



E-ISSN: 2595-7414

RBDS

Revista Brasileira de Direito Social

V.3,
N.3 2020
Setembro
Outubro
Novembro
Dezembro





PRESIDÊNCIA DO IEPREV

ROBERTO DE CARVALHO SANTOS

EDITOR-CHEFE

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR, UFPR/PR

EDITORAS-ADJUNTAS

ANA PAULA FERNANDES

MARIAH BROCHADO, UFMG/MG

EDITORES-EXECUTIVOS

GILMAR GOMES DE BARROS, FURG/RS

LUCAS MAGNO PORTO, UFMG/MG

CONSELHO EDITORIAL

ANA PAULA MISKULIN, USP/SP.

ANTÔNIO FABRÍCIO DE MATOS GONÇALVES, ESA/MG

CLÁUDIA SALLES VILELA VIANNA, EMATRA-PR.

CYNTIA TEIXEIRA PEREIRA CARNEIRO LAFETÁ, UL.
LISBOA, PORTUGAL

DANIELA MURADAS REIS, UFMG/MG.

DÉCIO BRUNO LOPES, PUC-SP. SÃO PAULO/SP

DENISE PIRES FINCATO, PUC-RS

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

ESTER MORENO DE MIRANDA VIEIRA, PUC-SP

FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM, UERJ/RJ

FERNANDO FERREIRA CALAZANS, UNIFEMM/MG

FULVIA HELENA DE GIOIA, MACKENZIE. SÃO PAULO/SP

ITIBERÊ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES UFPEL/
RS.

IVANI CONTINI BRAMANTE, FDSBC/SP.

JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, PUC-PR.

JOÃO BATISTA OPTIZ NETO. UNIP/SP

JOSÉ ANTONIO SAVARIS, UNIVALI/SC

JULIANA TEIXEIRA ESTEVES, UFPE. RECIFE/PE

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS, UNI-BH

MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA, USP/SP

MARIA HELENA CARREIRA ALVIM RIBEIRO, UFMG/MG

OCÉLIO DE JESUS CARNEIRO DE MORAIS, UEL/PR

PAULO RICARDO OPUSZKA, UFPR/PR.

TUFFI MESSIAS SALIBA, UNA/MG, BRASIL

VALMIR CÉSAR POZZETI, UFAM/AM.

YNÊS DA SILVA FÉLIX, UFMS/MS.

CONSELHO CONSULTIVO

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO, ULBRA/RS

ALEXANDRE VICENTINE XAVIER, UFMT/MT

ALINE FAGUNDES SANTOS, UFVJM/MG

ANA MARIA ISQUIERDO, FURG/RS

ANA MARIA MAXIMILIANO, UFPR/PR

ANDRESSA FRACARO CAVALHEIRO, UNIOESTE/PR

BRUNO ALVES RODRIGUES, CEFET-MG

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA, DOM HELDER/MG

CLAUDIO PEDROSA NUNES, UFCG/PB

DENILSON VICTOR MACHADO TEIXEIRA, UEL/PR

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

EDER DION DE PAULA COSTA, FURG/RS

GABRIELA CARAMURU TELES, USP/SP

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, USP/SP

HECTOR CURY SOARES, FURG/RS

HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS, UNICAP/PE

JESUS NAGIB BESCHIZZA FERES. UNIVEM/SP

ISABELE BANDEIRA DE MORAES D'ANGELO, UPE/PE

IVAN SIMÕES GARCIA, UFRJ/RJ

JOÃO BATISTA LAZZARI, CESUSC/SC

JOÃO BATISTA OPTIZ JUNIOR, UMSA, ARGENTINA

JOÃO REZENDE ALMEIDA OLIVEIRA, UCB/DF

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA, FURG/RS

JULIANA DE CASSIA BENTO BORBA, PUC-MG.

JULIANA TORALLES DOS SANTOS BRAGA, FURG/RS

JULIANE CARAVIERI MARTINS, FURG/RS

LAURA SOUZA LIMA E BRITO, USP/SP

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO, FURG/RS

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA, UFS/SE

LUIZ CARLOS GARCIA, UFMG/MG

LUIZ GUSTAVO BOIAM PANCOTTI, UNIMEP/SP

LUMA CAVALEIRO DE MACÊDO SCAFF, UFPA/PA

MÁRCIA CAVALCANTE DE ARAÚJO, UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPANHA

MARIA AUREA BARONI CECATO, UFPB/PB

MIGUEL HORVATH JÚNIOR, PUC-SP

MIRIAN APARECIDA CALDAS, UNIVERSIDADE ESTADUAL
DO CENTRO-OESTE, UNICENTRO/PR

NADJA KARIN PELLEJERO, FURG/RS

PAULO AFONSO BRUM VAZ, UNISINOS/RS

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI, UFMG/MG

RAPHAEL SILVA RODRIGUES, UFMG/MG

RODRIGO GARCIA SCHWARZ, UNOESC/SC

RUBENS SOARES VELLINHO, UCPEL/RS

SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, UFRJ/RJ

VALENA JACOB CHAVES MESQUITA, UFPA/PA



RBDS	Belo Horizonte	v. 3	n. 3	p. 1-91	2020
------	----------------	------	------	---------	------

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pelo Bibliotecário Gilmar Gomes de Barros, CRB 14/1693

R454 Revista Brasileira de Direito Social [recurso eletrônico] :
RBDS / Editora do Instituto de Estudos Previdenciários,
Trabalhistas e Tributários. – Dados eletrônicos. – Vol. 3, n. 3
(set./dez. 2020). – Belo Horizonte : Editora IEPREV, 2018-.

Modo de acesso: <<http://rbds.ieprev.com.br/rbds/>>.
Quadrimestral.

Título abreviado: R. Bras. Dir. Soc.

Editor: Marco Aurélio Serau Junior.

ISSN eletrônico: 2595-7414

1. Direitos sociais. I. Instituto de Estudos Previdenciários.

CDU, 2ª ed.: 349.3



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	04
Marco Aurélio Serau Júnior	
A PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA E OS REFLEXOS SOBRE AS MULHERES APENADAS À LUZ DA INTERSECCIONALIDADE.....	05-20
Caio Augusto Souza Lara Gabriela Emanuele de Resende	
O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA APLICABILIDADE NOS CASOS DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ À LUZ DA PERÍCIA BIOPSISSOCIAL	21-35
Nadja Karin Pellejero	
A (IN)OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO.....	36-47
Rosmeri de Almeida	
APOSENTADORIA ESPECIAL: IMPOSSIBILIDADE DE RETORNO OU DE CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES LABORATIVAS EM CONDIÇÕES NOCIVAS	48-60
Viviane Rosália Silva Gamarano Catugy	
ASPECTOS GERAIS DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO	61-83
Cristiane de Oliveira Marques Gonzaga	
APLICABILIDADE DA DECADÊNCIA AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS, NO ÂMBITO DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, SOB A ÓTICA DA INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES E DA INSEGURANÇA JURÍDICA.....	84-91
Élcio Aurélio de Faria Junior Ricardo Leonel da Silva	



APRESENTAÇÃO

A chegada da primavera anuncia a produção de mais uma edição da Revista Brasileira de Direito Social – RBDS, novamente permeada por relevantes estudos jurídicos.

Caio Augusto Souza Lara e Gabriela Emanuele de Resende apresentam o estudo “A precarização dos direitos sociais da população carcerária e os reflexos sobre as mulheres apenas à luz da interseccionalidade”.

A revista segue com “O princípio da igualdade e sua aplicabilidade nos casos de aposentadoria por invalidez à luz da perícia biopsicossocial”, de autoria de Nadja Karin Pellejero.

Rosmeri de Almeida traz o estudo interdisciplinar “A (in)observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no Direito Previdenciário brasileiro”.

Na sequência, a edição traz o texto “Aposentadoria especial: impossibilidade de retorno ou de continuidade do exercício de atividades laborativas em condições nocivas”, de Viviane Rosália Silva Gamarano Catugy.

Outro tema de relevo, no âmbito do RPPS, é abordado por Cristiane de Oliveira Marques Gonzaga em seu artigo “Aspectos gerais da aposentadoria especial do servidor público”.

Finalmente, mas com mesma importância dos artigos que lhe precederam, temos o estudo “Aplicabilidade da decadência aos benefícios previdenciários, no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, sob a ótica da influência dos precedentes e da insegurança jurídica” elaborado por Elcio Aurélio de Faria Junior e Ricardo Leonel da Silva.

Belo Horizonte, primavera de 2021.

Marco Aurélio Serau Junior
Editor-Chefe



A PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA E OS REFLEXOS SOBRE AS MULHERES APENADAS À LUZ DA INTERSECIONALIDADE

Caio Augusto Souza Lara¹
Gabriela Emanuele de Resende²

Resumo

Não obstante existam severas mazelas no sistema prisional que atingem presos e presas como um todo, urge uma análise, à luz da interseccionalidade, acerca da precarização dos direitos sociais da população carcerária e seus reflexos sobre as mulheres apenadas, as quais, em decorrência da vulnerabilidade pertinente ao gênero feminino, são mais severamente atingidas ao longo da execução penal. Partindo de um estudo jurídico-projetivo, a presente pesquisa tem como objetivo central demonstrar a precarização dos direitos sociais no ambiente carcerário com foco nas mulheres privadas de liberdade. Ademais, adotando Drauzio Varella como marco teórico, tem-se como objetivos específicos trazer apontamentos acerca dos direitos sociais das presas em contraposição à realidade carcerária, estabelecendo, em sequência, um comparativo com a interseccionalidade.

Palavras-chave: População Carcerária Feminina; Direitos Sociais; Interseccionalidade.

THE PRECARIZATION OF THE SOCIAL RIGHTS OF THE PRISON POPULATION AND THE REFLECTION ON WOMEN ARRESTED BY THE THEORY OF INTERSECTIONALITY

Abstract

Notwithstanding there are severe problems in the prison system that affect prisoners as a whole, an analysis is urgently needed, in the light of intersectionality, about the precariousness of the social rights of the prison population and its consequences on incarcerated women, who, as a result of vulnerability pertaining to the female gender, are more severely affected during the criminal execution. Based on a legal-project study, the main objective of this research is to demonstrate the precariousness of social rights in the prison environment, focusing on women deprived of liberty. Furthermore, adopting Drauzio Varella as a theoretical framework, the specific objectives are to bring notes about the social rights of inmates in contrast to the prison reality, establishing, in sequence, a comparison with intersectionality.

Keywords: Female Prison Population; Social rights; Intersectionality.

¹ Graduado, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da SKEMA Business School - Membro do Núcleo Docente Estruturante de Direito. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisador Associado ao Programa RECAJ-UFMG - Acesso à Justiça e Solução de Conflitos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro da Diretoria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI desde 2014. Advogado. E-mail: caiolarabh@yahoo.com.br.

² Graduanda em Direito na modalidade Integral pela Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: gabrielaeresende@yahoo.com.br.



1 INTRODUÇÃO

Em que pese a impossibilidade de se afirmar que a pena de prisão teve origem exclusiva no período colonial norte americano, notória a influência do modelo pensilvânico na criação das penitenciárias. O rígido Código Penal inglês tinha a pena de morte como forma de punição por diversos crimes. Promovida a colonização do território norte americano, a Inglaterra, contudo, deparou-se com forte resistência à pena de morte por parte dos quakers que lá passaram a residir.

Diante dessa resistência, ocorrida a independência da Pensilvânia, a primeira medida adotada foi a de limitar a pena de morte e estabelecer, assim, uma nova modelagem punitiva, a qual, em conjunto às mutilações e aos trabalhos forçados, figurou a prisão (FOUCAULT, 2015). A partir disso, as penitenciárias, por meio de um processo moroso, instalaram-se ao longo do globo por influência do sistema pensilvânico de prisão como modelo alternativo à pena de morte.

Aos quakers incumbiu a administração do sistema penal na Pensilvânia, cujo princípio basilar era o de, a partir de um regime celular de inocuidade do prisioneiro, forçar o esquecimento de seus hábitos pretéritos, favorecendo, assim, uma reconexão com o divino (FOUCAULT, 2015). O surgimento das penitenciárias veio, então, atrelado à influência do cristianismo no sistema punitivo, consistindo essa em um resquício ainda do absolutismo, em que o conceito de delinquência era associado à uma afronta direta a Deus, uma vez que a figura do soberano e do divino se confundiam (HOBBSAWN, 2001).

Visando aprimorar o sistema celular pensilvânico, em meados de 1816, surgiu o sistema auburniano, o qual se pautava em um modelo primitivo de regimes fechado, semiaberto e aberto. Dessa forma, os presos eram divididos em classes: os que persistiam na delinquência, os quais eram forçados ao isolamento contínuo; os menos incorrigíveis, aos quais se impunha o isolamento por apenas alguns dias da semana; e os mais fáceis de serem corrigidos, os quais eram obrigados apenas ao recolhimento noturno (BITENCOURT, 2011). Tratou-se, no entanto, de um sistema falho, uma vez que o isolamento contínuo, em somatória aos problemas estruturais das penitenciárias, pouco ajudou na eventual correção dos apenados.

A partir do despontar da ideologia do tratamento no século XIX, cujo objetivo central era o de promover a ressocialização do apenado, os sistemas pensilvânico e auburniano foram paulatinamente caindo em desuso em benefício de uma ascensão dos chamados sistemas progressivos. Na perspectiva de Bitencourt (2011), tratou-se de um conjunto de sistemas incipientes de progressão de pena, em que ao apenado era concedida a possibilidade de progredir de regime, analisando-se critérios como bom comportamento, bem como era concedido o benefício de reintegração social a partir do retorno ao convívio social antes do término da pena.

Reputa-se datado do final do século XVIII e início do século XIX o apogeu das preocupações com as condições carcerárias e com o tratamento que era direcionado ao preso. John Howard, a partir de um viés humanizado das prisões, mostrou-se expoente ímpar de reivindicação por melhores condições nas penitenciárias inglesas. Jeremy Bentham (1984), por sua vez, trouxe à tona sua preocupação com os fins preventivos da pena, sobretudo no que toca à prevenção especial, haja vista sua crença de que a maior qualidade da pena é a de proporcionar a prevenção ao crime por meio da mudança de



comportamento daquele que delinuiu.

Não obstante a pena privativa de liberdade tenha se mostrado uma alternativa viável à pena de morte e às penas corporais mais gravosas, compondo, ainda no contexto hodierno, a espinha dorsal do direito penal, verifica-se que as penitenciárias passaram a apresentar mazelas estruturais que expõem os privados de liberdade a diversas situações degradantes. Objetivando combater esses problemas, estudos criminológicos posteriores, em somatória aos tratados internacionais e aos diplomas legislativos de direito penal interno, mostraram-se significativos na afirmação de direitos e garantias dos apenados. Tem-se como exemplo as seguintes previsões da Declaração Universal de Direitos Humanos:

Artigo 5º: Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Artigo 9º: Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.
(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Em se tratando do âmbito legislativo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 tratou de reafirmar o conteúdo humanizado da pena previsto nas disposições supramencionadas. Nessa diretiva, o art. 5º, inciso XLIX assegura o respeito à integridade física e moral dos presos, enquanto o inciso XLVII do mesmo artigo traz a vedação às penas dotadas de conteúdo cruel. Urge, ainda, destacar que o artigo 1º, inciso III do texto constitucional aborda a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Da dignidade da pessoa humana, uma vez que aspecto basilar da República, extrai-se outros direitos a ela intrinsecamente ligados. Por conseguinte, os direitos sociais elencados no capítulo segundo da Constituição Federal constituem o significado de mínimo existencial, termo esse compreendido como “um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida digna” (NOVELINO, 2020, p. 527). Infere-se, ademais, pelo que se extrai do caput do artigo 5º da Constituição Federal, que, a partir do princípio da isonomia, os direitos sociais, associados ao mínimo existencial e garantidos constitucionalmente à população como um todo, abrangem também aqueles privados de liberdade.

Nesse diapasão, a Lei n. 7.210 de 1984, também conhecida como Lei de Execução Penal, traz previsões que se depreendem dos direitos sociais constitucionais. Como exemplo, o direito à assistência à saúde prevista no art. 14, a assistência à educação prevista a partir do art. 17 e o direito ao trabalho regulado a partir do art. 28 (BRASIL, 1984). Destarte, “a ação que caracteriza o crime não retira do cidadão a condição de pessoa humana conferida pela legislação” (MARTINS, 2020, p. 74), razão pela qual restam mantidos ao apenado todos os direitos que não se chocam com a pena a ele imposta, incluindo-se aqui os direitos sociais.

Impende, contudo, destacar que, a despeito das previsões constitucionais e da Lei de Execução Penal atinentes aos direitos sociais, a operacionalidade dos sistemas penais ocorre de forma diametralmente oposta à forma que os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem (ZAFFARONI, 2018). Há, em virtude disso, uma evidente dicotomia entre o que prevê os diplomas constitucionais e infraconstitucionais e a realidade carcerária brasileira, a qual se mostra, conforme será visto posteriormente, cada vez mais acometida



por severas mazelas que impossibilitam a efetivação de qualquer noção de direitos sociais.

Malgrado a população feminina componha reduzido percentual no ambiente carcerário, em decorrência da vulnerabilidade social oriunda de relações patriarcais, que atinge, sobretudo, mulheres pertencentes às classes sociais desprivilegiadas, verifica-se um significativo impacto proveniente da precarização dos direitos sociais sobre as mulheres encarceradas. A título exemplificativo, há um despreparo das penitenciárias, em sua generalidade, para lidar com as necessidades pertinentes ao gênero feminino, tendo em vista que se demonstra precária e, por vezes, inexistente, a disponibilização de absorventes para as apenadas, restando, então, a atuação da iniciativa privada voluntária para suprir esse déficit.

Ante o exposto, surge o seguinte questionamento que permeia a presente pesquisa: quais os efeitos da precarização dos direitos sociais sobre a população carcerária feminina à luz da interseccionalidade? Justifica-se, portanto, a pesquisa que aqui se propõe, a partir da necessidade de uma investigação crítica acerca da não efetivação dos direitos sociais, especialmente no que toca às mulheres privadas de liberdade, considerando a vulnerabilidade social que acomete o gênero feminino e o despreparo das penitenciárias para fornecer condições dignas às encarceradas, partindo do que expõe a interseccionalidade.

Nessa diretiva, os tópicos subsequentes tratarão da metodologia utilizada e de uma análise pormenorizada dos direitos sociais expostos ao longo do texto constitucional e da Lei de Execução Penal. Em seguida, será promovido um exame das atuais condições das penitenciárias brasileiras partindo da verificação de índices carcerários com foco nos dados atinentes às mulheres privadas de liberdade. Por fim, será feito um estudo acerca da interseccionalidade em contraposição à realidade das apenadas.

2 MATERIAL E MÉTODOS

Partindo das explanações de Drauzio Varella enquanto marco teórico, a presente pesquisa tem como objetivo central demonstrar os efeitos da precarização dos direitos sociais sobre a população carcerária feminina à luz da interseccionalidade. Como objetivos específicos, enumeram-se os seguintes: a) Averiguar os direitos sociais previstos na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal; b) Examinar a realidade carcerária brasileira a partir da verificação de dados carcerários com foco direcionado às mulheres privadas de liberdade; c) Analisar a teoria da interseccional no ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa desenvolvida no presente capítulo, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), pertence à vertente metodológica jurídico-social. No tocante ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa foi predominantemente dialético e, quanto ao gênero de pesquisa, foi adotada a pesquisa teórica. Atuarão como fontes primárias: a Constituição Federal, a Lei n. 7.210 de 1984, bem como dados estatísticos atinentes à população carcerária feminina. Como dados secundários, servirão livros doutrinários acerca do tema proposto. Trata-se de pesquisa teórica que partirá, sobretudo, da análise de dados estatísticos, de diplomas legislativos e de textos doutrinários.



3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Direitos sociais da população carcerária

3.1.1 Constituição Federal de 1988

Positivada como fundamento da República Federativa do Brasil no escopo do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é compreendida não como um direito, mas como uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independente de características pessoais, condições sociais ou qualquer outro requisito. Diante dessa qualidade intrínseca, há a imposição ao poder público do dever de respeitar e de promover os meios necessários para a garantia de uma vida digna (NOVELINO, 2020). É, portanto, da dignidade da pessoa humana que decorrem os direitos constitucionais de caráter positivo ou prestacional que exigem do poder estatal serviços com fins de efetivação desses direitos.

Surgem como expoente máximo do dever positivo do poder público os direitos sociais de segunda geração. Referidos direitos, previstos ao longo do capítulo segundo da Constituição de 1988 e cuja observância é obrigatória, refletem o dever de fazer por parte dos órgãos do Estado com o objetivo de melhorar a vida humana, proporcionando serviços voltados, por exemplo, à qualidade de vida, à saúde, à educação e ao trabalho (BULOS, 2015). Trata-se de direitos direcionados ao conjunto social e que visam à promoção da igualdade material aos indivíduos hipossuficientes ou socialmente vulneráveis, os quais dependem, em sua maioria, de políticas públicas com foco no mínimo existencial imprescindível para a garantia de uma vida digna.

Para os fins que compreende a pesquisa que aqui se expõe, serão analisados apenas alguns dos direitos sociais previstos no rol do artigo 6º da Constituição Federal. O direito à saúde, primeiro a ser trabalhado, encontra correspondência a partir do artigo 196 do diploma constitucional, cujo texto prevê que:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Considerando o caráter prestacional dos direitos sociais, considera-se o Estado como principal destinatário dos deveres decorrentes do direito à saúde, cuja obrigação compreende não apenas o caráter reparador, mas também o de prevenção à disseminação e à propagação de doenças (NOVELINO, 2020), conforme se expõe a partir do artigo supramencionado. Como exemplo do caráter preventivo no ambiente carcerário, considera-se o disposto na Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça. Em linhas gerais, referida Recomendação orienta que os magistrados da fase de conhecimento e de execução penal, com base em critérios como a inexistência de violência na prática do crime e ausência de condições sanitárias adequadas nas penitenciárias, deem preferência, respectivamente, à aplicação de medidas cautelares e à prisão domiciliar em detrimento da privação de liberdade, tendo em conta a atual



pandemia de covid-19 que acomete de forma ainda mais severa os estabelecimentos prisionais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

Em se tratando da proteção à maternidade e à infância, o artigo 227, caput, da Constituição Federal trouxe como dever não apenas do Estado, mas de toda a sociedade, a garantia dos direitos fundamentais e sociais às crianças e aos adolescentes (BRASIL, 1988). Segundo Novellino (2020), originariamente a partir da Constituição de 1988, crianças e adolescentes passaram a ser considerados titulares de direitos e deveres, sendo, ainda, conferida proteção especial a esse grupo em razão de sua vulnerabilidade.

