do dispositivo apreciado.

Inicialmente, não se vislumbra qualquer justificativa plausível para a discriminação das pessoas com deficiência em relação aos idosos, razão pela qual a opção legislativa afronta o princípio da isonomia.

Imagine-se a situação hipotética de dois casais vizinhos, ambos pobres, sendo o primeiro composto por dois idosos e o segundo por um portador de deficiência e um idoso. Nessa situação, os dois idosos casados teriam direito ao benefício assistencial de prestação continuada, entretanto o idoso casado com o deficiente não poderia ser beneficiário do direito, nos termos da lei, se o seu parceiro portador de deficiência já recebesse o benefício.

Isso revela uma absurda falta de coerência do sistema, tendo em vista que a própria Constituição elegeu as pessoas com deficiência e os idosos, em igualdade de condições, como beneficiários desse direito assistencial.

Registre-se, ainda, que o benefício previdenciário de aposentadoria, ainda que no valor de um salário mínimo, recebido por um idoso também obstaculiza a percepção de benefício assistencial pelo idoso consorte, pois o valor da renda familiar per capita superaria 1/4 do salário mínimo definido pela Lei 8.742/1993 como critério para aferir a hipossuficiência econômica, já que benefícios previdenciários recebidos por idosos não são excluídos do cálculo da renda familiar.

Em consequência, esta última situação acaba por desestimular trabalhadores com idade avançada a contribuírem para a previdência social. Isso porque pessoas com idade superior a 50 anos, com baixa qualificação e reduzidas chances no mercado de trabalho são candidatos a receber benefícios assistenciais. Portanto, parece ser racional não contribuir para a previdência, nessas condições, até porque o custo das contribuições para os trabalhadores é elevado.

Feitas essas considerações, é possível verificar que o Supremo Tribunal Federal, ainda que por via oblíqua – inadmissibilidade de recursos e reclamações por questões meramente formais –, permitiu a propagação de decisões que atribuem interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso.

Entretanto, agora se está a julgar um processo com repercussão geral, cuja decisão servirá de parâmetro para um sem-número de outros casos, portanto é necessário que a Corte efetivamente enfrente esta séria controvérsia de cunho constitucional.

É preciso orientar a resolução definitiva desta celeuma, pois decisões judiciais como a ora impugnada não resolvem, por si sós, a insuficiência da política pública adotada pelo Governo, além de ter impactos orçamentários de grande vulto – divulga-se que, até o final deste ano de 2012, o custo anual do benefício assistencial será superior a 25 bilhões de reais.

Toda a problemática enfrentada evidencia que a política pública deve ser revista e reajustada, de modo a melhor se adequar aos comandos Constitucionais. O legislador deve, ainda, tratar a matéria de forma sistemática.

Isso significa dizer que todos os benefícios da seguridade social (assistenciais e previdenciários) devem compor um sistema consistente e coerente. Com isso, podem-se evitar incongruências na concessão de benefícios, cuja consequência mais óbvia é o tratamento injusto e anti-isonômico entre os diversos beneficiários das políticas governamentais de assistência social.

Por essas razões, proponho a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003, sem pronúncia de nulidade, com a fixação de prazo de dois exercícios financeiros para que o Poder Legislativo redefina a política pública do benefício assistencial de prestação continuada, para suprimir as inconstitucionalidades apontadas.

Ante o exposto, voto no sentido de julgar improcedente o recurso e declarar a inconstitucionalidade do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, sem pronúncia da nulidade, mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014.

Mais uma vez, como não houve declaração de nulidade, o INSS continuará aplicando a letra da Lei, indeferindo requerimentos administrativos, do que resultará, invariavelmente, o ajuizamento de ações judiciais.

### **2.3.3 Do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 630.501/RS acerca do melhor benefício**

Outro julgamento recente do STF (com o trânsito em julgado em 23/09/2013) e que também exemplifica muito bem como tem sido feito o controle de juridicidade dos atos administrativos praticados pelo INSS em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais ocorreu no RE

630.501/RS, no qual também se reconheceu a repercussão geral nos termos do art. 543-B do CPC.