O direito à educação encontra previsão específica a partir do artigo 205 da Constituição Federal, o qual prevê que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1998). As normas constitucionais referentes ao direito à educação, todavia, possuem natureza principiológica, isto é, consistem em mandamentos de otimização, cabendo, pois, aos poderes públicos o dever de efetivá-las, em observância aos princípios que se extraem do artigo 208 da Constituição Federal (NOVELINO, 2020).

Por fim, o direito ao trabalho, com previsão a partir do artigo 7º da Constituição Federal, “à luz do que estabelece a linguagem prescritiva do legislador constituinte, significa meio de ganhar a vida lícitamente, pelo desempenho de uma atividade produtiva remunerada” (BULOS, 2015, p. 813). Encerra-se aqui a exposição dos direitos sociais mais relevantes para a presente pesquisa. Doravante, será promovida uma análise sobre a correspondência desses direitos ao longo do texto da Lei de Execução Penal.

3.1.2 Lei de Execução Penal

Com relação ao que dispõe o caput do artigo 3º da Lei n. 7210/84, são assegurados aos condenados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (BRASIL, 1984). Verifica-se, desse modo, que a punição não objetiva transformar o ser humano em objeto, de forma que continua o privado de liberdade, ao cumprir a pena imposta, com todos os seus direitos em pleno vigor, desde que não alcançados pela sentença condenatória (NUCCI, 2018).

No que diz respeito, especificamente, às mulheres apenadas, necessário destacar alguns direitos sociais que encontram correspondência ao longo do texto da Lei de Execução Penal. Tem-se, em um primeiro momento, o direito à assistência à saúde, cuja previsão se encontra a partir do artigo 14 do diploma legal supramencionado. Nos termos do caput desse artigo, a assistência à saúde compreende o caráter preventivo e curativo, abrangendo o atendimento médico, farmacêutico e odontológico (BRASIL, 1984). Ocorre, contudo, que na execução penal o Poder Público encontra limites para a garantia do direito à saúde, considerando a flagrante situação de vulnerabilidade decorrente da superlotação no ambiente carcerário e o déficit de tratamento ambulatorial dentro ou fora dos grandes presídios (MARTINS, 2020).

Visando conferir maior efetividade à assistência à saúde, os artigos 12 e 13 da Lei de Execução Penal trazem o direito à assistência material, o qual consiste na garantia de “instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além



de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração” (BRASIL, 1984, n.p.). Trata-se de previsão que coaduna com a noção de mínimo existencial. Nas palavras de Novelino:

A expressão mínimo existencial surgiu na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo de 1953, sendo posteriormente incorporada na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional daquele país. Deduzido a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social, o termo designa um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida humana digna. (NOVELINO, 2020, p. 527).

Reputa-se, pois, a necessidade de que seja fornecida uma infraestrutura penitenciária adequada aos encarcerados, em conjunto com serviços básicos condizentes com a dignidade da pessoa humana, com previsão no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, para que seja proporcionada a concepção de um mínimo existencial, sobretudo no que concerne às mulheres privadas de liberdade, as quais possuem necessidades básicas específicas quando comparadas aos apenados do sexo masculino. Como exemplo, a necessidade de instalações de acolhimentos de mães e neonatos em somatória ao tratamento ambulatorial para a realização de partos das gestantes privadas de liberdade, necessidades essas que, muitas vezes, não são atendidas, tendo em vista os relatos trazidos pelo livro “Mães no cárcere”, responsável por demonstrar a constante violação dos direitos de gestantes, puérperas e neonatos no ambiente carcerário³ (MARTINO, 2017).

Ainda no que toca à proteção da maternidade e da infância em sede de cumprimento de pena, o artigo 89 da Lei de Execução Penal traz a obrigação de que a penitenciária de mulheres seja dotada de seção para gestante e parturiente, bem como de creches com fim de abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, objetivando assistir à criança desamparada cuja responsável se encontra presa. Ademais, o parágrafo único do artigo supramencionado dispõe de requisitos básicos para a seção em comento, quais sejam, atendimento por pessoal qualificado e horário de funcionamento capaz de garantir a melhor assistência à criança e a sua responsável (BRASIL, 1984). Em que pese seja essa proteção positivada, não consiste em direito efetivamente aplicado no contexto prisional brasileiro, conforme já exposto e que será posteriormente aprofundado.

A Lei n. 7210/84 assegura, também, o direito à assistência educacional a partir de seu artigo 17, compreendendo não apenas a instrução escolar, mas a formação profissional. O artigo 21-A destaca a obrigação de o censo penitenciário apurar o nível de escolaridade de presos e presas; a existência de curso nos níveis fundamental e médio e o número de atendidos; a implementação de cursos profissionais; a existência de bibliotecas e condições de seu acervo, bem como outros dados relevantes para o aprimoramento educacional (BRASIL, 1984), visando, dessa forma, garantir maior efetividade ao direito à educação que compõe o rol de direitos sociais.

³ Na obra “Mães no cárcere”, a autora Natália Martino registra diversos relatos de gestantes e parturientes inseridas no ambiente penitenciário brasileiro, relatos esses responsáveis por demonstrar com clareza a dura realidade carcerária que atinge mais severamente mães e filhos inseridos no cárcere.



O direito ao trabalho, com previsão a partir do artigo 28 da Lei de Execução Penal, configura condição de dignidade humana e tem as finalidades educativa e produtiva, incumbindo ao Poder Público a organização, supervisão e promoção de condições laborativas aos apenados, nos termos do que prevê o artigo 34 do diploma legal supramencionado (BRASIL, 1984). Observa-se, destarte, que “a responsabilidade pelo trabalho do preso é do Poder Público, que pode até se valer da iniciativa privada, por convênios, para tanto, remunerando-se o preso e arrecadando-se valores ao próprio ente estatal” (NUCCI, 2018, p. 58).

A despeito do esforço legislativo em assegurar formalmente aos presos e presas os direitos sociais constitucionalmente previstos, imperioso frisar que o discurso jurídico-penal não condiz com a operacionalidade do sistema penal (ZAFFARONI, 2018), havendo uma significativa dicotomia entre o legalmente e constitucionalmente previsto e a realidade fática prisional. Dicotomia essa que, embora acometa os encarcerados como um todo, atinge mais severamente as mulheres privadas de liberdade, as quais recebem, por parte do Poder Público, o mesmo tratamento que os presos do sexo masculino, em detrimento das necessidades pertinentes a cada grupo. Na sequência, será promovida uma análise sobre a precarização dos direitos sociais no ambiente carcerário com foco nas mulheres privadas de liberdade.

3.2 Análise do sistema prisional brasileiro

3.2.1 A precarização dos direitos sociais das mulheres privadas de liberdade

Inobstante as diferenças sociais e biológicas pertinentes aos gêneros feminino e masculino, o tratamento prisional voltado às mulheres privadas de liberdade era – e permanece, por muitas vezes, sendo – o mesmo que o direcionado ao público masculino. Nesse diapasão, conforme expõe Nana Queiroz (2015), a primeira penitenciária feminina brasileira foi criada no ano de 1937, e não por iniciativa estatal, mas de freiras católicas. Até essa data, mulheres condenadas eram destinadas aos presídios mistos, isto é, que abrangiam homens e mulheres, onde havia uma série de abusos sexuais e a prostituição como forma de sobrevivência.

Conquanto não haja mais, no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, a possibilidade de homens e mulheres compartilharem a mesma cela, permanece escassa a existência de penitenciárias exclusivamente femininas, sendo, ainda, majoritária a presença dos presídios mistos. Registra-se que no ano de 2019 havia em torno de 36.929 mulheres privadas de liberdade, todavia, apenas 28.374 delas se encontravam em presídios femininos, permanecendo as demais nos estabelecimentos prisionais mistos (BRASIL, 2019).

Considerando que os homens compõem a maior parte da população carcerária – cerca de 91,36% no ano de 2019, de acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2019) - os presídios mistos possuem estruturas aptas a receber o público masculino, não comportando serviços suficientes para atender as necessidades básicas das apenadas, como exames ginecológicos e materiais de higiene. De acordo com o exposto por Nana Queiroz:



Até a estrutura dos prédios é feita para homens. Os banheiros, por exemplo, são os chamados “bois”, ou seja, buracos no chão. Imagine uma grávida se agachando num lugar destes? Num presídio com trezentos homens e dez mulheres, quem você acha que vai trabalhar e estudar? Quem vai ter horário de banho de sol? A minoria? Os espelhos são uma lâmina onde elas se veem completamente deformadas. Imagine passar cinco ou seis anos se vendo assim e sem nunca observar seu corpo inteiro? Como você vai se imaginar? (QUEIROZ, 2015, p. 74).

Tamanho despreparo, como o que acima se expõe, para lidar com mulheres apenas viola não apenas o direito à assistência material previsto nos artigos 12 e 13 da Lei de Execução Penal, como atinge frontalmente a dignidade da pessoa humana. Reputa-se igualmente violado o direito social à saúde, disposto no artigo 196 da Constituição Federal e reforçado pelo artigo 14 da Lei de Execução Penal, a partir do momento em que não há a efetiva garantia de serviços e de infraestrutura condizentes com as necessidades advindas do gênero feminino. Prova disso são os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, os quais apontam que, no ano de 2019, havia apenas 5 equipes próprias de ginecologistas (BRASIL, 2019), o que coaduna com os relatos de diversas apenas, ao longo do livro “Presos que menstruam”, acerca da não disponibilização de atendimento ginecológico, ainda que houvesse casos de presas que sofreram abortos espontâneos e, mesmo assim, não foram atendidas⁴ (QUEIROZ, 2015).

A precarização do direito à saúde não se restringe ao aspecto físico das mulheres privadas de liberdade, compreendendo também a saúde psicológica. Em 2019, havia, tão somente, 1.244 psicólogos e 238 psiquiatras aptos a atender uma totalidade de 748.009 presos e presas (BRASIL, 2019). Número esse que reflete nos significativos índices de depressão que acomete as mulheres encarceradas, gerando casos de suicídio e de uso de drogas, lícitas ou ilícitas, como subterfúgio da realidade carcerária, conforme relatado por Debora Diniz⁵ (2020).

A degradação da saúde mental advém, inclusive, da privação dos direitos sexuais que alcança diversas mulheres privadas de liberdade ao longo das penitenciárias brasileiras. Apesar de não haver um recorte no que concerne aos direitos sexuais dos encarcerados nos levantamentos penitenciários mais recentes, infere-se que a visita íntima é, na maioria das vezes, garantida somente ao público masculino. Seja em decorrência do abandono afetivo que atinge mulheres apenas por parte de seus companheiros, seja em decorrência dos primórdios dos direitos sexuais dos apenas que se deu como uma forma de controle da população carcerária masculina, partindo do pressuposto de que homens ficam mais agressivos quando privados sexualmente.

⁴ Os relatos trazidos pela autora Nana Queiroz ao longo da obra “Presos que menstruam” são clarividentes na demonstração do tratamento igualmente precário destinado pelo poder estatal aos presos e presas, com a diferença de que o gênero feminino possui necessidades básicas que, quando não atendidas, conferem tratamento carcerário ainda mais danoso às encarceradas.

⁵ Debora Diniz, no decorrer do livro “Cadeira: relatos sobre mulheres”, expõe uma série de relatos de apenas que, diante do choque com o sistema penal em somatória à ineficiência dos serviços de atendimento psicológico, recorrerem constantemente ao uso de drogas, lícitas e ilícitas, como subterfúgio e, em casos mais graves, ao suicídio.



Somado a essas problemáticas, há os empecilhos decorrentes da exigência de que exista um casamento ou, no mínimo, uma união estável comprovada, para que seja concedido o benefício da visita íntima, considerando, ainda, a resistência de, segundo Nana Queiroz (2015), algumas penitenciárias em permitir esse tipo de visita quando se trata de casais homoafetivos.

No que toca ao direito ao trabalho, não poderia, em tese, a mão de obra dos condenados gerar lucro para empresas privadas, tendo em conta a evidente distorção que haveria, nesse caso, do processo de execução da pena (NUCCI, 2018). No entanto, tomando como base as disposições da Lei de Execução Penal que não garantem a aplicação da Consolidação das Leis Trabalhistas em atividades laborais desempenhadas no ambiente carcerário, surge um contexto atrativo para a iniciativa privada, a qual encontra, na figura dos apenados, uma oportunidade de mão de obra barata e voltada para trabalhos mecânicos e pouco atrativos.

No que diz respeito, especificamente, às mulheres encarceradas, a maioria das prisões femininas ocorre em razão de atividades ilícitas voltadas para a complementação de renda (QUEIROZ, 2015). Ocorre, contudo, que o desempenho de atividades laborais mecânicas, como o contexto supramencionado, em pouco contribui para a profissionalização das apenadas e consequente reintegração social posto termo ao cumprimento da pena. Realidade similar se expõe quanto ao direito à educação que, em decorrência das mazelas que acometem o sistema penal como um todo, demonstra-se precário, uma vez que, de acordo com dados do INFOPEN, no ano de 2016, apenas 12% dos presos e presas estavam envolvidos em algum tipo de atividade educacional (BRASIL, 2017). Persiste, em muitos casos, o retorno das mulheres à criminalidade, extinta a punibilidade, como forma de subsistência e de garantir o sustento de seus dependentes, como filhos e netos.

Em suma, é possível inferir que, a despeito da igualdade formal preceituada pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal, não há, no sistema penal, a garantia às mulheres privadas de liberdade de uma igualdade material, compreendida como “a concretização da própria isonomia formal, que sai do papel para se concretizar na prática” (BULOS, 2015, p. 561). A situação se mostra ainda mais gravosa, conforme será visto em sequência, no que concerne às mulheres gestantes, puérperas e aos bebês nascidos no cárcere, os quais possuem seus direitos, também, violados, ainda que não tenha sido a eles formalmente imposta nenhum tipo de pena.

3.2.2 A realidade de mães e neonatos inseridos no ambiente carcerário

Drauzio Varella, marco teórico da presente pesquisa, nasceu em São Paulo no ano de 1943. Formou-se em medicina e, a partir do ano de 1989, passou a atuar como médico voluntário no ambiente carcerário, tendo atuado, primeiramente, na Casa de Detenção de São Paulo, conhecida como Carandiru, onde foi pioneiro no combate ao vírus HIV. O médico foi responsável por desenvolver uma trilogia de livros que versam sobre o sistema penitenciário, consistindo o último desses, intitulado “Prisioneiras”, no principal referencial para a pesquisa que aqui se propõe.

Em consonância ao trabalhado nos tópicos anteriores, o artigo 227, caput, da



Constituição Federal assegura o direito social à proteção à maternidade e à infância. Em reforço a essa proteção e no que toca especificamente ao contexto carcerário, o artigo 89 da Lei de Execução Penal dispõe sobre a obrigação de seções para gestantes e parturientes, bem como de creches para crianças nos estabelecimentos prisionais. A despeito da proteção formal conferida a mães e crianças inseridas no cárcere, verifica-se pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias que, no ano de 2019, havia somente 13 creches, 55 berçários ou centro de referência materno-infantil e 7 equipes próprias de pediatria, partindo de uma análise dos estabelecimentos prisionais como um todo (BRASÍLIA, 2019).

Evidencia-se, que, apesar das previsões legislativas, há um significativo despreparo nos estabelecimentos prisionais para receber não apenas o público feminino, como, também, as crianças nascidas no cárcere. De acordo com os relatos trazidos por Nana Queiroz (2015), tamanho despreparo advém, ainda, do fato de as penitenciárias femininas se encontrarem afastadas dos centros urbanos, de forma que algumas apenas optam por permanecer em presídios mistos sem condições de acolher bebês para que seja, então, mais fácil receber visitas de familiares, considerando que o deslocamento até penitenciárias femininas isoladas depreenderia um elevado custo econômico.

No tocante, especificamente, a lactantes e neonatos, é assegurado às mulheres encarceradas o direito de conviverem e amamentarem seus filhos recém-nascidos até o sexto mês, após esse período mães e filhos são separados e, estes últimos, direcionados a familiares ou, na ausência desses, a casas de acolhimento do Estado. Nesse diapasão, para Debora Diniz, “Conselho Tutelar é braço da Polícia; se a mulher vai para a cadeia, os filhos vão para o abrigo” (DINIZ, 2020, p. 27). A permanência das crianças após o período de lactação apenas é permitida até os 7 anos, desde que haja creches no estabelecimento prisional, estrutura essa escassa na maioria das penitenciárias, conforme dados do INFOPEN de 2019 já mencionados. Nas palavras de Drauzio Varella:

As que chegam grávidas ou engravidam nas visitas íntimas saem da cadeia apenas para dar à luz. Voltam da maternidade com o bebê, que será amamentado e cuidado por seis meses nas celas de uma ala especial. Cumprido esse prazo, a criança é levada a um familiar que se responsabilize ou por uma assistente social que o deixará sobre a guarda do Conselho Tutelar. A retirada do bebê do colo da mãe ainda com leite nos seios é uma experiência especialmente dolorosa. (VARELLA, 2017, p. 46).

Apesar de não constar nas sentenças penais condenatórias o exposto cerceamento do direito à maternidade, verifica-se, na operacionalidade penal, que a retirada dos bebês, em tenra idade, do conforto de suas mães, em conformidade com o acima exposto, consiste em verdadeiro bis in idem, entendido como “dupla punição ou [...] duplo processo pelo mesmo fato” (NUCCI, 2016, p. 125). As apenas, ao terem seus filhos retirados de sua presença ao término do período de seis meses para amamentação, passam por uma dupla sanção, quais sejam, a punição da privação de liberdade em decorrência da conduta delituosa praticada, e a punição sofrida no doloroso momento de separação de seus filhos. Há, ainda, aquelas que sofrem mais severamente ao terem a tutela de seus filhos retirada em favor do Estado, seja por inexistência de familiares ou, na existência desses, por nenhum querer se responsabilizar pela criança.



As mães são conduzidas a aceitar a solução de ver seus filhos espalhados por casas de parentes e, na falta desses, em instituições públicas sob responsabilidade do Conselho Tutelar, o que poderá resultar em anos sem vê-los ou até a perdê-los para sempre (VARELLA, 2017). De fato, a separação não é um processo doloroso apenas para mãe, atingindo também os filhos que, embora não cumpram formalmente uma pena, compartilham das condições inóspitas das penitenciárias quando nascidos no cárcere, e, a partir do momento em que são retirados desse espaço posto fim à amamentação, passam por revistas vexatórias ao visitarem as penitenciárias junto de outros familiares. Em síntese, “quem conhece o berço do presídio já nasce sentenciada” (DINIZ, 2020, p. 38).

Forçoso concluir que a proteção à maternidade e à infância que compõe o rol de direitos sociais previstos no artigo 6º, caput, da Constituição Federal encontra diversos empecilhos para sua efetividade no sistema penal. Deste modo, aos homens privados de liberdade resta o conforto de que seus filhos serão cuidados pela mãe. As apenas, ao contrário, sofrem, a todo momento, com a perda do convívio com as crianças e o temor de que não sejam bem cuidados (VARELLA, 2017). Em razão, pois, das diferenças existentes entre o cumprimento da pena por mulheres e por homens, faz-se necessário, no tópico subsequente, uma análise aprofundada a respeito da interseccionalidade no contexto da execução penal.

3.3 Interseccionalidade e o ambiente carcerário

Em decorrência de seu caráter prestacional, a garantia material dos direitos sociais é pautada no mínimo existencial e no princípio da vedação ao retrocesso, compreendido este último como a negativa de um retrocesso quanto aos direitos sociais já implementados pelo Poder Público. Nessa diretiva, tem-se como finalidade precípua dos direitos sociais “beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da igualdade real” (BULOS, 2015, p. 809). Impende, todavia, frisar que a igualdade material apenas é alcançada quando analisadas as vulnerabilidades e opressões pertinentes a cada parcela da população, em razão de critérios como raça, gênero ou classe social.

A igualdade real somente encontra efetividade quando o Poder Público, sujeito passivo dos direitos sociais, concede um tratamento diferente àqueles mais vulneráveis socialmente. Necessário, ainda, destacar, que uma determinada parcela populacional pode ser vulnerável em um aspecto específico, mas existem outras parcelas acometidas, simultaneamente, por mais de uma forma de vulnerabilidade e de opressão. Reside, pois, aqui, a importância da interseccionalidade para que sejam compreendidos e mais bem analisados os níveis de vulnerabilidades existentes.

A principal linha capaz de definir a interseccionalidade parte da ideia de que “em determinada sociedade, em determinado período, as relações de poder que envolvem raça, classe e gênero, por exemplo, não se manifestam como entidades distintas e mutuamente excludentes” (BILGE; COLLINS, 2020, p. 8). Há a possibilidade de que colisões múltiplas de opressão coexistam, de forma que aquele que sofre de um maior número planejado de forças opressoras será considerado mais vulnerável do que aquele que sofre de apenas uma delas. Exemplificativamente, ainda que parcela do feminismo



defenda que mulheres brancas e negras, com o avanço da idade, sofrem do mesmo tipo de discriminação, evidente que a marcação de raça será responsável por conferir às mulheres brancas idosas seguridade social, considerando que essas gozaram, ao longo da vida, de empregos formais que, por fim, garantirão sua aposentadoria (AKOTIRENE, 2020). Mulheres negras, ao contrário, enquanto sujeitas à desigualdade racial que traça empecilhos também econômicos, encontram-se, em muitos casos, direcionadas a empregos informais, inaptos para garantir o mínimo de conforto na velhice.