Na ocasião o STF decidiu, por maioria, com fundamento no art. 5º, XXXVI, da CRFB/88 e novamente em detrimento de uma legalidade estrita, pela existência de um direito adquirido ao benefício mais vantajoso, ainda que proporcional. Os excertos a seguir do voto da Ministra relatora Ellen Gracie dão a dimensão do julgado:

Faz-se necessário compreender com clareza a pretensão do recorrente. Busca ele ver reconhecido o direito de que a renda inicial da sua aposentadoria seja a maior possível, para tanto cotejando-se os cálculos e reajustes que teriam sido feitos caso o benefício tivesse sido requerido em mês anterior, quando já cumpridos os requisitos.

[...]

O instituto do direito adquirido insere-se normalmente nas questões de direito intertemporal. Não temos, no nosso direito, uma garantia ampla e genérica de irretroatividade das leis, mas a garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas por lei nova. Assegura-se, com isso, a ultratividade da lei revogada em determinados casos, de modo que o direito surgido sob sua vigência continue a ser reconhecido e assegurado.

[...]

Quando a lei nova menos favorável não ressalva os direitos adquiridos e a Administração não os respeita, esta Corte os assegura, dando efetividade à garantia constitucional.

[...]

O que este Supremo Tribunal Federal não reconhece é o direito adquirido a regime jurídico, ou seja, não considera abrangido pela garantia constitucional a proteção de simples expectativas de direitos.

Também não admite a combinação dos aspectos mais benéficos de cada lei com vista à criação de regimes híbridos.

[...]

O presente recurso extraordinário traz à consideração uma outra questão. Discute-se se, sob a vigência de uma mesma lei, teria o segurado direito a escolher, com fundamento no direito adquirido, o benefício mais vantajoso consideradas as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido. Em outras palavras, o recurso versa sobre a existência ou não de direito adquirido ao cálculo da renda mensal inicial (RMI) com base em data anterior a do desligamento do emprego ou da entrada do requerimento (DER) por ser mais vantajoso ao beneficiário.

[...]

O direito adquirido ao melhor benefício implica a possibilidade de o segurado ver o seu benefício deferido ou revisado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal inicial obtida e as rendas mensais que estaria percebendo, naquele momento, se houvesse requerido em algum momento anterior o benefício, desde quando possível a aposentadoria proporcional.

Recalcula-se o benefício fazendo retroagir hipoteticamente a DIB (Data de Início do Benefício) à data em que já teria sido possível exercer o direito à aposentadoria e a cada um dos meses posteriores em que renovada a possibilidade de exercício do direito, de modo a verificar se a renda seria maior que a efetivamente obtida por ocasião do desligamento do emprego ou do requerimento.

O marco para fins de comparação é, pois, a data do desligamento ou do requerimento original, sendo considerado melhor benefício aquele que corresponda, à época, ao maior valor em moeda corrente nacional.

Observados tais critérios, se a retroação da DIB não for mais favorável ao segurado, não há que se admitir a revisão do benefício, ainda, que se invoque conveniência decorrente de critérios supervenientes de recomposição ou reajuste diferenciado dos benefícios.

### **3 ANÁLISE DOS ÍNDICES DE CONCESSÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS**

#### **3.1 Índice de concessão judicial (ICJ) de benefícios**

Visando possibilitar uma análise dos resultados das demandas judiciais envolvendo benefícios previdenciários e assistenciais, em especial a identificação de situações geradores de concessões judiciais, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (PFE-INSS) utiliza, dentre outros indicadores, o chamado índice de concessão judicial (ICJ).

Nos termos da Portaria PFE-INSS nº 273/2011, atualmente em vigor, o ICJ mensura a proporção dos benefícios concedidos judicialmente em relação ao número total de deferimentos pelo INSS, multiplicando-se, para tanto, o resultado dessa divisão por 100 (cem).

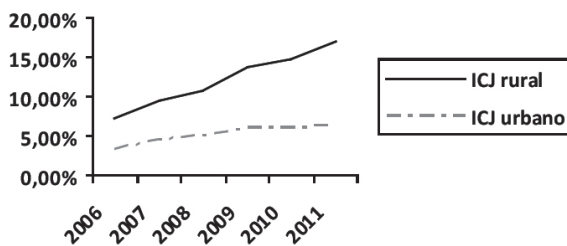
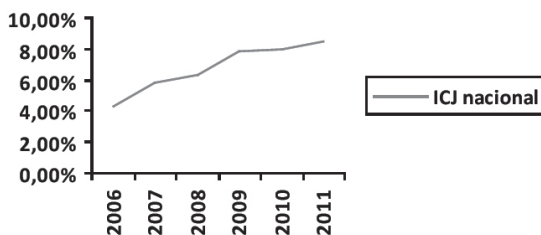
E, conforme consta do sítio eletrônico da PFE-INSS<sup>33</sup>, relativamente aos anos de 2006 a 2011, percebe-se que, apesar do número de concessões judiciais ser bem menor do que o número de concessões administrativas, existe uma tendência de aumento do ICJ ano após ano:

<sup>33</sup> Disponível em: <<http://www-pfeinss/pfeinss/index.php?option=content&view=article&id=728:materiais&catid=37:materia-de-beneficios&Itemid=428>>. Acesso em: 15 jan. 2014.



ÍNDICE DE CONCESSÃO JUDICIAL - ICJ			
	ICJ nacional	ICJ urbano	ICJ rural
2006	4,25%	3,34%	7,16%
2007	5,78%	4,60%	9,48%
2008	6,31%	4,97%	10,68%
2009	7,82%	5,90%	13,85%
2010	7,94%	5,94%	14,64%
2011	8,50%	6,19%	16,95%

Essa situação de aumento das concessões judiciais pode ser melhor visualizada por meio dos gráficos a seguir:



Ademais, percebe-se que, nesse intervalo de 6 (seis) anos, o ICJ nacional dobrou, passando de 4,25% para 8,50%, e, ainda, vê-se que o número de concessões judiciais de benefícios rurais supera o número de concessões judiciais de benefícios urbanos, além da inclinação da linha de concessão judicial dos benefícios rurais ser mais acentuada (vale dizer, o ritmo de concessão judicial de benefícios rurais cresce a uma velocidade maior do que a concessão judicial de benefícios urbanos).

Veremos, a seguir, possíveis razões que explicam essa tendência de aumento no número de concessões judiciais.

### 3.2 POSSÍVEIS CAUSAS DE LITIGIOSIDADE

#### 3.2.1 Do benefício assistencial

Primeiramente, como exposto acima, decisões judiciais como a proferida pelo STF no julgamento do RE 567.985-3/MT fomentam a litigiosidade e, como resultado, contribuem para o aumento das concessões judiciais.

Afinal, pelo próprio julgamento do RE 567.985-3/MT, não houve alteração da rotina administrativa e, enquanto não houver alteração legislativa, o INSS continuará a aplicar pura e simplesmente o critério objetivo de miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, já que não foi declarada a sua nulidade pelo STF, e, por consequência, serão indeferidos administrativamente os requerimentos de benefício assistencial daquelas pessoas que tiverem renda familiar *per capita* superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, cabendo ao Poder Judiciário a análise do caso concreto para conceder ou não o benefício pleiteado a partir de princípios constitucionais (ao invés da letra fria da Lei) como, por exemplo, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da garantia do mínimo existencial e do princípio da proibição da concretização deficitária.

Isso ainda tem outro custo para o INSS, difícil de ser mensurado, que é a imagem negativa da autarquia federal perante a sociedade em geral que, cada vez mais, tenderá a buscar o Poder Judiciário para obter a prestação previdenciária pretendida<sup>34</sup>.

Outro ponto de divergência entre a atuação administrativa e a judicial diz respeito à caracterização da deficiência para fins de concessão de benefício assistencial.

Nesse ponto, cabe ressaltar que, recentemente, houve alteração do critério de deficiência definido na legislação da Assistência Social, não mais se confundindo, hoje, deficiência com mera incapacidade para o trabalho.