A pluralidade de fenômenos sociais faz com que, no seio da sociedade, surjam níveis estratificados de vulnerabilidade, realidade essa que também se exprime no contexto carcerário, compreendido como ambiente reprodutor das desigualdades extramuros. A maior parte dos relatos trazidos pela autora Debora Diniz (2020) ao longo da obra "Cadeia: Relatos sobre mulheres" remete a mulheres apenas que, por toda sua vida, moraram na rua e não possuíam família. O apresentado por Nana Queiroz (2015), por sua vez, traz inúmeras situações de mulheres economicamente desprivilegiadas que recorreram ao tráfico como forma de complementação de renda. O mesmo cenário de miserabilidade e de falta de estrutura familiar se expõe no livro "Prisioneiras", de Drauzio Varella (2015).

Em dados quantitativos, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias demonstra que, no ano de 2019, os estabelecimentos prisionais eram compostos por 16,81% de mulheres negras, 49,88% de mulheres autodeclaradas pardas, 0,8% de mulheres amarelas e 0,21% de mulheres indígenas, computando, um total de 67,71% de apenas não brancas (BRASIL, 2019). Baseado em um recorte racial, verifica-se uma sobre-representação da população feminina não branca no contexto penitenciário. O mesmo estudo aponta, ademais, outros espectros de vulnerabilidade, como a existência de um grupo LGBTQI+ que compõe cerca de 25,29% das encarceradas (BRASIL, 2019). Não há, contudo, índices recentes capazes de demonstrar aspectos como renda per capita ou níveis educacionais das mulheres privadas de liberdade, existindo, tão somente, dados quanto à educação dos presos e presas como um todo.

Observa-se, pois, que, no ambiente do cárcere, é rara a existência de mulheres brancas e socialmente privilegiadas, as quais, quando presentes, causam espanto e hostilidade, conforme relatado por Nana Queiroz (2015). Em razão dos níveis estratificados de vulnerabilidade que refletem também no ambiente carcerário, faz-se necessário, por parte do Poder Público e com base no que propõe a interseccionalidade, ações voltadas para a garantia de uma igualdade material, não apenas entre os não privados de liberdade e os encarcerados, como, ainda, entre presos e presas, bem como entre presas mais vulneráveis e as menos vulneráveis.

Não há a possibilidade de total ignorância nos estabelecimentos prisionais a respeito da individualidade de cada um que compõe a população carcerária. Faz-se urgente uma análise pormenorizada na execução penal acerca das vulnerabilidades que atingem cada grupo de presos e presas. Isto é, presas economicamente desprivilegiadas, por exemplo, carecem de maior profissionalização, enquanto presas economicamente desprivilegiadas e pertencentes à população LGBTQI+ carecem de maior profissionalização e de políticas de inclusão. Para fins de melhor individualização das mulheres apenas à luz da interseccionalidade, poderá ser utilizado o exame inicial criminológico sobre o qual se refere o artigo 8º, caput, da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984). Surge,



assim, a possibilidade de que sejam incluídas no referido exame informações colhidas por profissionais capacitados no tocante aos tipos de vulnerabilidades que acometem cada presa, com o objetivo de adequação da execução penal à finalidade precípua de reintegração social.

4 CONCLUSÕES

Conquanto o sistema carcerário brasileiro apresente mazelas estruturais que acometem os privados de liberdade como um todo, fato é que a execução penal é ainda mais severa no que concerne às mulheres apenadas, considerando o tratamento não condizente com a igualdade material proporcionado pelo Poder Público. Isso porque os serviços direcionados às encarceradas são, na maioria das vezes, iguais aos disponibilizados aos encarcerados, desconsiderando as necessidades básicas intrínsecas a cada gênero. Urge, ainda, apontar, certos benefícios aos quais presos possuem preferência, como o direito à visita íntima, que, em sua etimologia, surgiu como forma de controle da população carcerária masculina e assim permanece, em grande parte dos casos.

Verifica-se, ademais, que, apesar das disposições legais que visam garantir o direito social à proteção à maternidade e à infância dentro das penitenciárias, o conjunto formado por falta de estruturas necessárias para receber adequadamente as crianças nascidas no cárcere e a separação prematura das mães apenadas e de seus bebês faz com que haja uma dupla sanção das mulheres privadas de liberdade. A primeira delas pela pena imposta, e a segunda por todo o sofrimento envolto na maternidade no cárcere e a separação de seus filhos em tenra idade. As crianças, por sua vez, ainda que não possuam uma sanção penal formalmente imposta, acabam por cumprir verdadeira pena junto de suas mães, o que demonstra a frontal violação ao direito social supramencionado.

Com base na pesquisa que aqui se expõe, infere-se a precarização de diversos direitos sociais das mulheres privadas de liberdade, como o direito à saúde, à educação e ao trabalho. Retomando ao problema inicial, forçoso concluir que referida precarização possui reflexos significativos sobre as apenadas, tendo em vista os inúmeros casos de depressão, de suicídio e de uso de entorpecentes como subterfúgio da realidade carcerária, considerando também o retorno à criminalidade como forma de complementação de renda e de sustento de seus dependentes. Para além desses efeitos, há o intenso sofrimento, como o acima demonstrado, que gira em torno das mães encarceradas, as quais tem seus filhos retirados de seu convívio e, em muitos casos, direcionados às casas de acolhimento do Estado.

Indubitável, portanto, a necessidade de, à luz do que propõe a interseccionalidade que traz níveis estratificados de vulnerabilidades, seja fornecido um tratamento condizente com a igualdade real e com as vulnerabilidades pertinentes ao gênero feminino ao longo da execução penal, objetivando, dessa forma, proporcionar o máximo de efetividade aos direitos sociais constitucionalmente previstos e reforçados pela Lei n. 7.210/84, os quais são regidos pelos princípios da vedação ao retrocesso e do mínimo existencial. Para tanto, há a possibilidade de que seja utilizado o exame inicial criminológico que se refere



a Lei de Execução Penal visando melhor apurar as vulnerabilidades e as necessidades de cada apenada.

Recebido em: 30 ago. 2021 Aceito em: 23 set. 2021

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Jandaíra, 2020.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BILGE, Sirma; COLLINS, Patrícia Hill. **Interseccionalidade**. São Paulo: Biotempo, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1894. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf/view>. Acesso em: 06 ago. 2021.

BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Débora. **Cadeia: Relatos sobre mulheres**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HOBBSAWN, Eric John Ernest. **A era das revoluções: Europa**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

MARTINO, Natália. **Mães no cárcere**. Belo Horizonte: Nitro, 2017



MARTINS, Jilia Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 24 jul. 2021.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.



O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUA APLICABILIDADE NOS CASOS DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ À LUZ DA PERÍCIA BIOPSISSOCIAL

Nadja Karin Pellejero⁶

Resumo

O tema escolhido parte de uma pesquisa qualitativa que busca analisar se há ou não uma efetivo direito a aposentadoria para o deficiente sob o viés do Princípio da Igualdade, tal análise parte de um enfoque sobre a regulamentação da perícia biopsicossocial, eis que a Lei Complementar nº 142/13 possui sua eficácia atrelada quanto à comprovação ao grau da deficiência, objetiva-se assim, problematizar quanto à aplicabilidade concreta dessa perícia, eis que a mesma é complexa e ainda possui abordagem multidisciplinar.

Palavras-chave: Princípio da Igualdade. Aposentadoria. Deficiência. Perícia Biopsicossocial.

THE PRINCIPLE OF EQUALITY AND ITS APPLICABILITY IN CASES OF RETIREMENT DUE TO DISABILITY IN THE LIGHT OF BIOPSYCHOSOCIAL EXPERTISE

Abstract

The chosen theme is part of a qualitative research that seeks to analyze whether or not there is an effective right to retirement for the disabled under the Equity Principle bias, such analysis starts from a focus on the regulation of biopsychosocial expertise, hence Complementary Law no. 142/13 has its effectiveness linked to the proof to the degree of the deficiency, it is aimed, therefore, to problematize as to the practical applicability of this skill, since it is complex and still has a multidisciplinary approach.

Keywords: Principle of Equality. Retirement. Disability. Biopsychosocial Expertise.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido parte de uma pesquisa qualitativa que busca analisar se há ou não uma efetivo direito a aposentadoria para o deficiente sob o viés do Princípio da Igualdade, tal análise parte de um enfoque sobre a regulamentação da perícia biopsicossocial, eis que a Lei Complementar nº 142/13 possui sua eficácia atrelada quanto à comprovação ao grau da deficiência, objetiva-se assim, problematizar quanto à aplicabilidade concreta dessa perícia, eis que a mesma é complexa e ainda possui abordagem multidisciplinar.

Para Mazzotta (1999, p. 43), a situação do deficiente se transformou historicamente da estigmatização ao assistencialismo e deste último para a reabilitação, integração e, atualmente de inclusão social. No país relevantes políticas públicas de inclusão social das pessoas portadoras de deficiência foram implementadas nos últimos anos, o próprio texto constitucional de 1988 em seu art. 201, §1º (com redação trazida pela Emenda

⁶ Doutoranda em Política Social e Direitos Humanos no PPGPSDH da UCPel. Mestra em Direito e Justiça Social (FURG) e em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)



Constitucional nº 47 de 2005), impôs a vedação de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvando os casos em que a atividade é exercida em condições especiais e quando se tratar de pessoas portadoras de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Porém, somente sete anos após a promulgação da E.C. nº 45 é que ocorreu faticamente, a regulamentação da aposentadoria da pessoa portadora de deficiência, através da Lei Complementar nº 142 de 09 de maio de 2013.

Outro marco importante que se seguiu foi o Decreto nº 8.145 de 03 de dezembro de 2013 que trouxe consigo a alteração do Regulamento da Previdência Social (RPS) aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, o qual adequou as disposições sobre a aposentadoria da pessoa com deficiência. Todavia, houve muitas barreiras a serem rompidas para que o poder público pudesse garantir o acesso a esse tipo de benefício, o maior, indubitavelmente foi a adequação da prática à teoria no que concerne à perícia biopsicossocial.

Esse novo conceito de perícia alicerçado na atuação conjunta de médico/assistente social simbolizou em um novo paradigma, e numa ruptura com o modelo tradicional, tendo em vista que até então a comprovação da incapacidade laboral e/ou grau de deficiência eram avaliados somente por médicos. Assim sendo, a perícia médica basicamente se preocupava com a anatomia do corpo do trabalhador, baseando-se em números e análises quantitativas. Se o corpo apresentasse alguma disfunção, seria o caso de incapacidade para o trabalho (COSTA; SERAU, 2015).

Em 2001, pode-se dizer que a Organização Mundial de Saúde trouxe uma importante contribuição para a mudança paradigmática do conceito de incapacidade e de deficiência emitindo a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF). A perícia (médica) voltada à questão da incapacidade/deficiência que antes, basicamente, se ocupava de verificar a estrutura do corpo passava a partir de então, a pautar-se também, no critério da funcionalidade estabelecido pela CIF.

Logo, o que habitualmente era denominado apenas de perícia médica, necessitaria uma nomenclatura mais flexível a qual possibilitasse abarcar, também, a análise funcional, sendo por isso, alterada para a denominação de: perícia biopsicossocial. Assim sendo, após superado o monopólio do conceito biomédico quanto à incapacidade/deficiência, urge necessário que se realize um exame pericial complexo, que por sua vez somente poderá se mostrar efetivo se realizado por uma equipe multidisciplinar. Por conseguinte, o parecer médico, antes absoluto, agora passa a ser apenas uma das etapas na avaliação do grau de incapacidade/deficiência o que é um grande avanço como conquista social.

DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A noção de igualdade permeia toda a história da civilização. Por muito tempo, o campo de aplicação dessa chamada igualdade limitou-se à seara religiosa sendo que o Cristianismo, apesar de reconhecer a igualdade fundamental entre os homens perante Deus, se estruturou em variadas camadas hierárquicas dentro das igrejas, conseqüentemente, a igualdade foi deslocada para outro plano existencial, enquanto no plano mundano a desigualdade era não só aceita como defendida.



No judaísmo a própria noção de “povo escolhido” já demonstrava que a salvação não era para todos. Já no final da Idade Média, alguns religiosos tendentes a ideias hereges, tornaram-se líderes de movimentos comunitários que lutavam por direitos sociais e renunciaram, de certa forma, a reforma protestante.

Porém, observa-se que o rompimento da noção de igualdade ligada à ideia religiosa somente ocorrerá anos mais tarde com o fim do Antigo Regime, momento em que esse conceito ganhará espaço nos campos político e jurídico. Posteriormente, somente a partir da formação dos Estados Modernos, é que a religiosidade perderá espaço e o homem passará a ser visto como o centro em relação ao resto do universo.

Tal concepção é coerente com o desenvolvimento do sistema capitalista na Inglaterra no final do século XVII, deixando evidente que a noção de igualdade naquele tempo era quase que um legitimador da propriedade individual, de modo que os desprovidos de propriedade passaram a ser vistos como trabalhadores incompetentes. Conforme a lição de Barros (2007, p. 154), “o sistema liberal de Locke propõe a todos a ‘Igualdade em Algo’ – a qual é pautada no pretensão direito à aquisição de propriedade privada”.

Para Locke, a igualdade também estava intimamente relacionada à liberdade e nesse contexto do pensamento liberal, todo proprietário deveria ser livre para negociar, bem como para escolher seus representantes, com base na liberdade de pensamento. Porém, salientasse que para esse filósofo só haveria liberdade desde que se reconhecesse a natural desigualdade social entre proprietários e não proprietários, já que segundo este, uma igualdade irrestrita seria o aniquilamento da liberdade.

Posteriormente, Rousseau tratará, em 1755, incisivamente da questão da igualdade em sua obra intitulada “O Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade”, sendo que sua análise obedece a três categorias, a saber: igualdade de direitos, deveres, e de instrução, ainda caberia a constatação de alguma interferência estatal no sentido de diminuir as desigualdades provocadas pelo exercício das atividades econômicas.

Importante salientar que Locke e Rousseau compreendiam de forma diferente a questão da propriedade, para o primeiro a propriedade era tida como natural, já para o segundo, ela surge decorrente de um ato violento e antinatural, mas na impossibilidade de erradicá-la, o melhor a se fazer seria conservá-la, porém, buscando alternativas a fim de tentar evitar uma maior desigualdade social. Partindo da concepção rousseauiana, a vida em sociedade não é algo natural, mas sim uma construção voluntária.

Assim, o homem passaria do estado natural ao estado civil, sendo a força substituída pela justiça e a associação civil é condicionada à existência de leis, cujo fim a ser perseguido deve ser sempre a liberdade e a igualdade (ROUSSEAU, 2010), eis que o fundamento da igualdade estava na liberdade.

Em contraponto a isso, Rousseau defendia a impossibilidade de garantia da liberdade sem a garantia de igualdade. Nesse sentido, Rousseau destaca que esses dois institutos devem ser alicerces do sistema social. As ideias de Locke e Rousseau influenciaram de sobremaneira todo o pensamento político e econômico que lhe sucederam a Revolução Francesa consolidou essa influência eis que seguia os ideários de Liberdade, Igualdade e Fraternidade de forma que, após surgir a Declaração dos Direitos do Homem.

Destaca-se aqui que o primeiro artigo deste importante texto legal que já permite



perceber a importância dada ao instituto da Igualdade: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. A burguesia então positivaria a vedação à diferenciação dos seus cidadãos apenas pelo critério do nascimento, em tese, nobres e plebeus, passarão a gozar dos mesmos direitos.

No entanto, muitos pensadores do final do século XVIII já percebiam que essa igualdade jurídica se mostrava insuficiente. Condorcet, por exemplo, foi um filósofo que defendeu a ideia que a igualdade social ainda era uma realidade distante, ele afirmava que as Igualdades Política e Jurídica poderiam ficar comprometidas caso não se atentasse para a “desigualdade de riqueza”, para a “desigualdade de estado social” e para a “desigualdade de instrução”.

Essa visão crítica já deixava bem claro que muitos dos idealizadores de uma sociedade mais igualitária apenas se preocuparam com uma relativa igualdade civil diante da lei e, talvez uma igualdade política (ainda restrita somente ao direito de eleger e não de ser eleito), sem, contudo, convergirem maiores esforços no sentido de uma noção de igualdade social que, de fato, equilibrasse a desigualdade provocada pela adoção de práticas políticas liberais.

Nesse sentido, pode-se dizer que a igualdade formal até então alcançada nunca foi garantia de uma igualdade material. Se aquela tinha por fim o reconhecimento de que todos eram iguais perante as leis, esta visava dar, concretamente aos integrantes da sociedade, as mesmas oportunidades. Para que esse fim fosse alcançado, não bastava tratar a todos de maneira igual, pois que havendo desigualdades naturais, o tratamento igual aos diferentes nada mais seria que alimentar a desigualdade.

Aliás, esse é o famoso princípio da isonomia tão bem explicado por Rui Barbosa para quem: A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade, “Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualmente flagrante, e não igualdade real”. (BARBOSA, 1999, p. 26).

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS LEIS BRASILEIRAS

No texto constitucional brasileiro, o Princípio da Igualdade ganhou destaque ao ser elencado como condição inerente a todos os demais direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º, do Título II da Constituição Federal de 1988.

No entanto, interessante analisar esse princípio de forma crítica questionando se de fato a igualdade – apesar de ser a primeira garantia fundamental – possui sua plena efetividade. Será a formalização jurídica do princípio da igualdade efetivamente capaz de assegurar a não discriminação das denominadas minorias ou das pessoas deficientes?

A questão justifica-se diante de uma sociedade plural e com histórico de preconceitos, observa-se que a partir do final da Segunda Grande Guerra Mundial, quase todos os países ocidentais se preocuparam em formalizar e elevar o princípio da igualdade ao status de direito fundamental, o que não se mostrou suficiente para a promoção de uma Justiça Social. Comprovar essa afirmação não é difícil, em um mundo onde predomina o capitalismo torna-se utópico muitas vezes, acreditar que há iguais oportunidades, quer seja na esfera do trabalho, acesso à educação, ou seguridade social, entre outras, de



forma que seja possível o exercício da própria cidadania.

Logo, pode-se dizer que o constituinte trata o princípio da igualdade como uma cláusula geral, o que nas palavras de Gonçalves (2012, p. 26) perpassa uma noção de conteúdo variável ou hipótese típica aberta, não estabelecendo, a priori, suas consequências jurídicas, senão trazendo consigo uma pauta de valores a serem observados no decurso do próprio processo histórico.

A redação do artigo 5º da Constituição ao trazer a expressão: “iguais perante a lei” traz implícita a ideia de cláusula geral cujos valores historicamente construídos apontam para o impedimento de concessão de privilégios a determinadas pessoas ou grupos. Mas, a história mostra que a proibição legal foi incapaz de acabar com a discriminação e com o preconceito. Ao longo dos dois últimos séculos, os sujeitos desiguais foram vistos como titulares de um direito formal, mas não como titulares do direito aplicado, em outras palavras, da justiça social aplicada.

Na realidade, essa conclusão evidencia o caráter programático dos Direitos Fundamentais elencados em nossa carta constitucional. Analisando-se o próprio título dos Direitos Fundamentais verifica-se o seu traço pluralista, onde é reconhecido um leque de direitos sociais, bem como novos direitos políticos, de liberdade e igualdade.

Nesse sentido, observa-se, ainda, a característica diretiva nos vários dispositivos constitucionais que ficaram pendentes de regulamentação legislativa. Mesmo que a ordem programática dos Direitos Fundamentais possa ser mitigada pelo §1º do artigo 5º, não se pode negar que seu aspecto diretivo é um dos motivos para esse descompasso entre o formal e o material, somado à falta de políticas públicas voltadas para a inclusão social das minorias.

Alexy (2008, p. 407) irá defender que a diferenciação somente será legítima se for possível encontrar um fundamento razoável, ou seja, há que haver razão que permita o tratamento desigual. Buscando uma definição menos vaga, Bobbio (2000, p. 38), parte do seguinte questionamento: igualdade entre quem e em relação ao que?

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A APOSENTADORIA DO DEFICIENTE - CONTRIBUIÇÕES DAS DECLARAÇÕES E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE DEFICIÊNCIA

No que concerne ao tema deste artigo, o fundamento que permite a adoção de critérios desiguais na concessão desse benefício a essa parcela da população traduz-se na promoção da justiça social. A discriminação positiva trazida pela Lei Complementar nº 142/2013 busca corrigir uma desigualdade natural entre pessoas deficientes e não deficientes em relação à capacidade funcional, porém demorou para que surtisse efeito no próprio texto constitucional em seu Art. 5º, §1º no que concerne a ideia de que as normas definidoras dos direitos fundamentais e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Cabe ressaltar ainda a importância das contribuições das Declarações e Convenções Internacionais Sobre Deficiência que influenciaram decisivamente no ordenamento vigente.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é o primeiro documento que pode ser utilizado na proteção dos direitos dos deficientes, este norteará outras



declarações internacionais, bem como pelas leis infraconstitucionais. Os princípios basilares da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade estão previstos em seu texto, elencados nos artigos 1º e 2º:

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Artigo 2. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (BRASIL, 1988).

A partir desse documento passasse a refletir sobre o modelo sociocultural segregacionista em relação às pessoas com deficiência e buscou meios de proteção dessa minoria. Em 1955, a Recomendação nº 99 da Organização Internacional do Trabalho tratou da Reabilitação das Pessoas Deficientes.