Com efeito, devido à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência firmada pelo Brasil em 2008, a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) passou a ser utilizada pelo INSS para fins de caracterização de deficiência, combinando-se, para tal finalidade, a existência dos chamados

34 ALVES, Adler Anaximandro de Cruz. Atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. *Revista da AGU*, ano IX, n. 23. Brasília-DF, jan/mar. 2010. p. 44.

impedimentos de longo prazo com barreiras de diversas naturezas que podem obstruir a plena e efetiva participação do indivíduo na sociedade em igualdade de condições com outras pessoas. Nesse sentido, o art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei nº 12.470/2011, prevê que:

*Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)*

[...]

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)”

Ademais, seguindo a CIF, para concluir pela existência ou não de deficiência, o INSS atribui uma pontuação para o requerente do benefício assistencial combinando, para tanto, uma análise tanto das funções e estruturas do corpo, quanto das atividades e da participação da pessoa na sociedade, bem como dos fatores ambientais que podem interferir nisso. Segue, abaixo, uma tabela que permite visualizar como é feita essa pontuação:

%	Funções do corpo	Atividades e participação	Fatores contextuais
0 a 4	N e n h u m a deficiência (0)	Nenhuma dificuldade (0)	Nenhuma barreira (0)
5 a 24	Deficiência leve (1)	Dificuldade leve (1)	Barreira leve (1)
25 a 49	D e f i c i ê n c i a moderada (2)	Dificuldade moderada (2)	Barreira moderada (2)
50 a 95	Deficiência grave (3)	Dificuldade grave (3)	Barreira grave (3)
96 a 100	D e f i c i ê n c i a completa (4)	Dificuldade completa (4)	Barreira completa (4)

Ocorre que nas ações judiciais envolvendo benefício assistencial, tem sido comum a realização de perícias médicas para a confirmação

ou não da existência de deficiência, mas em muitos casos não se tem utilizado a CIF para essa aferição.

Ou seja, o INSS atribui uma pontuação para concluir pela existência ou não de deficiência ensejadora do benefício assistencial, enquanto o Poder Judiciário não. Isso, com certeza, pode gerar conclusões distintas das proferidas pelos médicos peritos do INSS e, por conseguinte, pode resultar na concessão judicial de benefícios assistenciais que foram indeferidos administrativamente.

Além disso, não raras vezes, em alguns processos judiciais ainda se tem confundido a definição de deficiência atualmente vigente com a antiga incapacidade para o trabalho.

Como resultado, no final, haverá um indeferimento administrativo e uma concessão judicial.

Uma possível solução para essa situação seria a unificação dos quesitos a serem respondidos tanto na via administrativa quanto em Juízo, o que permitiria, assim, saber se a decisão administrativa foi adequada ou não.

Em fim, enquanto os critérios de miserabilidade e de deficiência não forem absolutamente os mesmos nas duas instâncias (administrativa e judicial), haverá uma tendência de crescimento do ICJ.

### 3.2.2 Dos benefícios rurais

A partir do art. 48 combinado com o art. 55, § 3º, e com o art. 143, todos da Lei nº 8.213/91, tem-se que, para fazer jus ao benefício de aposentadoria por idade no valor de um salário mínimo, basta ao trabalhador rural comprovar que completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, ou 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e que, mediante início de prova material, desempenhou atividade rural em número de meses idênticos à carência do benefício de acordo com a tabela progressiva do art. 142, além de se observar o disposto no art. 2º da Lei nº 11.718/08:

Lei nº 8.213/91

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do

inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999)

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11,718, de 2008)

§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher. (Incluído pela Lei nº 11,718, de 2008)

§ 4º Para efeito do § 3º deste artigo, o cálculo da renda mensal do benefício será apurado de acordo com o disposto no inciso II do caput do art. 29 desta Lei, considerando-se como salário-de-contribuição mensal do período como segurado especial o limite mínimo de salário-de-contribuição da Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 11,718, de 2008)

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

[...]

§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

[...]