Mauss e Costa (2015) apontam os principais dispositivos desse texto:

Trata a reabilitação como um processo contínuo, abrangente e orientado; b) impõe a tomada de medidas para a criação de serviços especializados, de modo que os deficientes possam reabilitar-se ou habilitar-se para outras profissões; c) concebe o processo reabilitatório numa perspectiva universalizante, com o atendimento de todos os deficientes independente da natureza de suas patologias; d) indica a formação profissional em escolas e centros de treinamento especializados, de modo que os deficientes possam exercer uma profissão economicamente viável, para provarem suas subsistências; e) indica que os Estados também devem participar desse processo, juntamente com outros órgãos públicos, visando a formação dos trabalhadores com deficiência; f) prevê a criação de cotas para a contratação dos deficientes, estimulando a criação de cooperativas de trabalhadores deficientes. (MAUS; COSTA, 2015, p. 21).

A Convenção nº 111, de 1958, muito embora não trate especificamente dos direitos da pessoa deficiente, indiretamente forneceu importante parâmetro quanto à discriminação no trabalho. Assim, em seu artigo 1º conceituou o termo discriminação como sendo:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.



Importante salientar que, a Convenção nº 111 da OIT foi ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965 e entrou em vigor a partir de 26 de novembro de 1966, conforme determinado pelo Decreto Legislativo nº 104/1964.

Já a sua promulgação se deu por meio do Decreto nº 62.150, de 1968, sendo sua internacionalização um importante compromisso de criação de políticas públicas voltadas para a proteção dos trabalhadores deficientes. Em 1971, a Assembleia Geral da ONU proclamou a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, que em seu artigo 3º trouxe uma admirável garantia de inclusão no mercado de trabalho.

O referido dispositivo assim dispõe que o deficiente mental tem direito à segurança econômica e a um nível de vida condigno. Tem direito, na medida de suas possibilidades, a exercer uma atividade produtiva ou alguma outra ocupação útil.

Nesse compasso, em 1975 a Assembleia Geral da ONU proclamou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, contribuindo para uma melhor compreensão do termo deficiente. Esse documento foi igualmente relevante no sentido de alicerçar a igualdade de direitos civis e políticos, entre deficientes e não deficientes.

Em 1982, a ONU aprovou o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência (Resolução nº 37/52) cujo principal objetivo consistia em incentivar os estados signatários a adotarem medidas eficazes para a prevenção da deficiência e para a reabilitação e a realização dos objetivos de igualdade e participação plena das pessoas deficientes na vida social. Outro ponto importante a ser destacado é o fato que esse Programa buscou vincular todos os estados signatários ao desenvolvimento de medidas inclusivas/protetivas com a mesma urgência, independentemente da condição de desenvolvimento de cada país.

As linhas mestras adotadas pelo Programa foram prevenção, reabilitação e igualdade de oportunidades, deixando claro que as pessoas deficientes não constituem grupo homogêneo, e que diferentes deficiências devem ser alvo de diferentes medidas. Já a OIT, em junho de 1983 promulgou a Convenção nº 159 reforçando o compromisso de readaptação profissional, cujo texto foi recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio através do Decreto Presidencial nº 129, de 22 de maio de 1991.

Assim, o Brasil acabou por formular, aplicar e revisar periodicamente a política nacional sobre a readaptação profissional e o emprego de deficientes, fundada no princípio de igualdade de oportunidades entre os deficientes e os trabalhadores em geral. Com isso, assumiu-se também, o compromisso de respeito à igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes, já que essa parcela da população sofria, duplamente, os efeitos da discriminação do mercado laboral.

Ainda em 1983, a Recomendação nº 168 da OIT tratou sobre a readaptação profissional e a criação de empregos para pessoas com deficiência. Na realidade, este documento vem complementar o da Recomendação nº 99/1955, prevendo em seu texto a criação de incentivos econômicos, entre outros, aos empregadores que propiciarem a inserção de deficientes no mercado de trabalho, bem como isenção de impostos sobre equipamentos que se destinam a adaptar os locais de trabalho desse público.

Uma grande inovação dessa recomendação alude à previsão de programas de readaptação profissional na zona rural, bem como a inclusão de programas de habilitação e reabilitação no âmbito da Seguridade Social.



A promulgação dessa recomendação se deu através da publicação do Decreto nº 2.682, de 21 de julho de 1998. Contudo, o principal documento internacional sobre o direito dos deficientes com profundos reflexos no ordenamento jurídico brasileiro é o Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado na Assembleia Geral da ONU, em 13 de dezembro de 2006, e assinado pelo Brasil em 30 de março de 2007.

Esse Tratado ficou mais conhecido como Convenção de Nova York e, internacionalmente entrou em vigor, juntamente com seu protocolo Facultativo, em 03 de maio de 2008, após ter sido ratificado por 20 (vinte) países membros das Nações Unidas. A Convenção de Nova York reconheceu a marginalização das pessoas com deficiência, ou seja, aquelas que têm 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 igualdades de condições com as demais pessoas.

A principal característica deste diploma legal consiste em reafirmar os princípios da não discriminação, da acessibilidade e da autonomia da pessoa deficiente e, ainda, de uma sociedade inclusiva, pautada no respeito e valorização das diferenças, reconhecendo a igualdade do valor de todas as pessoas.

A internalização de seu protocolo facultativo se deu com a promulgação do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, sendo que um dos fatores que explicam a extrema relevância dessa Convenção consiste no fato da mesma ter sido a primeira e única a gozar de status de norma constitucional, pois foi incorporada no ordenamento jurídico nos moldes previstos no §3º, art. 5º, da Constituição Federal.

Em outras palavras, isto significa na prática que o Decreto nº 6.949 equivale a uma Emenda Constitucional, cuja consequência tem implicação direta no controle de constitucionalidade da legislação doméstica que verse sobre o assunto.

Posto isso, o que se conclui é que atualmente, existe um conceito constitucional de deficiência, conceito este multidisciplinar que vai muito além da visão biomédica tradicional e dominante sobre essa questão, diante dessa constatação, analisar-se-á a seguir a proteção conferida ao deficiente no ordenamento jurídico brasileiro.

DA PROTEÇÃO DO DEFICIENTE DIANTE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A proteção da pessoa com deficiência é um tema um tanto quanto novo para o Estado brasileiro. Isso porque há que se considerar não apenas a previsão constitucional da tutela aos direitos do deficiente, como, sobretudo, a eficácia de tais normas. Nesse sentido, pode-se dizer que a força dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais a respeito do tema somente passaram a produzir efeitos há pouco tempo.

Aliás, o direito material específico mereceu a preocupação do legislador apenas recentemente, conforme se pretende demonstrar no decorrer desse tópico. O direito à igualdade formal marcou presença em todas as Constituições Federais, contudo muito pouco foi feito para garantir a igualdade material dessa parcela da população. Tanto é fato, que é somente na Constituição de 1934 que se verificará o despontar do direito à integração social da pessoa deficiente, direito este elencado em seu artigo 1386).

O termo utilizado pelo então constituinte era “desvalido” e o caráter da norma era



programático. Em que pese sua pouca ou nenhuma eficácia prática, tal previsão pode ser considerada um verdadeiro progresso para aquele tempo. Já a Constituição de 1937 não trouxe nenhum avanço nessa área, limitando-se à proteção do direito à igualdade, sem maiores especificações.

As pesquisas realizadas neste artigo identificar leis infraconstitucionais na vigência das Constituições de 1934 e 1937 revelam que esse dispositivo restou sem qualquer regulamentação. Tal característica reforça a ideia de que por longa data os deficientes foram tratados como objetos de direito em vez de sujeitos de direito. Já em 1940 há modificações no texto, sendo nítido o traço de piedade com que o legislador passa a olhar para essa camada da população. Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos sociais são solidificados em vários diplomas constitucionais. A quantidade de vítimas desse conflito fez de certa forma, surgir a necessidade das chamadas prestações positivas do Estado, sobretudo em relação às pessoas deficientes.

A Constituição de 1946, embora não tenha trazido nenhuma inovação específica, sofreu uma importante alteração alguns anos depois. Em outubro de 1978, a Emenda Constitucional nº 12 expressamente disciplinava que:

Artigo único: É assegurado ao deficiente a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I – educação especial e gratuita II – assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; III – proibição de discriminação, inclusive quanto à administração ao trabalho ou ao serviço público e salários; IV – possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Já em 1988, observar-se-á que a Constituição Cidadã se ocupará da proteção dos direitos do deficiente em vários dispositivos distribuídos em capítulos distintos. Sendo que no capítulo que trata dos Direitos Sociais, tem-se no Art. 7º “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”;

A seguir, no Título reservado a Ordem Social, o capítulo que trata da Seguridade Social disciplina que:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] 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 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.

Especificamente, com relação à Previdência Social, tema diretamente vinculado ao objeto deste estudo, o §1º do art. 201 da Carta Magna de 1988, assim disciplina: § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os



casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (BRASIL, 2005).

Conforme acima exposto, constata-se que o constituinte de 1988 construiu um arcabouço de normas predispostas à integração social do deficiente. Fruto de um reconhecimento histórico da marginalização dessa camada da população, a Constituição institui as chamadas discriminações positivas.

E tal posicionamento, qual seja, a criação de reservas e direitos especiais tem o fim único de garantir o tratamento isonômico entre os cidadãos brasileiros, visando à igualdade de oportunidades. Porém, mesmo diante da constitucionalização de direitos sociais e dos direitos dos deficientes, o advento da atual Carta Magna não foi capaz de diminuir a distância abissal entre o direito e sua efetiva tutela.

Nesse contexto, cabe ressaltar a importância do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) também é conhecido como Lei Brasileira de Inclusão. Pode-se dizer que essa lei é um instrumento de emancipação civil e social dessa parcela da população, que é estimada em cerca de 46 milhões de brasileiros (conforme dados do IBGE).

O principal objetivo de tal diploma legal é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania. Nesse sentido, o âmago desse Estatuto encontra-se nos seguintes dispositivos:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. §1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Inicialmente, partir-se-á da análise de que a Lei nº 13.146/2015 deixa claro que existem duas categorias de pessoas com deficiência: aquelas que são plenamente capazes e aquelas que, extraordinariamente, necessitam de um curador.

A Lei Brasileira de inclusão, doravante, mitigou a Teoria da Incapacidade provocando reflexos no Código Civil, o qual sofreu significativa alteração em seu artigo 3º e 4º, passando a disciplinar como absolutamente incapaz apenas o menor de 16 anos



de idade.

Nota-se que a antiga redação do referido dispositivo disciplinava como absolutamente incapaz aquele, que mesmo por causa transitória, não pudesse exprimir sua vontade e aquele que por enfermidade ou deficiência mental não tivesse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Na atual redação todas essas pessoas são tidas como civilmente capazes, não estando impedidas para ser testemunhas, votar, trabalhar, adotar, casar entre outros direitos pessoais. Em que pese muitas críticas ao que diz respeito à tal modificação, se faz necessário admitir que a Lei nº 13.146/15 esclarece, de modo muito transparente, a diferença entre personalidade e capacidade, distinguindo-se que: Personalidade é um valor, um direito inerente a todo ser humano, enquanto capacidade deve ser entendida como uma questão de política legislativa.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A PERÍCIA BIOPSISSOCIAL

A perícia é entendida como meio de prova produzida por um profissional com capacidade técnica para analisar determinados dados. No caso de que seja necessário provar a incapacidade ou a deficiência, seja na seara administrativa ou judiciária, sempre imperou a exigência de que o interessado fosse submetido ao exame médico pericial. Repise-se que este ainda é o modelo predominante, ou seja, o modelo biomédico de incapacidade/deficiência.

No entanto, a partir de uma ratificação publicada pela OMS em 2001 e a Convenção de Nova Iorque de 2007, esse modelo pericial biomédico começou a entrar em decadência, pois passou a ser considerado insuficiente para analisar a questão da incapacidade e da deficiência, cujos conceitos superaram a visão biomédica e evoluíram para uma visão multidisciplinar.

Nesse aspecto, a CIF é considerada um marco para a Previdência Social, cuja missão institucional é “garantir proteção ao trabalhador e sua família, por meio de sistema público de política previdenciária solidária, inclusiva e sustentável, com o objetivo de promover o bem-estar social.” Os benefícios por incapacidade são, de longe, o grande “gargalo” da Previdência Social, pois é no momento da doença incapacitante que o trabalhador necessita de uma proteção estatal eficiente, sob pena de ter seu direito negado, e como garantir esse direito?

Até hoje, é a perícia médica a única responsável pela análise da incapacidade do trabalhador, a qual de modo soberano decide se há ou não a incapacidade. Seja na seara administrativa, seja na seara judiciária, ainda que nesta o juiz não necessite ficar adstrito à prova pericial, o modelo biomédico de incapacidade ainda é o principal instrumento de análise dos benefícios supracitados.

Interessante consignar que é a partir da ratificação da Convenção de Nova Iorque por meio do Decreto nº 6.564/08, o qual provocou reflexos na Lei nº 8.742/93, que o modelo de perícia complexa ingressa no âmbito administrativo do Instituto Nacional do Seguro Social.

Em tal perícia, o modelo biomédico e o modelo social atuam de modo complementar, assim, o requerente é submetido ao exame médico pericial em conjunto com o exame pericial social. Embora não seja o objetivo do presente estudo analisar os benefícios de prestação continuada, para uma maior clareza da dimensão apontada a partir das



alterações conceituais, compare-se o §2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 – o qual disciplinava que para efeitos de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência era aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho - e a atual redação, alterada pela Lei nº 13.146/15 – que considera pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Percebe-se, nitidamente, que o meio no qual o indivíduo vive passa a ser fator determinante para a constatação de incapacidade de longo prazo e, por conseguinte, a constatação da deficiência. Não obstante, o §6º do art. 20 do mesmo diploma legal rege que a concessão do benefício ficará sujeito à avaliação médica e social, quanto à deficiência e ao grau de impedimento, a ser realizada por médicos peritos e por assistentes sociais do INSS.

A Lei Complementar nº 142/13 traz insculpido em seu artigo 4º que “a avaliação da deficiência será médica e funcional, nos termos do Regulamento”, em seguida, o artigo 5º da mesma lei aponta que “o grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim”.

Para pleno entendimento, mister ainda que se reproduza o conceito de deficiência de acordo com a LC n. 142/13, valendo destacar que o conceito é idêntico ao texto do §2º, art. 20 da LOAS.

Nesse sentido, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental ou intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Buscando atender aos preceitos da CIF 2001, a avaliação biopsicossocial consiste, de acordo com a citada Portaria, em:

- I - Assistente Social: a) avaliação social, considerando e qualificando os fatores ambientais por meio dos domínios: produtos e tecnologias; condições de moradia e mudanças ambientais; apoios e relacionamentos; atitudes; serviços, sistemas e políticas. b) avaliação social considerando e qualificando atividades e participação - parte social, para requerentes com 16 anos de idade ou mais, por meio dos domínios: vida doméstica; relação e interações interpessoais; áreas principais da vida; vida comunitária, social e cívica. participação - parte social, para requerentes menores de 16 anos de idade, por meio dos domínios: relação e interações interpessoais; áreas principais da vida; vida comunitária, social e cívica.
- II - Médico-Perito: a) avaliação médica, considerando e qualificando as funções do corpo por meio dos domínios: funções mentais; funções sensoriais da visão; funções sensoriais da audição; funções sensoriais da voz e da fala; funções do sistema cardiovascular; funções do sistema hematológico; funções do sistema imunológico; funções do sistema respiratório; funções do sistema digestivo; funções dos sistemas metabólico e endócrino; funções geniturinárias; funções neuromuscular esqueléticas e relacionadas ao movimento; funções da pele. b) avaliação médica, con-



siderando e qualificando atividades e participação - parte médica, por meio dos domínios: aprendizagem e aplicação do conhecimento; tarefas e exigências gerais; comunicação; mobilidade; cuidado pessoal.

Lamentavelmente, porém, essa avaliação funcional vinha sendo posta em prática somente para os benefícios assistenciais à pessoa portadora de deficiência, quando na realidade deveria ser utilizada para todo e qualquer benefício previdenciário envolvendo a necessidade de comprovação do binômio incapacidade/deficiência. Entende-se que esse novo modelo de perícia complexa, tem se mostrado eficaz para os fins que foi criada. Mas não se deve esquecer que a perícia biopsicossocial prevista na Lei Complementar 142 é aplicada exclusivamente para reconhecimento do direito à aposentadoria do deficiente e foi instituída como forma de garantir um acesso mais equânime a própria Previdência Social porém há muitas controvérsias que ainda precisam ser debatidas e ajustadas como a técnica que é utilizada na perícia biopsicossocial principalmente no que tange a um ajuste da pontuação para fins de reconhecimento da condição de deficiência e seus graus.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito do presente estudo consistia em averiguar a eficácia da Lei Complementar nº 142/2013. Esta lei regulamentou o direito previsto na segunda parte do parágrafo 1º, do artigo 201, da Constituição Federal, o qual versa sobre a garantia de aposentadoria aos deficientes, mediante critérios diferenciados.

Segundo o estudo realizado, demonstrou-se que o conceito de deficiência ainda é muito discutível e se encontra em permanente evolução. Atualmente, o termo deficiência precisa ser entendido como resultado da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. A busca por um mundo de oportunidades iguais para pessoas com deficiência exige políticas e leis que viabilizem a plena inclusão do deficiente, em todos os aspectos da sociedade e que primem pela observância ao Princípio da Igualdade.

Em que pese à inclusão do deficiente no mercado de trabalho ser condição precípua a possibilitar o direito à aposentadoria, a superação dessa questão implicará em outro problema que é a técnica aplicada na perícia biopsicossocial. A perícia biopsicossocial é o principal instrumento para fins de verificação do reconhecimento do direito à aposentadoria do deficiente, no entanto, ainda urge aprimorar a metodologia empregada nos exames, médico e social. Se por um lado a evolução do conceito biomédico de deficiência contribuiu para a superação dos preconceitos e das discriminações, por outro, tornou mais difícil, por mais paradoxal que seja essa conclusão, o reconhecimento de sua deficiência para fins de aposentadoria. Destarte, a provável atenuação dessa divergência talvez possa se dar com o ajuste da pontuação para fins de reconhecimento da condição de deficiência e seus graus, eis que o método aplicado na perícia complexa, em sede administrativa, necessita de aprimoramentos que permitam corrigir tal distorção, sob pena de desestimular o próprio deficiente de conquistar a tão almejada isonomia nos diversos aspectos da vida.



Recebido em: 29 dez. 2020

Aceito em: 23 set. 2021

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, José D^a Assunção. Igualdade – trajetória de uma noção no pensamento e no imaginário político. **Rev. Filos.**, v. 19, n. 24, p. 147-176, jan/jun. 2007.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. , DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 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. , DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm. Acesso em: 16 jul. 2018.

BRASIL. **[Constituição (1934)]**. Constituição Federal dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Brasília, DF: Presidência da República, [1934]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. **[Constituição (1937)]**. Constituição Federal dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Brasília, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007**. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 , acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acesso em: 21 jul. 2018.



BRASIL. **Decreto 62.650, de 03 de maio de 1968**. Inclui o Depósito de Sobressalentes para Navios, na Estrutura Orgânica do Ministério da Marinha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62650.htm. Acesso em: 21 jul. 2018.

BRASIL. **MTPS/MF nº 01/2016**. Portaria Interministerial de estado do trabalho e previdência social. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social - RPS. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-interm-mtps-mf-1-2016.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Perícia Biopsicossocial**: perspectivas de um novo modelo pericial. Caxias do Sul: Plenum, 2014.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

GONÇALVES, Daniel Guimarães. **Cláusulas gerais e direito processual**: evolução Histórica e Efetividade do Paradigma da Jurisdição Interpretativa. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1069/R%20DJ%20clausulas%20gerais%20-%20Daniel%20Guimaraes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 ago. 2018.

MAUSS, Adriano; COSTA, José Ricardo Caetano. **Aposentadoria especial dos deficientes**: aspectos legais, processuais e administrativos. São Paulo: LTr, 2015.

MAZZOTTA, Marcos José da Silveira. **Educação especial no Brasil**: história e políticas públicas. São Paulo: Cortez, 1999.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde**. Lisboa, 2004. Disponível em: http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf. Acesso em: 20 jul. 2018.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SOARES, João Marcelino. **Aposentadoria da Pessoa com Deficiência**. Curitiba: Juruá, 2014.



A (IN)OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Rosmeri de Almeida⁷

Resumo

Este artigo tem como objetivo identificar na legislação previdenciária e normativas do INSS possível violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O método utilizado foi a pesquisa bibliográfica, sendo que os resultados encontrados corroboram a ideia de que a legislação previdenciária e normativas do INSS estão se distanciando progressivamente do necessário amparo à criança e ao adolescente, o que propicia uma situação de vulnerabilidade social e financeira danosa aos menores dependentes dessegurados do regime geral da previdência.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Crianças. Adolescentes.

THE (IN)COMPLIANCE WITH THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILDREN IN BRAZILIAN SOCIAL SECURITY LAW

Abstract

This article aims to identify possible violations of the principle of the best interests of children and adolescents in social security legislation and INSS regulations. The method used was the bibliographic research, and the results found corroborate the idea that the social security legislation and INSS regulations are progressively distancing themselves from the necessary support for children and adolescents, which provides a situation of social and financial vulnerability harmful to dependent minors of insured persons of the general social security system.

Keywords: Social Security Law. Kids. Teenagers.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê proteção integral à criança e ao adolescente. Não bastante, o Brasil é um dos 196 signatários da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças.

Ao assumir este compromisso, todas as ações governamentais devem priorizar o bem-estar dos menores, em todos os níveis e aspectos.

A descontinuidade desta proteção é evidente quando a preocupação maior dos

⁷ Graduação em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Na área jurídica, possui especializações em Direito Processual Civil, em Direito Médico e está concluindo LLM em Direito Empresarial. Atualmente está cursando as seguintes especializações: Direito Previdenciário RGPS e Direito Previdenciário RPPS. Tem experiência na área de Enfermagem, com ênfase em Terapia Intensiva, atuando principalmente nos seguintes temas: pediatria, terapia intensiva pediátrica e neonatal, ensino, administração hospitalar/ auditoria de serviços de saúde pública e atendimento pré hospitalar. Atua como advogada em questões previdenciárias, de direito médico e cíveis.



serviços públicos se mostra desfocada das necessidades do menor que se encontra em situação de fragilidade social e econômica, como é o caso de muitas das decisões proferidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

As leis previdenciárias, bem como os atos e normativas do INSS, têm reduzido/dificultado consideravelmente o amparo dado aos dependentes do segurado do regime geral, violando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Logo, o estudo sobre a proteção social e previdenciária da criança e do adolescente é de extrema relevância e pertinência.

Sendo assim, com a intenção de tratar do assunto proposto de forma ampliada, foi realizada esta pesquisa bibliográfica utilizando doutrina pertinente, artigos disponíveis na plataforma do CAPES e Google Acadêmico, entre outros, buscando identificar os aspectos referentes à observância ou não do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente na legislação previdenciária e nas normativas do INSS.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A GARANTIA DE PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

A Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 227, traz a garantia da proteção integral à criança e ao adolescente:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O mesmo artigo recorda que o Estado participará de forma efetiva para garantir esta proteção, sendo que a garantia aos direitos previdenciários e trabalhistas aparece no § 3º, II: “O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: [...] garantia de direitos previdenciários e trabalhistas”.

Já o § 6º trata dos dependentes previdenciários descendentes, equiparando os filhos havidos ou não da relação do casamento e os filhos adotivos.

No § 7º, instrui que para atender aos direitos das crianças e dos adolescentes devemos levar também em consideração o Artigo 204, que trata da Seguridade e da Assistência Social: “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 [...]”.

Barboza (2000) corrobora informando que os princípios básicos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foram introduzidos no texto constitucional de 1988, “sendo o artigo 227, de nossa Lei Maior, reconhecido na comunidade internacional como a síntese da mencionada Convenção”.

A mesma autora entende que é

Razoável, por conseguinte, afirmar-se que a doutrina da proteção inte-



gral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal.

Para Pinheiro (2004)

A consideração da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento: eis os dois princípios que resumemo norte adotado pela CF 88, quanto à concretização da garantia dos direitos e da proteção da criança e do adolescente. O atual texto constitucional explicita claramente esses princípios.

Fica clara a ideia de que a criança e o adolescente, com suas particularidades e necessidades, são o foco de convergência dos ditames constitucionais.

Como pessoas em desenvolvimento, é mister que contem com o amparo e a proteção que sua situação de vulnerabilidade/fragilidade exige, bem como com as condições para impulsionar seu pleno desenvolvimento, como saúde, educação, família, segurança, entre outros.

2.1 A Convenção Internacional dos Direitos da Criança

O Brasil e outros 195 países ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança. Coube à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU, em 20 de novembro de 1989:

Consagrar a doutrina da proteção integral. Entrando em vigor internacional em 2 de setembro de 1990, foi ratificada no Brasil pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Como se infere do seu preâmbulo, a Convenção de 1989 teve como objetivo efetivar a proteção especial à criança [...].

Coube à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989, consagrar a doutrina da proteção integral. (BARBOZA, 2000).

Outrossim, os Artigos 19 e 26 da Convenção estipulam que:

Artigo 19: Os Estados Partes **devem adotar** todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, ofensas ou abusos, negligência ou tratamento displicente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do tutor legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. [...]

Artigo 26: Os Estados Partes **devem reconhecer que todas as crianças têm o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro**



social, e devem adotar as medidas necessárias para garantir a plena realização desse direito, em conformidade com sua legislação nacional. Quando pertinentes, os benefícios devem ser concedidos levando em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outro aspecto relevante para a concessão do benefício solicitado pela criança ou em seu nome. (grifo nosso).

Como signatário da Convenção, o Brasil se comprometeu a cumprir suas determinações, em se tratando de tema tão importante, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nunca deverá ser secundário a outros interesses, sob pena de incorrer em grave violação aos direitos fundamentais desta parcela da sociedade.

O direito de usufruir da previdência social é, indiscutivelmente uma destas garantias invioláveis.

2.2 O Estatuto da Criança e do Adolescente

A Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 227, § 8º, I, prevê que “A lei estabelecerá o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens”.

Para Barboza (2000), O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990, “concretizou e expressou os novos direitos da população infantojuvenil, que põem em relevo o valor intrínseco da criança como ser humano e a necessidade de especial respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento.”

Para a autora, a garantia constitucional de absoluta prioridade explicita a prevalência dos interesses da criança e do adolescente.

Conforme o ECA, é considerada criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade. Excepcionalmente, nos casos expressos em lei, será aplicado o ECA às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Já no Artigo 3º fica definido que

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

D'Oliveira (2012), por sua vez, entende que “as medidas de proteção abarcam as situações em que os menores encontram-se desprotegidos, quer por ação ou omissão dos pais e da sociedade em geral, quer seja por uma conduta passiva do Estado.”

De acordo com Scheinvar (2000) “A proteção social é uma prática tão antiga como a vida em grupo. [...] De maneira geral, a proteção é entendida como uma intervenção no sentido de equilibrar formas de organização”.

Também é fato que, sob o critério da especialidade ou *lex specialis derogat legi*



generalis, o ECA deve prevalecer quando encontrados pontos divergentes entre este e a lei geral, no caso, a lei previdenciária, respeitando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2.3 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no código civil brasileiro de 2002

De acordo com o Artigo 3º e seguintes do Código Civil Brasileiro, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos e relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de 18 anos. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, tornando a pessoa hábil à prática de todos os atos da vida civil. A incapacidade para os relativamente incapazes poderá cessar, como por exemplo, pelo casamento.

Para Tartuce (2008), no que tange ao Direito Civil, a proteção integral à criança e ao adolescente “pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças.”

Também de acordo com o autor, o Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acabou por reconhecer esse princípio de forma implícita:

O primeiro dispositivo é o art. 1.583 do Código Civil em vigor, pelo qual, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por consentimento mútuo ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos. Segundo o Enunciado n. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a expressão guarda de filhos constante do dispositivo deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendido o melhor interesse da criança. Se não houver acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584 do CC). Certamente, a expressão melhores condições constitui uma cláusula geral, uma janela aberta deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito caso a caso. Como se pode perceber, no caso de dissolução da sociedade conjugal, a culpa não mais influencia quanto à guarda de filhos, devendo ser aplicado o princípio que busca a proteção integral ou o melhor interesse do menor, conforme o resguardo do manto constitucional.

Por sua vez, Barboza (2000) corrobora quando diz que o Estatuto da Criança e do Adolescente, como lei especial que é, deve ser aplicado prioritariamente quando houver divergências entre ele e outra lei geral:

[...] O Estatuto se aplica *a todas as crianças e adolescentes*, subtraindo a incidência do Código Civil na matéria, em todos os casos em que houver incompatibilidade entre ambos [...]. Se de um lado é inquestionável seja a lei civil a sede apropriada de tais discussões, de outro, torna-se imperativo o confronto desses dispositivos com o Estatuto e os princípios que o regem, os quais devem prevalecer sobre os primeiros, pelas razões já



indicadas, particularmente em matéria de tal relevância.

Em contraponto, Teixeira (2008) entende que “O Estado e a sociedade em geral ainda não são capazes de promover e assegurar, plenamente, a proteção à criança e ao adolescente no Brasil.”

A autora conclui que

Urge compreender que esta incapacidade se dá mesmo diante da existência de toda uma legislação específica, com destaque para as disposições da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), além de contrariar o que recomenda a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Nesse sentido, a **violação de direitos no Brasil é fato recorrente e lamentável. E mais lamentável ainda é constatar que, em relação a crianças e adolescentes, a violação dos direitos se dá, em algumas vezes, até mesmo por entidades ou instituições que têm o dever de resguardá-los.** (grifo nosso).

Já Sposati (2017) leciona que

A fragilidade, intencional ou não, da nomenclatura e do conteúdo do dispositivo legal sancionado não afiança, porém, as garantias legais instituídas para proteção integral à criança. A ausência de objetividade em explicitar a responsabilidade estatal na aplicação de recursos orçamentários públicos obstaculiza o exame da transparência da gestão pública na observância de padrões de probidade administrativa, necessários à gestão de uma atenção social em plenos e adequados padrões de cobertura. **A omissão em revelar os resultados esperados, somada à não profissionalização dos agentes previstos para operá-los, causam profunda incerteza quanto à garantia de que direitos da criança, da família e da mulher sejam observados.** (grifo nosso).

E, Martins (2018), por sua vez, afirma que “a Previdência Social está diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este norteador para definir as relações referentes os benefícios da seguridade social.”

Sendo assim, com base nos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, os atos administrativos do INSS, quando envolvendo dependentes menores de 18 anos, devem (riam) ser embasados em laudos com um aspecto biopsicossocial, holístico, multi e interdisciplinar, reconhecendo os direitos e as particularidades destes dependentes, não os deixando em uma situação de vulnerabilidade não apenas psíquica e social, mas também econômica.



2.4 Principais leis e normativas previdenciárias e os possíveis danos causados aos dependentes menores de idade com consequente violação de princípios constitucionais

Considerando o que dispõe o Artigo 16 da Lei 8.213 de 1991, são considerados dependentes: 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 ou deficiência grave; 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 ou deficiência grave.

O § 1º deste artigo define que “a existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.” Já o § 2º do mesmo artigo determina que “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.”

A redação anterior do § 2º trazia o seguinte texto: “Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, **esteja sob a sua guarda**; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação”.

Cabe observar que a Lei 9.528 de 1997 alterou o § 2º, retirando o menor sob guarda do rol de dependentes sob proteção previdenciária, o que fragilizou muito a proteção previdenciária dada às crianças e adolescentes nesta condição.

Já, ainda com relação aos dependentes dos segurados do regime geral da previdência, o Artigo 121 e seguintes da IN 77/2015 traz basicamente o mesmo rol de dependentes, excluindo também o menor sob guarda, acrescentado no Artigo 124 “os nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte são considerados filhos concebidos na constância do casamento, conforme inciso II do art. 1.597 do Código Civil.”

A Lei nº 9.032 de 1995, por sua vez, revogou o Inciso IV do Artigo 16 da Lei 8213/91, excluindo a possibilidade do segurado de poder designar menor de 21 anos ou maior de 60 anos ou pessoa inválida como seu dependente previdenciário.

Outrossim, várias normativas/decisões do INSS dificultam o amparo ao menor dependente de segurado e seu acesso ao benefício prioritariamente, permanecendo este menor desassistido até que decisão judicial seja adotada.

Como exemplo, temos a não aceitação da sentença trabalhista como início de prova material figurando como um dificultador do acesso dos dependentes ao benefício previdenciário. Esta determinação se encontra no Artigo 71 da IN 77/2015: “A reclamatória trabalhista transitada em julgado restringe-se à garantia dos direitos trabalhistas e, por si só, não produz efeitos para fins previdenciários. [...]”

Significa dizer que, por exemplo, no caso da pensão por morte, o vínculo trabalhista reconhecido na Justiça do Trabalho, mediante sentença transitada em julgado, não será aceito administrativamente, levando ao indeferimento do benefício pelo INSS.

Outro fator é a data de início do pagamento do benefício e do percentual a ser pago. Neste sentido, a lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019 traz, em seu Artigo 219, que:



A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

- do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta dias) após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes;
- do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso I do caput deste artigo; ou
- da decisão judicial, na hipótese de morte presumida. [...].

A criança e o adolescente, como já mencionado, não são legalmente capazes para todos os atos da vida civil. Se não estiverem devidamente representados ou assistidos para este fim, a perda do prazo estipulado e a diminuição do valor devido é muito frequente.

Há um desconforto com relação a isto uma vez que o sistema se beneficia em detrimento do menor, o qual deveria ser protegido integralmente neste momento de maior vulnerabilidade a partir da data do óbito do segurado, seu provedor.

A avaliação biopsicossocial e multi/interdisciplinar possível enecessária nestes casos não é rotina da autarquia previdenciária.

Ocorre que, para o ECA, a maioridade começa aos 18 anos de idade. Até esta idade não é justificável que a criança e o adolescente sejam “punidos” por perda do prazo para que receba o benefício desde a data do óbito do segurado.

Este também é o entendimento do STJ:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. TERMO INICIAL DE PENSÃO POR MORTE REQUERIDA POR PENSIONISTA MENOR DE DEZOITO ANOS.

A pensão por morte será devida ao dependente menor de dezoito anos desde a data do óbito, ainda que tenha requerido o benefício passados mais de trinta dias após completar dezesseis anos. De acordo com o inciso II do art. 74 da Lei 8.213/1991, a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do requerimento, caso requerida após trinta dias do óbito. Entretanto, o art. 79 da referida lei dispõe que tanto o prazo de decadência quanto o prazo de prescrição são inaplicáveis ao “pensionista menor”. A menoridade de que trata esse dispositivo só desaparece com a maioridade, nos termos do art. 5º do CC – segundo o qual “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil” –, e não aos dezesseis anos de idade. REsp 1.405.909-AL, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 22/5/2014.

Neste sentido, corrobora Martins (2018) quando explica que “a pensão por morte é um benefício o qual muitas vezes continua assegurando ao beneficiário uma vida digna, a qual estaria em risco caso não tivesse protegido esse direito, direito este que protege os dependentes do falecido.”

Delgado (2019) lembra que



O benefício da pensão por morte tem um dever fundamental na proteção social, uma vez que ameniza a exclusão social, sendo que, em muitos casos, é a única renda que os dependentes possuem para sobreviver. Trata-se de proteção estabelecida no artigo 201, inciso I da Constituição Federal, que define ser responsabilidade da Previdência Social, mediante contribuição. **O propósito de existir da pensão é amparar os dependentes do segurado falecido para que estes tenham condições de se manterem.** [...] (grifo nosso).

O último ataque a este benefício se deu com a Emenda Constitucional 103/2019, Reforma da Previdência:

Art. 23. A pensão por morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de **50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito**, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

§ 1º **As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes**, preservado o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco).

§ 6º Equiparam-se a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência econômica. (grifo nosso)

Já quanto ao menor sob guarda, em 2018, o STJ publicou o acórdão do O REsp 1411258, de relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, foi publicado em 2018. Este acórdão tratou da discussão sobre o direito à concessão do benefício previdenciário de pensão por morte ao menor sob guarda.

A tese jurídica fixada sob o Tema 732/STJ é a que segue:

O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada sua dependência econômica, nos termos do art. 33.

§ 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.

Conclui Barboza (2000) que

A guarda, embora tenha sido talvez o primeiro campo de franca aplicação do melhor interesse da criança, ainda que sob a denominação de “bem do



menor”, não só teve esse princípio igualmente enfatizado como passou a ter disciplina própria no Estatuto, como forma de colocação em família substituta.

Efetivamente, a não-observância das diretrizes do Estatuto fere os direitos fundamentais da criança e do adolescente, devendo, por conseguinte, serem observadas em todos os casos.

O princípio do melhor interesse da criança, de observância indispensável para concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, foi plenamente incorporado pelo nosso ordenamento jurídico.

Moreira (2016) demonstra que, progressivamente, os direitos dos dependentes aos benefícios foram sendo reduzidos.

Para a autora, com a CF 88, o Decreto 83.080/79 “não mais poderia sustentar-se em sua existência uma vez que a Magna Carta trouxe consigo previsão constitucional de lei que reformularia antigos conceitos sobre o direito previdenciário.”

No que se refere à Lei 9.032/95, de acordo com a mesma autora, esta veio a restringir ainda mais o elenco de dependentes, de modo a extinguir, de vez, a classe 4, que abrigava aquela extensão da família (os designados). Critica o autor quando fala sobre a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes prioritários: “Em outubro de 1996, uma medida provisória extinguiu da classe 1 os menores sob guarda, ou seja, aqueles cuja guarda judicial havia sido deferida ao segurado. Ou seja, até a classe 1, dos chamados dependentes preferenciais, antes intocáveis, estava sendo atingida pelas reformas”:

O intuito dessas sucessivas supressões não é outro senão o de diminuir a concessão de benefícios pensionários, evitando que o INSS desembolse verdadeira fortuna comesse tão vasto contingente de beneficiários que eram as pessoas designadas. É a importação dos ideais capitalistas para a Administração Pública, em seu aspecto mais míope e antissocial possível, de que o Estado tem de dar “lucro” e evitar o “desperdício”. Esquecem os detentores do poder político, que o Estado tem, acima de tudo, a obrigação de promover o bem estar social, devendo primar pela dignidade humana e justiça social. A “economia” deve ser feita em outros âmbitos, nos quais, por vezes, se observa um Estado extremamente perdulário. (MOREIRA, 2016).

3 A (IN)OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Vários são os “dificultadores” impostos pelo INSS ao analisar os benefícios requeridos pelos dependentes do segurado do regime geral.

Um exemplo que impacta diretamente na celeridade do processo administrativo e, conseqüentemente, no amparo ao menor dependente, é a não aceitação da sentença trabalhista procedente e transitada em julgado como início de prova material no caso de trabalhador informal, resultando na demora, indeferimento, necessidade de ajuizamento



de ação, todos fatores que, neste lapso temporal, deixam o menor desassistido pela previdência social direta ou indiretamente.

Outro exemplo são os prazos definidos para requerer a pensão por morte, sem falar na alteração das regras para a concessão e pagamento do benefício que, gradativamente, foram alteradas de forma a minimizar o valor a ser pago. Estes itens estão na contramão do amparo que a previdência social deveria fornecer à criança e adolescente neste momento de perda, incertezas sobre guarda, fragilidade social e financeira.

O desrespeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é verificado em vários momentos: quando da exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes previdenciários, quando da exclusão de pessoa indicada como dependente, quando se alteram alíquotas e prazos dos benefícios a serem pagos, quando criam-se empecilhos burocráticos cujas decisões favoráveis aos segurados e dependentes já se encontram totalmente pacificadas pelos tribunais superiores,

São vários momentos em que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente são violados, permanecendo este, infelizmente, em segundo plano, desfocado, desconsiderado, no momento das definições legislativas e da autarquia.

4 CONCLUSÕES

São vários os empecilhos colocados pelo INSS e pela legislação previdenciária para a concessão dos benefícios aos dependentes menores de idade, mesmo que o tema já esteja pacificado nos tribunais superiores.

O desrespeito à Convenção, à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente é visível, gritante.

Várias são as justificativas da autarquia para a demora na análise dos requerimentos e para os indeferimentos e poucas são as soluções adotadas para a concessão do melhor benefício, neste caso, da melhor assistência ao menor dependente de segurado do regime geral da previdência social.

Obstáculos são criados e dificilmente derrubados, mesmo que manifestamente prejudiciais ao dependente/segurado.

Ao concluir este artigo, infelizmente, validamos a hipótese de que a legislação previdenciária e as normativas/atos do INSS, gradativamente, estão se distanciando do melhor interesse da criança e do adolescente, retirando sorrateiramente direitos desta parcela da população e deixando-a desassistida em situações de maior vulnerabilidade.

Recebido em: 01 jun. 2020 Aceito em: 23 set. 2021

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito da Família**. 2000. p. 201-213.

BRASIL, STJ: **Maioridade civil, emancipação e o entendimento do STJ**. Publicado em 18/08/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Maioridade-civil-emancipacao-e-o-entendimento-do-STJ.aspx>. Acesso em: 20



maio 2020.

DELGADO, Fernanda Barbosa. **Pensão por morte no regime geral da previdência social e a PEC 06/2019**. 2019. TCC (Graduação em Direito) - Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/199985>. Acesso em: 20 maio 2020.

D'OLIVEIRA, Marcele Camargo; D'OLIVEIRA, Mariane Camargo; CAMARGO, Maria Aparecida Santana. **As medidas de proteção como vetores fundamentais para salvaguardar os direitos das crianças e dos adolescentes**. 2012. Disponível em: <http://revistaeletronica.unicruz.edu.br>. Acesso em: 20 maio 2020.

MARTINS, Juliana Alves. **Pensão por morte e suas particularidades no âmbito da família moderna**. 2018. Especialização (Especialização em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário) - Centro Universitário Antônio Eufrasio de Toledo de Presidente Prudente, 2018. Disponível em: intertemas.toledoprudente.edu.br. Acesso em: 18 maio 2020.

MOREIRA, Vany Coelho. A pensão por morte e o direito dos dependentes inscritos. **THEMIS: Revista da Esmecc**, v. 3, n. 1, p. 201-246, 2016.

PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. A criança e o adolescente, representações sociais e processo constituinte. **Psicol. estud.**, Maringá, Dec. 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-73722004000300003>. Acesso em: 26 maio 2020.

SCHEINVAR, Estela. Anotações para pensar a proteção à criança. **Revista do Departamento de Psicologia da Universidade Federal Fluminense**, v. 10, n. 2, p. 66-78, 2000.

SPOSATI, Aldaíza. Transitoriedade da felicidade da criança brasileira. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282017000300526&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 maio 2020.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **Jus Navigandi, Teresina**, v. 10, 2008.

TEIXEIRA, Edna Maria. Criança e adolescente e o sistema de garantia de direitos. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Fortaleza, v. 2, 2008.