Art. 142. Para o segurado inscrito na Previdência Social Urbana até 24 de julho de 1991, bem como para o trabalhador e o empregador

rural cobertos pela Previdência Social Rural, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá à seguinte tabela, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício: (Artigo e tabela com nova redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Ano de implemento das condições	Meses de contribuições exigidos
1991	60 meses
1992	60 meses
1993	66 meses
1994	72 meses
1995	78 meses
1996	90 meses
1997	96 meses
1998	102 meses
1999	108 meses
2000	114 meses
2001	120 meses
2002	126 meses
2003	132 meses
2004	138 meses
2005	144 meses
2006	150 meses
2007	156 meses
2008	162 meses
2009	168 meses
2010	174 meses
2011	180 meses

Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea “a” do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.063, de 1995); (Vide Lei nº 11.368, de 2006); (Vide Medida Provisória nº 410, de 2007). (Vide Lei nº 11.718, de 2008)

Lei nº 11.718/2008

Art. 2º Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao trabalhador rural enquadrado na categoria de segurado contribuinte individual que presta serviços de natureza rural, em caráter eventual, a 1 (uma) ou mais empresas, sem relação de emprego.

Destaca-se a exigência pela legislação previdenciária da necessidade de início de prova material para fins de reconhecimento de tempo rural (art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91). Vale dizer, é vedada a prova exclusivamente testemunhal. Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula nº 149, segundo a qual “*a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.*”

Ocorre que um ponto de divergência entre os entendimentos administrativo e o judicial diz respeito justamente ao conceito de início de prova material. Haveria, aqui, um subjetivismo que resultaria em um grande indeferimento administrativo e uma igualmente grande concessão judicial?

Existe estudo realizado por Adler Anaximandro de Cruz e Alves<sup>35</sup> que, a partir de dados estatísticos do INSS relativamente ao número total de requerimentos e ao número total de indeferimentos administrativos no primeiro semestre de 2007, indicaria justamente a existência desse subjetivismo, além de uma velada cultura de indeferimento administrativo:

*Filtrando-se os dados da tabela acima e depurando a pesquisa por Gerência (Unidade Administrativa do INSS), pode-se aferir um dado igualmente importante: Unidades do INSS em uma mesma micro-região (Vide e.g. as Gerências da cidade de São Paulo) ou de uma meso-região (vide e.g. as Gerências de Porto Alegre e Caxias do Sul), apesar da similaridade demográfica e econômica, apresentam dados sensivelmente díspares.*

Esta disparidade de indeferimentos, sem uma padronagem ou desvio-padrão, indicam que pode estar havendo uma subjetivação excessiva na análise dos benefícios previdenciários, já que há uma grande uniformidade dos pleitos administrativos nestas Gerências.

Estatisticamente, é comum verificarmos dentro da tabela indicada, distorções de quase 20% (vinte por cento) entre cidades de mesmo perfil sócio-econômico, como Londrina/PR, que apresenta 38% (trinta e oito por cento) indeferimento e Maringá, com 45% (quarenta e cinco por cento) indeferimento. Uma distorção ainda mais nítida se verifica quando se compara Londrina/PR com outra cidade de

35 ALVES, op. cit., p. 29-31.

perfil similar, Ponta Grossa/PR, com mais de 50% (cinquenta por cento) de indeferimento. A distorção, nesse caso, aponta para mais de 40% (quarenta por cento) de diferença entre as unidades, o que denota uma absoluta inexistência de padrão de indeferimento.

*Esta falta de padrão é meio hábil a comprovar que há 'subjetivação' na análise dos pedidos de benefício. Essa 'subjetivação' pode ser entendida como o excesso de discricionariedade atribuído ao servidor que analisa o pleito nas Agências da Previdência Social e que, pela falta de uma capacitação que incuta procedimentos padrões rígidos, faz com que cada unidade possa ter seus próprios padrões e critérios para concessão de benefícios, mesmo que relevadas as diferenças sócio-econômicas das diferentes localidades.*

Além de não haver um padrão estatístico de indeferimento compatível com a similaridade entre regiões com mesmo perfil populacional e econômico, é passível de registro um dado que corrobora a suspeita da existência de *velada cultura de indeferimento*.