APOSENTADORIA ESPECIAL: IMPOSSIBILIDADE DE RETORNO OU DE CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES LABORATIVAS EM CONDIÇÕES NOCIVAS

Viviane Rosália Silva Gamarano Catugy⁸

Resumo

A aposentadoria especial apresenta um quadro histórico marcado de construção de lutas e conquistas normativas no cenário do trabalhador que exerce seu labor expostos a agentes nocivos, prejudiciais à saúde. A última Reforma da Previdência EC/103, foi um dos benefícios previdenciários mais atingidos e impactados, causando um efetivo retrocesso social, agravando ainda mais os reflexos das alterações tanto no critério de cálculo como de idade na obtenção do benefício. O objetivo do artigo é construir uma reflexão baseada na hermenêutica jurídica com o foco na Aplicação judicial na perspectiva constitucional da finalidade protetora com cumprimento dos requisitos jurídicos e não somente requisitos legais, tendo como pilar a equidade. Apresentou-se uma análise em todos os aspectos, considerando a aplicação da hermenêutica jurídica do julgamento do Tema 709 do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como seus reflexos diante a possibilidade de percepção da aposentadoria especial na hipótese do segurado permanecer laborando nas atividades nocivas à saúde. Compreende-se que foi validada a hipótese apresentada, visto a possibilidade dos profissionais da saúde, aposentados permanecerem trabalhando diretamente no combate ao Covid-19, prestando serviços de atendimento a pessoas atingidas pela doença em hospitais ou instituições congêneres, públicos ou privadas, concretizando o garantismo judicial com a preservação da dignidade humana.

Palavras-chave: Seguridade social. Reforma da previdência. Emenda Constitucional 103.

SPECIAL RETIREMENT: IMPOSSIBILITY OF RETURNING OR CONTINUING TO WORK UNDER HARMFUL CONDITIONS

Abstract

Special retirement presents a marked historical framework of the construction of normative struggles and achievements in the scenario of workers exposed to harmful agents, harmful to health. The last Social Security Reform (called EC/103) was one of the most that affected and impacted social security benefits, causing an effective social setback, further aggravating the effects of changes in both the calculation criteria and age in obtaining the benefit. The aim of the article is to build a reflection based on legal hermeneutics with a focus on Judicial application in the constitutional perspective of the protective purpose with compliance with legal requirements having

⁸ Graduada em Direito pela PUC-Minas em 2008, Advogada Previdenciária OB/MG 120.486, Pós graduada em Direito e Processo Civil (Newton de Paiva); Pós Graduada em Direito Previdenciário (Regime Geral IEPREV); Pós Graduada – Regime Próprio (Esmafe) – Membro da Comissão de Direito Previdência – OAB/MG; Diretora Adjunta atuação judicial IEPREV. Sócia proprietária do escritório de Advocacia e Consultoria Jurídica Viviane Catugy.



equity as a pillar. An analysis was presented in all aspects, considering the application of the legal hermeneutics of the judgment of Theme 709 of the Brazilian Federal Supreme Court (STF), as well as its reflections on the possibility of perception of special retirement in the event that the insured remains working in harmful activities to the health. It is understood that the hypothesis presented was validated, given the possibility that retired health professionals remain working directly in the fight against Covid-19, providing care services to people affected by the disease in hospitals or similar institutions, public or private, implementing the judicial guarantee with the preservation of human dignity.

Keywords: Social security. Social Security Reform. Constitutional Amendment 103.

1 INTRODUÇÃO

A aposentadoria especial apresenta um quadro histórico marcado de construção de lutas e conquistas normativas no cenário do trabalhador que exerce seu labor expostos a agentes nocivos, prejudiciais à saúde.

E diante à última Reforma da Previdência EC/103, é nítido que foi um dos benefícios previdenciários mais atingidos e impactados, causando um efetivo retrocesso social, agravando ainda mais os reflexos das alterações tanto no critério de cálculo como de idade na obtenção do benefício.

Nesse sentido, o tema problema será a impossibilidade de retorno ou de continuidade do exercício de atividades laborativas em condições nocivas, após o recebimento da aposentadoria especial, considerando o cenário pandêmico que afetou todo o mundo e os profissionais da saúde de linha de frente ao combate do Covid-19.

O objetivo do presente artigo é construir uma reflexão baseada na hermenêutica jurídica com o foco na Aplicação judicial na perspectiva constitucional da finalidade protetora com cumprimento dos requisitos jurídicos e não somente requisitos legais, tendo como pilar a equidade. A lógica material da temática se desenvolverá no raciocínio da razoabilidade no tocante à proteção dos direitos humanos do trabalho exposto a agente nocivo, em especial ao profissional da saúde demonstrando e comprovando a violação expressa de princípios basilares da Constituição Federal, tais como o princípio da dignidade humana, igualdade, do não retrocesso, da vedação da proteção social insuficiente.

É de suma relevância compreender o motivo e reflexos sociais do retorno ou continuidade do exercício das atividades laborativas em condições nocivas após o recebimento da aposentadoria do trabalhador, tendo como agravante o situação de isolamento social mundial diante da pandemia, e muitos óbitos devido à complicações do Covid-19

Como se trata de um recente julgamento do assunto em questão pelo STF (Supremo Tribunal Federal), Tema 709, a metodologia utilizada será a dialética reflexiva face ao julgamento do referido tema com pesquisas em obras doutrinárias relacionadas à construção da temática, considerando a classe mais vulnerável de trabalhadores envolvendo atividades nocivas que são os trabalhadores da saúde e precisam da proteção social efetiva.



Assim, será apresentada uma análise em todos os aspectos, considerando a aplicação da hermenêutica jurídica do julgamento do Tema 709 julgado, bem como seus reflexos diante a possibilidade de percepção da aposentadoria especial na hipótese do segurado permanecer laborando nas atividades nocivas à saúde.

2 APOSENTADORIA ESPECIAL E A SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social apresentada na Constituição Federal de 1988, foi reflexo de muitas reivindicações de trabalhadores com seus movimentos sociais ao longo da história e se constitui de 3 pilares nos quais são a saúde, previdência e a assistência social.

O sistema de orçamento da Seguridade social está previsto no art. 195 da Constituição Federal de 1988, sendo que todos devem colaborar para a cobertura dos riscos provenientes da perda, redução da capacidade para obtenção da aposentadoria.

A aposentadoria especial é um benefício que visa garantir ao segurado do Regime Geral uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais a saúde ou integridade física. (RIBEIRO, 2010, p. 23).

E, para ilustrar essa evolução dos direitos sociais conquistados vinculado ao exercício profissional, temos com clareza:

Diante do contexto exposto, a proteção social consolida-se mais substancialmente no início do século XX. Os direitos sociais e a Seguridade Social, em particular, ganham status constitucional, porém, apenas nas Constituições de 1934 e 1937 (superado o paradigma liberal que caracterizava a Constituição Republicana de 1891. Porém, o conjunto dos direitos fundamentais que caracterizam a Seguridade Social, àquele momento histórico, limitava-se a um padrão normativo de ordem mutualista/laboralista, quer dizer, vinculado ao exercício profissional e ao pertencimento a uma determinada categoria profissional. (SERAU JUNIOR, 2020).

A Aposentadoria Especial tem relação direta com a seguridade social, sendo um dos benefícios que mais foi prejudicado com a última Reforma da Previdência e como bem conceitua João Batista Lazzari:

Entendemos que tão inapropriada quanto à fixação da idade mínima é a vedação de conversão do tempo especial em comum para períodos trabalhados após a entrada em vigor da Reforma da Previdência segundo previsão constante do art. 25§2º. A renda mensal inicial (RMI) também sofreu alteração e corresponderá a 60% do salário de benefício com acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano que exceder o tempo de contribuição para os homens e 15 anos para mulheres. (LAZZARI, 2020, p. 70).

A redução dos direitos sociais de trabalhadores sujeitos às condições expostas,



está explícita na Reforma da Previdência, instituída pela EC (Emenda Constitucional) nº 103, na qual alterou substancialmente a redação do § 1º do art. 201 da Constituição, estabelecendo a possibilidade de previsão, em lei complementar, de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão, violando vários princípios e um deles foi a “Proibição do retrocesso social”, tendo em vista a impossibilidade de diminuição de direitos fundamentais já implantados no ordenamento jurídico.

E diante o desenvolvimento da sociedade, a Seguridade não se restringe mais a apenas à questão profissional e se torna um verdadeiro direito fundamental, como explica brilhantemente o cientista jurídico Marcus Serau Júnior:

A Seguridade social não se restringiu somente ao exercício de uma profissão, mas foi se transformando diante as relações sociais e dignidade humana, ou seja, apenas posteriormente e paulatinamente é que a Seguridade Social desvincula-se da questão profissional e vai se transformando, pouco a pouco, em verdadeiro direito fundamental, decorrente da própria cidadania e da condição da pessoa humana, titularizado e fruível por toda a população, independentemente de sua situação profissional. Assim, o modelo anterior, baseado nos Institutos de Pensão e Caixas de Pensão (conforme as categorias profissionais) verifica centralização e unificação cada vez maior, ampliando o grau de cobertura da proteção social, dirigindo-se para a almejada universalização dessa gama de direitos fundamentais. (SERAU JÚNIOR, 2020, p.156-158).

Por fim, os trabalhadores sujeitos à atividade especial, recebem um tratamento diferenciado resguardado na Carta Magna, visto que a aposentadoria especial foi criada com o fim de proporcionar precocemente uma aposentadoria para preservação de sua saúde e integridade física.

2.1 Aposentadoria especial – marco histórico e avanços

Para uma análise completa e profunda da temática proposta, é preciso compreender o marco histórico que a Aposentadoria se desenvolveu abrangendo diversas proteções dos trabalhadores vulneráveis à agentes prejudiciais a saúde.

A aposentadoria especial é concedida aos segurados expostos a agentes agressivos prejudiciais a saúde, sendo instituída por meio da LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social:

A aposentadoria especial, instituída pela Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, tem características preventiva e compensatória, vez que busca diminuir o tempo de trabalho do segurado que, sujeito a condições especiais, exerce ou exerceu atividade que, pela sua natureza, pode causar danos à saúde ou à integridade física. (INSS, 2018, p. 6).

E, como enfatiza a ilustre Professora Adriane Bramante (2020, p. 18) para a regularização da aposentadoria especial, os Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79 trouxeram



listas dos agentes agressivos para o enquadramento do tempo especial, bem como a Lei nº 8.213/91 – Lei de Benefícios da Previdência Social com a exigência de exposições a agentes agressivos prejudiciais à saúde ou integridade física, tempo mínimo de 15, 20 ou 25 anos, enquadramento por categoria profissional, agentes nocivos físicos, químicos e biológicos. A referida lei trouxe também a previsão de conversões de tempo especial em comum, comum em especial e tempo especial em especial.

Entretanto, como o direito previdência sofre constantes mutações legislativas, vem a Lei nº 9032/95 e altera alguns quesitos importantes colocando ônus do segurado para comprovação do tempo especial, exposição permanente, não ocasional e não intermitente, vedação do tempo comum em tempo especial e exclusão do enquadramento profissional.

A medida Provisória n. 1523-10 publicada em 13.10.96 modifica o critério comprobatório e exige Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho – LTCAT para todos os agentes nocivos.

A Emenda Constitucional 20/98 trouxe novo contexto em seu artigo 201:

§1 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, nos termos definidos em lei complementar (BRASIL, 1998).

A jurista referência do assunto Adriana Bramante relata com riqueza de detalhes sobre a Aposentadoria Especial pós alteração na Emenda Constitucional 2019:

fecha o ciclo de um período de aposentadoria especial sem idade mínima e integral focada na proteção da saúde do trabalhador. A partir da publicação mencionada EC, uma nova aposentadoria especial surge com critérios diferenciados e sem tanta preocupação com os riscos do ambiente laboral pelos quais o segurado esteve exposto. (BRAMANTE, 2020, p. 22).

A Reforma da Previdência EC/103, trouxe o critério de idade e também sua conjugação com tempo de contribuição, como um dos pressupostos para concessão da aposentadoria especial, mesmo mantida sua regulamentação por Lei Complementar. Na concepção de Serau Junior (2020): A Emenda Constitucional 103/2019 mudou o perfil constitucional da aposentadoria especial.

E diante dessas mudanças trágicas para a aposentadoria especial, João Batista Lazzari (2020, p. 71) enfatiza que a aposentadoria especial passa percorrer novos obstáculos para sua concessão, visto que será muito difícil atingir todos esses requisitos e os segurados deixarão de exercer as atividades especiais sem ter direito à aposentadoria e o tempo será somado com períodos

comuns sem qualquer acréscimo, sendo que poderão também ficar inválido sem virtude de doenças ocupacionais, gerando o direito à aposentadoria por incapacidade permanente.



Com a Reforma da Previdência, é nítido perceber a violação do princípio da proibição do retrocesso social, vez que esses trabalhadores sujeitos a agentes nocivos irão se expor por mais tempo, podendo adoecer mais rápido prejudicando sua saúde física e mental e nesse contexto como ficaria a proteção à saúde e à vida, constitucionalmente garantidos, como José Roberto Sodero nos leva a refletir.

A questão toma maior relevância em face do julgamento do Tema 709 do Supremo Tribunal Federal, que ao apontar constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanecer laborando em atividade especial ou ela retorna, seja essa atividade especial que ensejou a aposentação precoce ou não, trouxe o voto condutos do ministro Dias Toffoli, que aponta que a continuidade no trabalho em atividade nociva à saúde após o deferimento do benefício inverte a lógica do sistema “A aposentadoria especial ostenta um nítido caráter protetivo” Para ele, permitir que o trabalhar continue ou retorne ao trabalho especial após a obtenção de aposentadoria contraria em tudo o propósito do benefício” (SODERO, 2020, p. 146).

Ressalte-se que há previsão no Decreto 3048/1999, art. 69, parágrafo único, do segurado que retornar ao exercício de atividade ou operação que o sujeite aos riscos e agentes nocivos constantes do anexo IV, ou nele permanecer, na mesma ou em outra empresa, qualquer que seja a prestação de serviço ou categoria, será imediatamente notificado da cessação do pagamento da sua aposentadoria especial, no prazo de 60 dias contado da data da emissão da notificação, salvo comprovação, nesse prazo, de que o exercício dessa atividade ou operação foi encerrado.

O Professor Hélio Gustavo (2020, p. 89) nos lembra uma questão interessante a respeito do assunto visto que “em que pese o legislador ter utilizado “cessação”, o termo correto seria suspensão, pois o próprio texto da norma prevê a possibilidade de defesa do prazo de 60 dias para demonstrar que não exerce atividade com agentes nocivos.

E atualmente, temos essa questão tão importante para aprofundar o estudo, diante do problema exposto da possibilidade ou não do retorno ao trabalho em condições especiais após a aposentadoria, se há respaldo constitucional para esse retorno.

3 JULGAMENTO DO TEMA 709 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A questão controversa sobre a inconstitucionalidade da vedação do retorno ou permanência do segurado em atividade especial após o recebimento da aposentadoria evidencia conflito entre princípios fundamentais, direito à vida, saúde com a garantia do livre exercício do trabalho, visto que ao segurado poderá trabalhar em qualquer trabalho, desde que não seja nocivo à sua saúde.

Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência, tem decidido evidenciando valores em teses conflitantes, sendo importante ver a origem do julgado que criou o Tema 709, visto que tudo começou quando o Tribunal Regional Federal da 4ª região, ao examinar o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n, 5001401-77.2012.4.04.000, concluiu que a vedação à continuidade de desempenho de atividade especial ou a retomada



da mesma pelo segurado em gozo de aposentadoria especial, previsto no §8º, artigo 57 na Lei 8.213/91, é inconstitucional por violar, entre outros aspectos, o princípio do livre exercício do trabalho, garantia individual fundamental prevista no art. 5, XVIII, da Constituição da República de 1988.

E diante desse precedente, a 6ª Turma do TRF da 4ª Região deu provimento à apelação da segurada Cacilda Dias, Theodoro, para fins de concessão da aposentadoria especial, desde a citação, com reafirmação da DER, afastando a incidência §8º, artigo 57 na Lei 8.213/91, visto que o INSS interpôs Recurso Extraordinário em contra a referida decisão, recebido pelo STF.

O STF (Supremo Tribunal Federal) julgou o Tema 709, tese de direito, através do RE/79.961/PR, que reconheceu tema com enfoque na aposentadoria especial como argumento jurídico relevante, ou seja, repercussão geral da tese no ano de 2014 e no julgamento no ano de 2020 decidiu que a vedação ao recebimento de aposentadoria permanecendo laborando na atividade especial é constitucional:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli (Presidente e Relator), apreciando o tema 709 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “I) É constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não. II) Nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros. Efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial a implantação do benefício, uma vez verificado o retorno ao labor nocivo ou sua continuidade, cessará o benefício previdenciário em questão”, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Celso de Mello e Rosa Weber. Falaram: pelo recorrente, o Dr. Vitor Fernando Gonçalves Cordula, Procurador Federal; e, pela recorrida, o Dr. Fernando Gonçalves Dias. Plenário, Sessão Virtual de 29.5.2020 a 5.6.2020. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Ressalte-se que no voto do Ministro Dias Toffoli no RE 79196/PR mencionou que a vedação do trabalho especial não se dá para qualquer atividade laboral, mas somente àquelas praticadas em ambiente insalubre e prejudicial a integridade física:

Desarrazoado, ilógico e flagrantemente contrário a ideia que guiou a instituição do benefício é, justamente permitir ao labor especial ou a sua continuidade após a obtenção da aposentadoria – prática que contraria em tudo o propósito do benefício e que significa ferir de morte sua razão de ser.

Importante ressaltar, que algumas questões diante dos efeitos dessa decisão ficaram confusas, principalmente no tocante ao momento que seria efetivado o direito ao recebimento da aposentadoria especial seja por meio de decisão administrativa ou



judicial, visto que tem casos que o segurado recebe o benefício por decisão de tutela antecipada, o que foi muito bem esclarecido na Nota técnica emitida pelo Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV):

[...] há de se aclarar a situação das pessoas que já estão trabalhando em uma atividade nociva no aguardo de uma decisão definitiva do Poder Judiciário e que Nota Técnica 005/2020 eventualmente podem ter valores a título de aposentadoria especial cobrados pelo INSS até o efetivo afastamento da atividade em questão ou mesmo em casos em que o segurado aguardava o pronunciamento em repercussão geral do STF e já estava albergado por uma decisão definitiva do judiciário ou da própria administração pública. (INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS, 2020).

Foi definido nesse julgamento a “cessação” do benefício para a aposentadoria que retornasse a trabalhar em atividade especial, vez que causou diversas discussões, se não seria uma nova “desaposentação”, ou seja, o segurado permaneceria trabalhando e após a cessação do benefício, fazia um novo requerimento?

Diante essa controvérsia, vieram outras questões que também geraram dúvidas sobre o julgamento do Tema 709 quanto aos segurados que receberam a aposentadoria especial por decisão judicial a título de tutela antecipada utou ou por decisão judicial definitiva de se teria que devolver os valores ou permanecer no trabalho.

E, em Fevereiro de 2021, houve o julgamento dos embargos de Declaração do Tema 709, resolvendo as questões expostas acima :: “uma vez verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo, cessará o pagamento do benefício previdenciário em questão”, sendo feita modificação na tese final e modulação dos efeitos do julgamento.

Assim, a modulação dos efeitos do acórdão embargado e da tese de repercussão geral, visou preservar os segurados que tiveram o direito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado até a data deste julgamento dos Embargos e a declaração da irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé, por força de decisão judicial ou administrativa, também até a publicação do julgado, conforme descrição abaixo:

Decisão...; (ii) nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros; efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial, a implantação do benefício, uma vez verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo, cessará o pagamento do benefício previdenciário em questão.”; c) modular os efeitos do acórdão embargado e da tese de repercussão geral, de forma a preservar os segurados que tiveram o direito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado até a data deste julgamento; e d) declarar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé, por força de decisão judicial ou administrativa, até a proclamação do resultado deste julgamento, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio, que divergia apenas quanto à modulação. Plenário, Sessão Virtual de 12.2.2021 a 23.2.2021 (STF, 2020).



E como conclusão do julgamento do Tema 709 pelo STF, temos posicionamento do Jurista Carlos Domingos e possível desdobramento como hipótese:

[...] entendo ser plenamente possível a possibilidade de percepção simultânea dos proventos da aposentadoria especial com os da atividade laboral nocente, por um lapso de tempo, por exemplo de 6 meses, necessários para que o segurado inserido nas condições vedadas pelo §8º do artigo 57 do PBPS, busque recolocação no mercado de trabalho (às vezes perante o mesmo empregador no qual se deu a inativação), e se adapte de maneira a continuar laborando, porém em ofício que não traga prejuízo à sua saúde ou integridade física, mediante a aplicação analógica do artigo 47, igualmente do PBPS, que trata do titular de aposentadoria por invalidez que tem constatada a recuperação da capacidade laborativa e consequente cessação do seu benefício". (DOMINGOS, 2020, p. 166).

3.1 Hermenêutica jurídica – tema 709 e os profissionais da saúde

Desde que foi decretado o isolamento social pela Pandemia, vários setores do mercado de trabalho tiveram reflexos desde seu quadro de funcionários ao alto grau de exposição em se tratando de estabelecimento de saúde, onde há o maior índice de contaminação.

O Manual de Aposentadoria Especial do INSS, considera-se estabelecimento de saúde “qualquer local destinado à realização de ações e/ou serviços de saúde, coletiva ou individual, qualquer que seja o seu porte ou nível de complexidade.”

E não é só a questão do alto risco de contaminação, mas a saúde mental desses trabalhadores também está sendo afetados conforme pesquisa realizada pela Fiocruz:

Há mais de um ano atuando na linha de frente contra a Covid-19, os profissionais da área da Saúde estão esgotados! E essa exaustão advém não só da proximidade com o elevado número de casos e mortes de pacientes, colegas de profissão e familiares, como também das alterações significativas que a pandemia vem provocando em seu bem-estar pessoal e vida profissional. De acordo com os resultados da pesquisa Condições de Trabalho dos Profissionais de Saúde no Contexto da Covid-19, realizada pela Fiocruz em todo o território nacional, a pandemia alterou de modo significativo a vida de 95% desses trabalhadores. Os dados revelam, ainda, que quase 50% admitiram excesso de trabalho ao longo desta crise mundial de saúde, com jornadas para além das 40 horas semanais, e um elevado percentual (45%) deles necessita de mais de um emprego para sobreviver (FIOCRUZ, 2021).