[...] os dados relativos a indeferimento de benefícios jamais retrocedem, ainda que em diversos Estados haja tido crescimento negativo no número de requerimentos. *Nos vinte Estados da Federação, houve no ano período avaliado diminuição de pedidos em vinte e três Estados, mas os números de indeferimento não se reduziram em nenhum Estado*". (grifo nosso)

BENEFÍCIOS REQUERIDOS E INDEFERIDOS ATÉ 25/06/2007			
Gerência Executiva	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
Londrina	34.033	13.167	38,69 %
Maringá	30.369	13.732	45,22 %
Ponta Grossa	41.962	21.105	50,30 %
Porto Alegre	45.164	21.661	47,96 %
Caxias do Sul	26.691	9.476	35,50 %
SP - Centro	80.412	43.983	54,70 %
SP - Norte	48.810	30.656	62,81 %
SP - Oeste	33.211	17.462	52,58%
SP - Sul	75.437	41.239	54,67 %
SP - Leste	56.896	34.472	60,59 %



Regiões	Requeridos				Indeferidos			
	Total	Varição em relação ao mês anterior	Benefícios por incapacidade	Demais benefícios	Total	Varição em relação ao mês anterior	Benefícios por incapacidade	Demais benefícios
Norte	26.494	-1,54	13.088	13.406	10.664	12 (aprox.)	6.786	3.878
Nordeste	132.925	0,68	60.824	72.101	57.443	12 (aprox.)	36.072	21.371
Sudeste	312.558	-8,18	228.769	83.789	173.564	8,99	142.970	30.594
Sul	113.883	-9,42	78.292	35.591	54.492	8,82	39.562	14.930
Centro-Oeste	34.226	-5,39	22.631	11.595	15.252	11,21	11.495	3.757

E seriam vários os fatores que contribuem para essa cultura de indeferimento administrativo, dentre os quais estariam a insegurança e o receio do servidor do INSS em relação à auditoria da própria entidade combinados com a exigência de uma maior eficiência no cumprimento de metas traçadas para a análise dos requerimentos administrativos (leia-se, maior número em menor tempo):

A análise do perfil do indeferimento administrativo de prestações previdenciárias trazem duas conclusões importantes na identificação de fatores de litigiosidade envolvendo INSS e segurado: o receio do servidor do INSS em conceder o benefício quando o ato de concessão gerar alguma espécie de dúvida; as metas que o servidor necessita cumprir, promovendo decisões sem a devida análise dos processos administrativos.<sup>36</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

Para a efetivação dos direitos fundamentais de 2ª geração abrangidos pela Seguridade Social, é imprescindível a atuação do INSS, autarquia federal criada justamente para essa finalidade de execução das políticas públicas previdenciária e de Assistência Social.

Afinal, para que haja uma concreta e verdadeira proteção do maior número possível de cidadãos em face das inúmeras contingências sociais existentes, não basta a mera previsão legislativa, sendo necessária também a existência de um aparato administrativo que a implemente.

<sup>36</sup> TRICHES, Alexandre Schumacher. Identificando importantes causas geradoras de litigiosidade envolvendo INSS e segurado da Previdência Social. *Revista de Previdência Social*, v. 36, n. 380, jul. 2012. p. 572-578.

E, considerando o elevado número de segurados do RGPS (próximo de 27 milhões<sup>37</sup>) e de seus dependentes, em relação aos quais o INSS mantém complexas relações jurídicas, é natural que haja um igualmente elevado número de ações judiciais.

Porém, infelizmente, é notório o excessivo número de processos contra o INSS envolvendo benefícios previdenciários e que se acumulam no Poder Judiciário.

Além disso, uma análise do ICJ indica que tem havido um aumento na concessão judicial de benefícios previdenciários.

Essa situação resulta de inúmeras razões, algumas causadas pelo próprio INSS, mas outras de origem externa, como decisões judiciais que fomentam a litigância.

Diante do reconhecimento da normatividade dos princípios, surgiu o chamado controle de juridicidade dos atos administrativos, que não se limita à mera verificação da legalidade em sentido estrito, mas, sim, que abrange, também, um juízo de conformidade do ato questionado com os princípios jurídicos vigentes.