Por mais que o profissional da saúde use o equipamento de proteção, o mesmo não exclui totalmente a possibilidade de contaminação:



Difícilmente algum EPI oferecido aos profissionais da saúde será capaz de eliminar totalmente a nocividade do agente biológico, pois como demonstrado acima, o mesmo não penetra o corpo humano apenas pela via respiratória, mas também pelo contato com a pele, inclusive sem qualquer lesão, através da ingestão de alimentos contaminados, e contato direto com a mucosa. (NAGIB, p. 98).

Ocorre, que muitos profissionais aposentados mesmo expostos diretamente ao risco, estão na linha de frente no combate à COVID-19, sendo de extrema importância a permanência desses profissionais, o que levou à decisão do STF na modulação dos efeitos também nesse sentido, de forma que esses profissionais poderão permanecer atuando durante a permanência da pandemia sem ter seu benefício cancelado, sem precisar devolver qualquer quantia já recebida

Importante destacar, que o ministro relator Dias Toffoli acolheu o pedido apresentado pelo Procurador Geral da República com o fim de permitir os profissionais da saúde, descritos no rol do art. 3º da Lei 13.979/20 continuem nos postos de trabalho, mesmo após a aposentadoria especial.

Decido: Previamente à análise dos novos embargos de declaração interpostos nos autos, dada a gravidade da situação aqui descrita e, ainda, em vista da expressa concordância do embargado, acolho o pedido apresentado pelo Procurador-Geral da República e, nos termos do art. 1.026, § 1º, do CPC, suspendo, liminarmente, e em relação aos profissionais de saúde constantes do rol do art. 3º-J, da Lei nº 13.979/2020, e que estejam trabalhando diretamente no combate à epidemia do COVID-19, ou prestando serviços de atendimento a pessoas atingidas pela doença em hospitais ou instituições congêneres, públicos ou privados, os efeitos do acórdão proferido nos autos, que apreciou os anteriores recursos de embargos de declaração aqui opostos. Manifeste-se o embargado sobre o outro recurso de embargos de declaração apresentado (e-doc. nº 305) e, a seguir, abra-se vista à douta PGR, para apresentação de parecer. Publique-se. Brasília, 15 de março de 2021. (STF, 2021).

Ressalte-se que há um projeto de Lei 3016/20, no qual tramita na Câmara dos Deputados de autoria do Deputado Ronaldo Carletto que propõe que os profissionais da saúde tenham direito à benefício de aposentadoria especial se tiver atuados na linha de frente em ações de enfrentamento à covid em ambiente hospitalar.

Há que se analisar o contexto social em um todo para aplicar a legislação de forma protetiva eficiente à sociedade.

uma coisa é fundamentação jurídica formal para acolhimento ou rejeição de determinada tese previdenciária; outra é a dimensão concernente aos efeitos políticos, econômicos ou sociais da decisão judicial. Essa dimensão, orientada à eficiência econômica e à maior utilidade possível do sistema previdenciário compreendida em uma perspectiva de maximização das riquezas da nação – maximização das receitas orçamentárias da



Seguridade Social – nem sempre se manifesta de maneira expressa. (SAVARIS, 2011, p. 163).

4 CONCLUSÃO

A princípio, a decisão do STF, sobre a constitucionalidade do §8º do art. 57 da Lei 8.213/91, vedando a permanência na atividade especial de quem recebe aposentadoria, não avaliou o contexto social e os efeitos graves na sociedade diante a pandemia com foco na preservação da vida.

A aplicação judicial do Direito Previdenciário não pode ser confundida, porém com a mera reprodução do que se encontra no texto legal, sem consideração aos estragos imensos, em termos de consequências humanas que produz, sem levar a sério a eficácia normativa dos princípios e dos valores da justiça equidade (SAVARIS, 2008).

Entretanto, analisando o acolhimento do pedido nos novos embargos de declaração a permanência dos profissionais aposentados em atividade especial em decorrência da importância da prestação de serviços em ambiente hospitalar no combate ao COVID, tem-se a concretização de princípios constitucionais como dignidade humana, igualdade, do não retrocesso, da vedação da proteção social insuficiente. Os constitucionalistas Napoleão Nunes Maia Filho e Maria Fernanda Pinheiro Wirth, dissertam sobre o “garantismo judicial”.

O garantismo judicial, pautado nos princípios constitucionais, em verdade, contribui para a consolidação do Estado Democrático de Direito, enfatizando a centralidade da Constituição Federal no ordenamento jurídico, conferindo seu intérprete a possibilidade de atuar além do texto legal na garantia de concretização de direitos fundamentais, conferindo-lhe um papel mais ativo, um papel verdadeiro protagonista na concretização do Direito (MAIA FILHO, 2019, p.174-175).

Diante de toda pesquisa científica e reflexão, analisando todo contexto histórico da aposentadoria especial e o Tema 709 decidido pelo STF, verifica-se foi validada a hipótese apresentada, visto a possibilidade dos profissionais da saúde, aposentados permanecerem trabalhando diretamente no combate ao Covid-19, prestando serviços de atendimento a pessoas atingidas pela doença em hospitais ou instituições congêneres, públicos ou privadas, concretizando o garantismo judicial com a preservação da dignidade humana.

Recebido em: 25 jul. 2021 Aceito em: 23 set. 2021

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Hélio Gustavo. Guia **Prático Benefícios dos Previdenciários EC 103/19**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**.



Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 79196 Recurso Extraordinário (Eletrônico) DIREITO PREVIDENCIÁRIO. Benefícios em Espécie. Aposentadoria Especial (Art. 57/8). Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4518055&numeroProcesso=791961&classeProcesso=RE&numeroTema=709>. Acesso em: 15 maio 2021.

CARLETTO, Ronaldo. **Projeto de Lei nº 3016/20**. Dispõe sobre a aposentadoria especial do profissional de saúde e de apoio à saúde que tenha trabalhado diretamente nas ações de enfrentamento à pandemia da COVID-19 em ambiente hospitalar. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2254168>. Acesso em: 23 maio 2021.

FERES, Jesus Nagib Beschizza. **Aposentadoria Especial dos profissionais da saúde na prática**: de acordo com a EC/103/2019 e o decreto 10.410. São Paulo: LUJUR, 2020.

INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIO (IEPREV). **Nota Técnica relativa ao Tema 709 do STF**. Disponível em: https://www.ieprev.com.br/conteudo/categoria/4/6635/ieprev_elabora_nota_tecnica_relativa_ao_tema_709_do_stf. Acesso em: 20 mar. 2021.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Manual de Aposentadoria Especial**. Brasília: INSS, 2018.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial**. Dissencando o PPP: de acordo com a EC n 103/19. São Paulo: LUJUR 2020

LAZZARI, João Batista, FERNANDES, Ana Paula, SANTOS, Roberto de Carvalho; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. (coord). **A previdência social pós Reforma**: EC 103/2019. Belo Horizonte: IEPREV, 2020.

LEONEL, Felipe. Pesquisa analisa o impacto da pandemia entre profissionais de saúde. portal.fiocruz.br. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-analisa-o-impacto-da-pandemia-entre-profissionais-de-saude>. Acesso em: 10 maio 2021.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; WIRTH, Maria Fernanda Pinheiro. **Primazia dos direitos humanos na jurisdição previdenciária**: teoria da decisão judicial no garantismo previdenciário. Curitiba: Alteridade, 2019.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial**: regime geral da previdência social. 4. ed. Ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

SAVARIS, José Antonio. **Uma Teoria da Decisão Judicial da Previdência Social**: Contributo para superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito, 2011.



SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social e Direitos Fundamentais**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2020.

VICTÓRIO, José Roberto Sodero. SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. (coord.). **Teses Revisionais e de inconstitucionalidade a partir da reforma previdenciária (EC/2019)**. Curitiba: Juruá, 2020. (Coleção prática previdenciária).



APLICABILIDADE DA DECADÊNCIA AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS, NO ÂMBITO DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL SOB A ÓTICA DA INFLUÊNCIA DOS PRECEDENTES E DA INSEGURANÇA JURÍDICA

Élcio Aurélio de Faria Junior⁹
Ricardo Leonel da Silva¹⁰

Resumo

O presente estudo explanará sobre a aplicabilidade da decadência nos benefícios previdenciários, como meio de fornecer segurança jurídica, em especial nas relações entre o segurado e o INSS, destacando-se a distinção entre decadência e prescrição. Sendo assim, constituem-se objetivos do presente trabalho demonstrar como ocorre a incidência da decadência nos benefícios ligados ao RGPS, bem como evidenciar a forte influência das recentes alterações de entendimento trazidas pelos tribunais superiores, através dos precedentes. O respectivo estudo utilizou uma metodologia qualitativa na escolha das jurisprudências (precedentes), selecionando aquelas que influenciam diretamente na decadência, sem deixar de lado os conceitos e posicionamentos doutrinários sobre o tema, o que resultou em uma visão mais crítica quanto às abruptas alterações jurisprudenciais, contribuindo assim, tanto, na prática, para um embate mais firme quanto à forma de aplicação dos precedentes, quanto para o âmbito acadêmico.

Palavras-chave: Decadência; Prescrição; Benefícios.

LAPSE OF SOCIAL SECURITY BENEFITS UNDER THE GENERAL SOCIAL SECURITY REGIME FROM THE POINT OF VIEW OF THE INFLUENCE OF PRECEDENTS AND LEGAL INSECURITY

Abstract

This study will explain the applicability of lapsing in social security benefits, as a means of providing legal security, especially in the relationship between the insured and the INSS, highlighting the distinction between lapsing and prescription. Thus, the objectives of this work are to demonstrate how the incidence of decay in the benefits linked to the RGPS occurs, as well as to highlight the strong influence of recent changes in understanding brought by higher courts, through the precedents. The respective study used a qualitative methodology of (precedent) jurisprudence, selecting those that directly influence the decay, without leaving aside the concepts and doctrinal positions on the subject. This resulted in a more critical view of the abrupt changes in jurisprudence, thus contributing, in practice, to a firmer struggle as to the form of application of precedents, as well as to the academic sphere.

Keywords: Decadence; Prescription; Benefits.

⁹ Discente no Curso de Pós-Graduação em Direito da Seguridade Social pela da Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS, câmpus de Alfenas.

¹⁰ Docente no Curso de Pós-Graduação em Direito da Seguridade Social da Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS, câmpus de Alfenas.



1 INTRODUÇÃO

A busca por segurança jurídica é, sem dúvida, um dos maiores objetivos do ordenamento jurídico brasileiro; a concretização do direito adquirido, bem como o ato jurídico perfeito, além da coisa julgada (BRASIL, 1988, art. 5º), tipificados constitucionalmente, são pautas constantemente discutidas nos tribunais superiores.

O Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece como ato jurídico perfeito aquele já consumado, segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, e como direito adquirido, aquele termo prefixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem; por fim, chama-se coisa julgada a decisão judicial para a qual já não cabe recurso (BRASIL, 1942, art. 6º).

Além de tais mecanismos e, por conseguinte, para a consumação destes, evidenciam-se os institutos da decadência e da prescrição, que proporcionam segurança às relações jurídicas, ambos ocorrendo quando o indivíduo não exerce certos atos em determinados prazos. Assim, ocorre, na prescrição, a perda da pretensão de reparação e, no caso da decadência, a perda do próprio direito sem si.

É necessária a criação de prazos para a consumação de certos atos, visto que a possibilidade de prazos *ad aeternum* está na contramão do ordenamento jurídico, sendo necessário fornecer estabilidade e segurança jurídica às relações sociais. Ocorre que existem inúmeros embates envolvendo a questão, especialmente, a decadência, com sua não incidência em determinadas situações.

No âmbito previdenciário, há especial relevância na discussão da matéria, visto que envolve o direito fundamental à seguridade social e, conseqüentemente, à Previdência Social (BRASIL, 1988, art. 6º), os quais são necessários para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos da República (BRASIL, 1988, art. 3º), possuindo, portanto, status constitucional.

Como prevê nossa Carta Magna, “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” (Brasil, 1988, art. 194). Sendo assim, a Previdência Social está inserida na seguridade social.

A Previdência Social, na definição do saudoso professor Denílson Victor Machado Teixeira, constitui:

política estatal destinada à satisfação das contingências sociais previsíveis e imprevisíveis, mediante caráter contributivo, materializada pela concessão de benefícios (aposentadorias, auxílios, pensão por morte, salário maternidade etc.) e serviços (sociais e habilitação/reabilitação profissional) – arts. 201 e 202 da CRFB/ 1988. (TEIXEIRA, 2014, p. 43).

Dessa maneira, “a Previdência Social será organizada sob a forma do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial” (BRASIL, 1988, art. 201).

Sendo assim, o presente ensaio se justifica, pois, a Previdência Social, e conseqüentemente a Seguridade Social, são direitos fundamentais e afetam a vida de



milhares de indivíduos que dela dependem. Quando se alteram as regras inerentes aos benefícios estar-se-á afetando diretamente direitos constitucionais, portanto, toda e qualquer alteração que ocorre deve ponderar seus reflexos na vida dos segurados. Desse modo, o debate quanto as formas como a decadência é aplicada no direito previdenciário é extremamente relevante, pois proporciona maior compreensão do alcance dos benefícios previdenciários e suas respectivas revisões, propiciando a segurança jurídica tanto buscada no Estado Democrático de Direito.

Destarte, pretende-se demonstrar como a prescrição e, em especial a decadência, afetam a forma de concessão dos benefícios previdenciários. Cumpre salientar que “sobre a ocorrência de decadência e prescrição no direito previdenciário os entendimentos são diversos, ora é favorável ao beneficiário e ora contrário” (FARINELI, 2020, p. 246).

Diante dessa variação de entendimentos, haverá momentos em que, de fato, a decadência se consumará, no entanto, existem situações específicas em que não haverá a ocorrência da decadência, o que permitirá ao segurado rever o ato administrativo a qualquer tempo.

Ocorre que as modificações de entendimento estão sucessivamente acontecendo, principalmente quanto a sua não incidência e ao termo inicial de sua contagem (*actio nata*). Tais alterações estão decorrendo, em sua maioria, através da aplicação dos precedentes, sendo profundas e afetando, em especial, o direito do segurado à revisão do benefício previdenciário, o que afronta, em muitas das situações, o princípio da segurança jurídica.

Sendo assim, constitui objetivo dessa reflexão demonstrar como ocorre a incidência da decadência no RGPS – Regime Geral de Previdência Social, contextualizando sua natureza e aplicação no direito previdenciário, distinguindo a mesma da prescrição que, apesar de semelhante, não pode ser confundida com a decadência.

Constituem objetivos, também, do estudo evidenciar a forte influência que os precedentes vêm exercendo em nosso ordenamento jurídico. As recentes alterações de entendimentos trazidas pelos tribunais superiores, as quais se pretende demonstrar que são, na maioria das vezes, abruptas e totalmente distintas das anteriores, afetam diretamente os segurados e as ações judiciais em curso, causando, infelizmente, insegurança jurídica.

Para se alcançar os objetivos, o respectivo estudo utilizou como metodologia uma análise qualitativa, minuciosa, dos precedentes, selecionando as jurisprudências que influenciaram diretamente nos termos iniciais de incidências da decadência, bem como os julgados que estabeleceram os casos de não incidência, destacando aqueles que recentemente alteraram os entendimentos da matéria pelos tribunais superiores. Foram utilizados, também, os conceitos e posicionamentos doutrinários sobre o tema, de modo a orientar e fundamentar os argumentos ora defendidos.

O estudo resultou em uma visão mais crítica quanto às abruptas alterações jurisprudenciais contribuindo tanto para a prática, como para o âmbito acadêmico, ao evidenciar a forte influência que os precedentes vêm exercendo no atual cenário processual civil brasileiro, em especial no direito previdenciário, com mudanças de entendimento cada vez mais constantes.



2 DISTINÇÕES ENTRE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO

Além da decadência, existe no direito brasileiro o instituto da prescrição, que busca, assim como ocorre com a decadência, proporcionar segurança às relações jurídicas. Esses institutos, apesar de possuírem definições parecidas, possuem cada qual contextualização própria.

Destacam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que “prescrição é a extinção da pretensão à prestação devida – direito esse que continua existindo na relação jurídica de direito material – em função de um descumprimento (que gerou a ação) [...]. A decadência, como se refere à perda efetiva de um direito, pelo seu não exercício no prazo estipulado.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 224).

Sendo assim, devem-se definir tais institutos conforme a natureza que os originou, sendo que a prescrição está relacionada com o direito subjetivo à reparação de um dano; já decadência, ao direito potestativo de o indivíduo exercer o seu direito sobre outrem.

Cumprir destacar que prescrição e decadência são institutos de direito material, tanto que ocorre resolução de mérito quando o juízo decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência da decadência ou da prescrição, conforme estabelece o Código de Processo Civil (BRASIL 2015, art. 487).

Quanto ao tema, Anderson Schreiber explica:

o critério mais aceito pela doutrina atual é que, valendo-se de aspectos que já eram suscitados nas construções anteriores, procura extremar a prescrição e decadência a partir da natureza das situações jurídicas subjetivas que a originaram. [...] **Há direitos, contudo, que são desprovidos de** pretensão, direitos em que a exigibilidade não chega a surgir. São os direitos potestativos, que exprimem o poder do seu titular de interferir na esfera jurídica alheia por declaração unilateral de vontade. Os direitos potestativos não podem, por isso mesmo, ser violados, porque não dependem para a realização senão da vontade dos seus titulares, e, não podendo ser violados, não dão ensejo ao nascimento de pretensão. (SCHREIBER, 2018, p. 301).

Pode-se concluir que a prescrição é a perda da pretensão de exigência ao cumprimento de uma obrigação; já a decadência é a perda do direito, propriamente dito, ou seja, a extinção da obrigação, pelo decurso do tempo.

Tanto a prescrição quanto a decadência podem convalescer no mesmo prazo ou em prazos distintos. Sendo assim, pode-se concluir que ambos os institutos caminham juntos, mas necessariamente não se constituem, tampouco, se consomem juntos.

No ordenamento jurídico civil, Código Civil, os prazos prescricionais estão regulamentados entre os artigos 189 e 206, e a decadência entre os artigos 207 e 211 (BRASIL, 2002), além é claro, de possuírem previsão em outras normas esparsas.

Em regra, o prazo prescricional é de 10 anos, como prevê o artigo 205 do CC, porém, como estabelece, por exemplo, o artigo 206 do CC, prescreve a pretensão: em um ano do segurado contra o segurador, ou deste contra aquele; em dois anos, para haver prestações alimentares, a partir da data em que se venceram; em três anos, relativa a



aluguéis, a ressarcimento de enriquecimento sem causa, e à reparação civil; em quatro anos, relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas; e em cinco anos, a cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular (BRASIL, 2002, art. 205; art. 206).

Como apontam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a prescrição tem por objeto direitos subjetivos patrimoniais e disponíveis (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 220).

Quando ao instituto da decadência, pode-se destacar, a título de exemplo, alguns prazos: 2 a 5 anos para ajuizamento de ação rescisória (Brasil, 2015, art. 975); 30 a 90 dias, para reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, nos casos envolvendo as relações consumeristas (BRASIL, 1990, art. 26); prazo de 120 dias, para a impetração de Mandado de Segurança (BRASIL, 2009, art. 23). Todos os prazos decadenciais, referentes a direitos potestativos, nos quais o indivíduo pode ou não sujeitar a outra parte ao seu direito alegado.

No âmbito trabalhista, há dois prazos prescricionais: um é bienal, e outro quinquenal. Quanto à matéria, é importante destacar a definição do professor André Luiz Paes de Almeida:

Com relação à prescrição após a cessação do contrato de trabalho, deve-se aplicá-la da seguinte forma: após a rescisão do contrato de trabalho, qualquer que tenha sido a causa, o empregado terá até dois anos para promover a reclamação trabalhista. É a chamada prescrição bienal. Já no que concerne à outra prescrição prevista, nada importa data da rescisão contratual. Assim, da data da propositura da reclamação trabalhista retroagem-se os últimos cinco anos para os eventuais créditos. É a prescrição quinquenal. (ALMEIDA, 2016, p. 312).

Já quanto à decadência, pode-se citar a instauração de inquérito para a apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, contada da data da suspensão do emprego, conforme prevê a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943, art. 853), como um dos casos de decadência no Direito do Trabalho.

Para deixar mais claro, a Súmula 403 do STF estabelece: é de decadência o prazo de trinta dias para instauração do inquérito judicial, a contar da suspensão, por falta grave, de empregado estável. (BRASIL, 1964, STF, SÚMULA Nº 403)

No direito previdenciário, consegue-se visualizar perfeitamente o prazo decadencial e prescricional, ambos tipificados no artigo 103 da Lei. 8.213/91, este que dispõe:

Art. 103. O prazo de decadência do direito ou da ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão, indeferimento, cancelamento ou cessação de benefício e do ato de deferimento, indeferimento ou não concessão de revisão de benefício é de 10 (dez) anos, contado:
I - do dia primeiro do mês subsequente ao do recebimento da primeira prestação ou da data em que a prestação deveria ter sido paga com o valor revisto; ou
II - do dia em que o segurado tomar conhecimento da decisão de in-



deferimento, cancelamento ou cessação do seu pedido de benefício ou da decisão de deferimento ou indeferimento de revisão de benefício, no âmbito administrativo.

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. (BRASIL, 1991, art. 103).

Pegue-se o seguinte exemplo. Um segurado que teve seu requerimento administrativo negado indevidamente no ano de 2013 e somente ajuizou a ação para revisão de tal ato no ano de 2020. Sendo assim, o indivíduo possui direito à revisão, visto que não se passaram mais de 10 anos da data do indeferimento, sendo este prazo decadencial, porém somente terá êxito na recuperação das parcelas dos últimos 5 anos, sendo esse o prazo prescricional. Fica reservado ao segurado o fundo do direito, porém se prescrevem as parcelas.