No dia-a-dia da prática forense essa constatação fica bastante evidenciada, já que não são poucas as decisões judiciais de primeira instância ou em sede recursal que se fundamentam (por vezes exclusivamente) em princípios jurídicos para reconhecer ou não algum direito, principalmente no âmbito da seguridade social.

Nesse sentido, cita-se, por exemplo, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do RE nº 567.985-3/MT, em que o STF declarou a inconstitucionalidade, sem declaração de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

Ocorre que, à luz do v. acórdão proferido pelo STF no supradito RE, enquanto não houver alteração legislativa, o INSS não alterará sua rotina administrativa e, portanto, continuará a aplicar pura e simplesmente o critério objetivo de miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, já que não foi declarada a sua nulidade pelo STF.

Por consequência, serão indeferidos administrativamente os requerimentos de benefício assistencial daquelas pessoas que tiverem renda familiar *per capita* superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, assumindo o Poder Judiciário a análise do caso concreto para conceder ou não o benefício pleiteado a partir de princípios constitucionais (ao invés da letra fria da Lei) como, por exemplo, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da garantia do mínimo existencial e do princípio da proibição da concretização deficitária.

No julgamento do RE 567.985-3/MT o STF repeliu, expressamente, a tese de fixação pelo Poder Judiciário de parâmetros/critérios mínimos

37 TRICHES, Alexandre Schumacher. Identificando importantes causas geradoras de litigiosidade envolvendo INSS e segurado da Previdência Social. *Revista de Previdência Social*, v 36, n. 380, jul. 2012. p. 577.

de aferição da miserabilidade ao argumento de que caberia ao Poder Legislativo fazê-lo, mas, na realidade, é exatamente isso o que a decisão do STF concretizará e, pior, permitirá que as instâncias inferiores façam.

Com efeito, foi chancelada a possibilidade de que o estabelecimento das políticas públicas sociais seja definido individualmente, paradoxalmente sem se atentar para o caráter universalizante que compõe o reconhecimento de tais direitos.

E, reitera-se, decisões como essas fomentam a litigância.

Contudo, a partir de uma análise dos números de indeferimentos administrativos, é possível verificar que o INSS também dá causa a esse ajuizamento excessivo de ações judiciais, seja por meio de um subjetivismo ou de uma velada cultura de indeferimento existente em razão da insegurança e do receio do servidor frente à auditoria da autarquia combinados com à exigência de uma maior eficiência no cumprimento de metas traçadas para a análise dos requerimentos administrativos.

Infelizmente, essas causas geradoras de uma litigância exacerbada resultam numa maior onerosidade de direitos assegurados constitucionalmente e legalmente, pois já existe toda uma estrutura administrativa cara para a execução das políticas públicas previdenciária e da Assistência Social, que, no entanto, de nada adiantará, mantendo-se, paralelamente, uma estrutura cada vez maior do Poder Judiciário, que tende a crescer para atender à igualmente crescente demanda judicial, além dos gastos com a manutenção de procuradorias para representarem judicialmente o INSS.

No final, será o próprio cidadão quem arcará com isso, tanto pela demora no reconhecimento de seu direito, quanto pelo maior custo que será pago via tributação.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. São Paulo: Universitária de Direito, 2009.

ALEXY, Roberto. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Adler Anaximandro de Cruz. Atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. *Revista da AGU*, ano IX, n. 23. Brasília-DF, jan./mar. 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOLLMANN, Vilian. Princípios constitucionais da previdência social. *Justiça do Trabalho*, v. 24, n. 277.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

LOUREIRO, João Carlos. Constituição da segurança social: sujeitos, prestações e princípios. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 84, 2008.

MACEDO, José Leandro Monteiro. Breves considerações sobre os princípios da seguridade social. *Gênesis: Revista de Direito do Trabalho*, v. 17, n. 102.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

TRICHES, Alexandre Schumacher. Identificando importantes causas geradoras de litigiosidade envolvendo INSS e segurado da Previdência Social. *Revista de Previdência Social*, v. 36, n. 380, jul. 2012.

ZAMBITTE, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*. Niterói – RJ: Impetus, 2008.