O fundo de direito é o direito à revisão do benefício em si. Não ocorreu, portanto, no exemplo acima, a decadência. Nesse sentido, é importante destacar o disposto na Súmula 85 do STJ: nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação (BRASIL, 1993, STF, SÚMULA Nº 85).

Dessa forma, no direito previdenciário, assim como nas demais áreas do direito, a decadência é expressamente prevista. No caso, 10 anos para a revisão do ato de concessão, indeferimento, de cancelamento ou de cessão do benefício. Limita-se, portanto, o intérprete e o judiciário a trabalhar sobre os casos de sua não incidência.

No entanto, cumpre destacar que parte do artigo 103 da Lei 8.213/91, respectivamente no que tange ao indeferimento, cancelamento ou cessão de benefício, foi recentemente declarado inconstitucional pelo STF através da ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade - 6.096, que entendeu que tais disposições afetam o fundo de direito, infringindo o direito fundamental do segurado à previdência social, questão que será mais bem abordada adiante (BRASIL, STF, 2020).

3 TERMO INICIAL, SUSPENSÃO, INTERRUPTÃO E RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO

Aprofundando na matéria prescricional, conforme já destacado, o termo inicial da prescrição no direito previdenciário se inicia na data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer prestação, restituição ou diferença pela Previdência Social, conforme estabelece a lei sobre planos de benefícios da Previdência Social (Brasil, 1991, art. 103).

Em complementação, destaca-se a Súmula 427 do STJ, que dispõe: a ação de cobrança de diferenças de valores de complementação de aposentadoria prescreve em cinco anos contados da data do pagamento (BRASIL, STF, 2010, SÚMULA Nº 427). Aplica-se o mesmo prazo prescricional, inclusive, nos planos de previdência complementar, conforme estabelece a Súmula 291, também do STJ. (BRASIL, STF, 2004, SÚMULA 291).



Nasce nesse momento, desde que o direito tenha sido violado, portanto, a pretensão do indivíduo de exigir de outrem a prestação da obrigação devida, esta que deverá ser manifestada no prazo de 5 anos (BRASIL, 2002, art. 189).

Nas relações de trato sucessivo, como é o caso dos benefícios previdenciários, conforme ocorre o transcurso do tempo, a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completarem o prazo de 5 anos, segundo preleciona o artigo 3º do Decreto 20.910/32 (BRASIL, 1932, art. 3º).

Quanto ao tema, é importante destacar o posicionamento do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no REsp. nº 1.420.744:

De fato, os benefícios previdenciários envolvem relações de trato sucessivo e atendem necessidades de caráter alimentar. As prestações previdenciárias têm características de direitos indisponíveis, daí porque o benefício previdenciário em si não prescreve, somente as prestações não reclamadas no lapso de cinco anos é que prescreverão, uma a uma, em razão da inércia do beneficiário (STJ, 2017, p. 7-8).

Compreendido o termo inicial da prescrição, bem como a forma de sua contagem, é de extrema importância destacar os casos em que ocorre sua suspensão e interrupção, lembrando sempre que ela não corre contra os menores, os incapazes e os ausentes.

Quanto ao tema, far-se-á necessário esclarecer a diferença entre interrupção e suspensão. Na interrupção, após o ato que a ensejou, o prazo volta a correr do início, mesmo que não seja integralmente; já na suspensão, o prazo continua a correr de onde parou.

A prescrição somente pode ser interrompida uma única vez, conforme prevê o Código Civil, podendo ser feita por qualquer interessado. Interrompida a prescrição, esta corre novamente do ato que a interrompeu, ou do último ato, ou termo do processo para interromper (BRASIL, 2002, art. 202-203).

Em se tratando de benefícios previdenciários devidos pelo INSS, constituem-se respectivamente débitos da Fazenda Pública. Sendo assim, a prescrição interrompida começa a correr, pela metade do prazo, que no caso é de dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, conforme Decreto 20.910/32 (BRASIL, 1932, art. 9º) e Súmula 383 do STF, esta que dispõe: a prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo (BRASIL, STF, SÚMULA Nº 383).

Para materializar a questão, destaca-se Memorando Circular Conjunto nº 21/DIRBEN/PFEINSS de 15/04/2010, onde o INSS reconheceu o direito do segurado à revisão do salário de benefício, conforme a regra estabelecida no artigo 29, II da Lei nº 8.213/91. No respectivo caso, visto o reconhecimento do direito por parte da autarquia federal, entendeu a TNU pela volta integral dos prazos a partir da publicação do Memorando.

O feito culminou inclusive no Tema 135 da TNU:



A revisão do benefício de aposentadoria por invalidez decorrente da conversão do auxílio-doença, nos termos do art. 29, II, da Lei n. 8.213/91, sujeita-se ao prazo decadencial previsto no art. 103 da mesma Lei, cujo marco inicial é a data da concessão do benefício originário. O prazo decadencial para revisão pelo art. 29, II, da Lei n. 8.213/91 se inicia a contar de 15/04/2010, em razão do reconhecimento administrativo do direito, perpetrada pelo Memorando-Circular Conjunto 21/DIRBENS/PFEINSS. Em razão do Memorando-Circular Conjunto 21/DIRBENS/PFEINSS, de 15-4-2010, que reconhece o direito do segurado à revisão pelo art. 29, II, da Lei n. 8.213/91, os prazos prescricionais em curso voltaram a correr integralmente a partir de sua publicação (TNU, 2016).

No caso acima, o tribunal entendeu que ocorreu, também, por parte da administração pública (INSS), a renúncia tácita aos prazos prescricionais em curso que voltaram a correr integralmente a partir de sua publicação e, não, pela metade.

Quanto à renúncia, utiliza-se por base o disposto no artigo 191 do Código Civil: a renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição (BRASIL, 2002).

É difícil vislumbrar um caso em que o segurado renuncie à prescrição, pois tal fato a ele prejudicaria, já pedidos de interrupção e de suspensão são mais comuns de acontecerem.

Nessa oportunidade, é extremamente importante salientar que, em nenhuma hipótese, aplica-se a decadência das normas que impendem, suspendem e interrompem a prescrição (BRASIL, 2002, art. 207), significativa distinção entre os institutos.

4 DECADÊNCIA DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

O direito à Previdência Social, conforme já exposto, é um direito fundamental garantido constitucionalmente. Dessa maneira, cumpre destacar que não existe prazo decadencial para o ato de concessão do benefício previdenciário, vez que, preenchidos os requisitos para sua concessão, faz jus o segurado à implementação, mesmo que não faça o pedido no momento exato em que se completaram os requisitos.

Tal questão já foi inclusive tema de debate no Recurso Especial 626.489/SE, que culminou no Tema 313 do STF: inexistente prazo decadencial para a concessão do benefício previdenciário.

No entanto, com isso, a autarquia previdenciária somente será obrigada a conceder os benefícios quando o segurado realizar o pedido administrativo. Surge nessa seara o que se chama DER (Data de Entrada do Requerimento), instituto de grande relevância no Direito Previdenciário, cabendo um estudo próprio para tal tema.

Portanto, preenchidos os requisitos para a concessão do benefício previdenciário, mesmo que o segurado não realize o requerimento inicial, seu direito estará assegurado não se sujeitando à decadência, estando aqui diante do instituto do direito adquirido. Havendo inclusive alteração legislativa que é o caso, por exemplo, da Reforma Previdenciária Emenda Constitucional 103/2019, por meio da qual se manterá o direito



conforme as regras pretéritas (BRASIL, 2019, art. 24).

Assim, desde que as modificações preservem o direito fundamental à aposentadoria digna para as presentes e futuras gerações assim como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, principais manifestações de segurança jurídica, garantido, portanto, a estabilidade das relações e o atendimento às expectativas dos administrados, eventuais modificações nas regras de custeio e concessão de benefícios poderão ser consideradas válidas. (DINIZ, 2017, p. 109).

Em complementação, evidencia-se a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) número 3.104/DF, destacada por Matheus de Brito Nunes Diniz:

Na referida ação, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público questionou a constitucionalidade das novas regras de aposentadoria então escritas na EC 41/2003. Considerando que se tratava de regramento mais restritivo, a requerente pleiteou a inserção de todos os servidores públicos empossados até 16.12.1998 dentro da regra de transição do regime de aposentadoria estatutária prevista pela EC 20/1998. Por maioria de votos, o STF entendeu, contudo, que as regras de determinado regime jurídico, em matéria previdenciária, somente se aplicam àqueles que reúnem todos os requisitos para passar à inatividade, não havendo direito adquirido, em sede de regime jurídico, aos servidores que, embora empossados na vigência de certo regramento, não tenham reunidos as condições suficientes à jubilação (DINIZ, 2017, p. 116).

Portanto, somente tem direito adquirido o segurado que implementou as condições necessárias para a concessão, conforme a legislação vigente à época, respeitando-se, assim, o princípio do *tempus regit actum*.

Com isso, é importante novamente destacar a decisão do STF, em que a Colenda Turma julgou o Recurso Extraordinário 626.489, no qual o INSS recorreu do acórdão prolatado pela Turma Recursal dos Juizados Especial Federais da Seção Judiciária do Estado de Sergipe. A decisão aborda dois temas centrais para o presente estudo, quais sejam, a inexistência de prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário e o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para as revisões dos benefícios.

No respectivo acórdão, a autarquia federal questiona a incidência da decadência no direito ao benefício previdenciário que foi concedido em 1995 e, solicitada a revisão judicial, apenas em 2009. O STF, por unanimidade, deu provimento ao Recurso Extraordinário do INSS para que, no caso, fosse aplicada a decadência.

O julgado estabeleceu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. 1. O direito à Previdência



Social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário. 2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário. 3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido (BRASIL, 2013).

Diante do status constitucional da seguridade social, em especial, da Previdência Social, realmente estabelecer prazo decadencial para o ato de concessão do benefício previdenciário é medida que está na contramão dos princípios constitucionais, notadamente contra os direitos sociais, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

Nesse âmbito, é importante salientar o disposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso, relator do julgado ao destacar o caráter constitucional da Previdência Social:

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) constitui um sistema básico de proteção social, de caráter público, institucional e contributivo, que tem por finalidade segurar de forma limitada trabalhadores da iniciativa privada. A Previdência Social, em sua conformação básica, é um direito fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na cidadania e nos valores sociais do trabalho (CF/88, art. 1º, II, III e IV), bem como nos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, avançar na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 3º, I e III) (STF, BARROSO *apud* TAVARES, 2013, p. 12).

Adentrado no ato de revisão dos benefícios previdenciários, a respectiva incidência de prazo decadencial somente foi implantada por meio da Medida Provisória 1.523/96, posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, a qual alterou o artigo 103 da Lei 8.213/1991, estabelecendo o prazo decadencial de 10 anos (BRASIL, 1991, art. 103).

Anterior à implementação da referida norma, não havia prazo decadencial para a revisão dos atos administrativos apenas a incidência de prazo prescricional que, no caso, é de 5 anos. O STJ possuía entendimento no sentido de que não havia prazo decadencial para os benefícios concedidos antes da respectiva norma que os instituiu.

Ocorreu, portanto, uma “adequação de um precedente a uma nova realidade jurídica, a qual pode ter sido modificada pela superveniência de uma regra ou um princípio legal” (NEVES, 2016, p. 1.820), o que comumente a doutrina denomina *overriding*.

A implementação de prazo decadência de 10 anos para revisão, conforme estabelece o Ministro Luís Roberto Barroso, atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:



a instituição de um prazo decadencial de dez anos para a revisão dos benefícios já concedidos é compatível com a Constituição Federal. Trata-se de uma conciliação razoável entre os interesses individuais envolvidos e os princípios da segurança jurídica e da solidariedade social, dos quais decorre a necessidade de se preservar o equilíbrio atuarial do sistema em benefício do conjunto de segurados atuais e futuros. (STF, BARROSO, 2013, p. 15)

Portanto, o período de 10 anos constitui prazo razoável para o segurado pleitear a revisão do respectivo benefício previdenciário.

Por fim, conforme a doutrina e a jurisprudência ora destacadas, conclui-se que não há direito adquirido quanto há não incidência da decadência, para aqueles benefícios concedidos antes da lei que instituiu o prazo decadencial, bem como para o ato inicial de concessão do benefício, desde que preenchidos os requisitos legais.

5 NÃO INCIDÊNCIA DA DECADÊNCIA

O primeiro caso de não incidência da decadência é aquele tipificado no parágrafo único do artigo 103 da Lei 8.213/91, que estabelece que não corre a decadência nem a prescrição para os menores, incapazes e ausentes (Brasil, 1991).

Destaca-se, “que os direitos quanto aos menores, sobre a não incidência da prescrição e da decadência se encontram garantidos, bem como devemos mencionar que valerá as regras previstas no Código Civil, quanto a sua suspensão” (FARINELLI, 2020, p. 248).

Sendo assim, quanto à decadência, reger-se-ão, portanto, pelo ordenamento civil, as causas de sua não incidência, no que diz respeito aos menores. Estabelece o Código Civil, que não corre prescrição e decadência para os absolutamente incapazes (Brasil, 2002, art. 3º, art.198 e 208).

Nesse âmbito, destaca-se a posição do TRF-4 sobre a não incidência de prescrição e decadência no caso dos absolutamente incapazes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. INCAPAZ. CARÊNCIA DE AÇÃO. MELHOR BENEFÍCIO. O absolutamente incapaz não pode ser prejudicado pela inércia de seu representante legal, até porque contra ele não corre prescrição, nem decadência, a teor do art. 198, inciso I, e 208 do Código Civil, e de acordo com o disposto no artigo 103, caput e parágrafo único, ambos da Lei nº 8.213/1991. O Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento de que não há prazo decadencial para a formulação do requerimento inicial de concessão de benefício previdenciário, que corresponde ao exercício de um direito fundamental relacionado à mínima segurança social do indivíduo. O ato do INSS de cessar a benesse do segurado é o que basta para a manifestação de pretensão resistida, apta, assim, a autorizar o manejo de demanda judicial. O fato de não ter sido manejado novo requerimento para concessão de benefício de prestação continuada não manifesta a carência de interesse



de agir, porquanto, uma vez realizado o pedido administrativo, é dever do INSS conceder ao segurado a prestação mais vantajosa, qualquer que seja, ainda que distinta daquela postulada na via administrativa. (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Em contrapartida, ocorre prescrição contra os relativamente incapazes, conforme prevê Código Civil (BRASIL, 2002, art. 195 e 207). Dessa maneira, é importante também transcrever outra decisão do TRF-4, sobre os relativamente incapazes e a incidência da prescrição e decadência nesses casos:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. 16 ANOS. RATEIO ENTRE DEPENDENTES DE CLASSES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. CONJECTÁRIOS LEGAIS. DIFERIMENTO. 1. Os requisitos para a obtenção do benefício de pensão por morte estão elencados na legislação previdenciária vigente à data do óbito, cabendo a parte interessada preenchê-los. No caso, a parte deve comprovar: (a) ocorrência do evento morte; (b) a qualidade de segurado do de cujus e (c) a condição de dependente de quem objetiva a pensão. 2. Não flui o prazo decenal para a caducidade, tampouco o lapso quinquenal prescricional em relação a menor absolutamente incapaz. Todavia, ao completar 16 anos, os relativamente incapazes passam a sofrer os efeitos da prescrição e da decadência, passando a fluir tanto o lapso decadencial quanto o lapso quinquenal. Inteligência dos artigos 198 do Código Civil, 79 e 103 da Lei nº 8.213/91. 3. Descabe o rateio previsto no art. 77 da Lei nº 8.213/91 em relação a dependentes de classes diversas. 4. A definição dos índices de correção monetária e juros de mora deve ser diferida para a fase de cumprimento do julgado. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Além de não correr prazo decadencial contra os absolutamente incapazes, anteriormente, se no ato de concessão do benefício previdenciário, a administração pública deixasse de apreciar determinada questão, desde que esta tenha sido levada ao seu conhecimento, também, não havia que se falar na aplicação da decadência.

Ocorre que recentemente o STJ julgou o Recurso Especial nº 1.644.191/RS, onde em sede de Recursos Repetitivos estabeleceu tese instituindo o Tema 975, alterando o posicionamento até então vigente quanto a não incidência da decadência nos casos de omissão da administração quanto à questão a ela levada, passando a incidir o respectivo prazo independente da análise no ponto controvertido pela administração pública. (BRASIL, 2019).

Para uma melhor compreensão destaca-se a tese, que ficou firmada nos seguintes termos: Tema 975 do STJ - Aplica-se o prazo decadencial de dez anos estabelecido no art. 103, caput, da Lei 8.213/91 às hipóteses em que a questão controvertida não foi apreciada no ato administrativo de análise de concessão de benefício previdenciário. (BRASIL, STF, 2020, TEMA 975).

Considere-se o seguinte exemplo, um segurado que teve seu benefício concedido no ano de 2008 e solicitou a revisão judicial apenas em 2020, sendo que, na concessão,



fora deferida uma aposentadoria por tempo de contribuição, no caso 35 anos, porém, fazia jus à aposentadoria especial, de 25 anos de contribuição, visto que estava exposto a agentes nocivos, o que lhe concederia um benefício mais vantajoso por exclusão do fator previdenciário. No ato de concessão, entretanto, a autarquia federal deixou de analisar o PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário), o qual comprovava tal atividade especial. No presente exemplo antes do RE 1.644.191/RS, o segurado não sofria o ônus da decadência, podendo rever o seu benefício para a forma mais vantajosa, porém agora, como o segurado não exerceu seu direito no tempo permitido (10 anos), terá seu direito precluído pelo decurso do tempo.

Conforme exposto no voto do Relator do RE 1.644.191/RS, Ministro Herman Benjamin, a decadência incide sobre direitos potestativos, por isso deve ocorrer independente se administração pública manifestou ou não sobre determinado ponto, cabendo ao segurado exercer seu direito de revisão no tempo cabível.

Já a decadência incide sobre os direitos exercidos independentemente da manifestação de vontade do sujeito passivo do direito, os quais são conhecidos na doutrina como potestativos. Assim, para o exercício do direito potestativo e a consequente incidência da decadência, desnecessário haver afronta a esse direito ou expressa manifestação do sujeito passivo para configurar resistência, pois o titular pode exercer o direito independentemente da manifestação de vontade de terceiros. (STJ, BENJAMIN, 2020, p. 12)

Portanto, não se faz necessária resistência à pretensão, ou seja, a negativa expressa da administração pública, para dar-se início ao prazo decadencial, diferente, por exemplo, do que ocorre na prescrição.

Ainda quanto aos casos de não incidência da decadência, o recente julgado do da TNU (Turma Nacional de Uniformização) no PUIL (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei) nº 0510396-02.2018.4.05.8300 (BRASIL, 2021), vinculado ao Tema 265, estabeleceu o seguinte entendimento quanto aos casos de indeferimento, cessação ou cancelamento de benefício previdenciário: a impugnação de ato de indeferimento, cessação ou cancelamento de benefício previdenciário não se submete a qualquer prazo extintivo, seja em relação à revisão desses atos, seja em relação ao fundo de direito. (BRASIL, STF, 2021, TEMA Nº 265)

A TNU aplicou entendimento similar ao aplicado no Recurso Especial 626.489/SE (Tema 313 do STF – inexistência de prazo decadencial para o ato concessão do benefício previdenciário), porém mais especificamente quanto ao Tema 265, o tribunal entendeu que o estabelecimento de qualquer prazo de decadência que atinja o fundo do direito ao benefício previdenciário é totalmente incompatível com o ordenamento constitucional.

Nesse âmbito, essencial o destaque da ADI 6.096 do STF, utilizada inclusive como base para a fundamentação do Tema 265 da TNU (BRASIL, STF, 2021, TEMA Nº 265):

O núcleo essencial do direito fundamental à previdência social é imprescritível, irrenunciável e indisponível, motivo pelo qual não deve ser afetada pelos efeitos do tempo e da inércia de seu titular a pretensão relativa



ao direito ao recebimento de benefício previdenciário. No caso dos autos, ao contrário, admitir a incidência do instituto para o caso de indeferimento, cancelamento ou cessação importa ofensa à Constituição da República e ao que assentou esta Corte em momento anterior, porquanto, não preservado o fundo de direito na hipótese em que negado o benefício, caso inviabilizada pelo decurso do tempo a rediscussão da negativa, é comprometido o exercício do direito material à sua obtenção (STF, BARROSO, 2020, p. 18-19).

Cumprе salientar que o Tema 265 da TNU, ainda é objeto de análise pelo STJ, conforme se verifica por meio da PUIL nº 2167/ PE (2021/0161665-6), cabendo ao Superior Tribunal posicionar-se sobre a questão. (STJ, 2021).

No entanto, com a fixação dos Temas 975 do STJ e 265 da TNU têm por alterada Súmula 81, também, da TNU a qual então estabelecia que “não incide o prazo decadencial previsto no art. 103, caput, da Lei n. 8.213/91, nos casos de indeferimento e cessação de benefícios, bem como em relação às questões não apreciadas pela Administração no ato da concessão”. (STJ, 2021, TEMA Nº 81).

Diante da superação do entendimento então vigente, presenciamos a ocorrência do *overruling*, que, conforme preleciona o professor Ravi de Medeiros Peixoto, constitui uma técnica de superação de precedentes.

A técnica da Superação, conhecida como *Overruling* no direito norte-americano, é considerado um dos institutos mais importantes no sistema de precedentes vinculantes (*stare decisis*). E permite, dessa maneira, a evolução do sistema ao trazer a possibilidade de superação de um precedente. Retira-lhe, então, os efeitos vinculativos e substitui-os por outro sobre o mesmo objeto em julgamento. (PEIXOTO, 2016, p. 170).

Visto que se adentrou o tema dos precedentes, far-se-á necessário esclarecer a distinção entre *overriding* e *overruling*. Enquanto o primeiro caracteriza uma substituição do precedente, o segundo é uma superação do precedente.

Portanto, nota-se como as constantes alterações dos precedentes influenciam os prazos decadenciais, interferindo diretamente nos benefícios previdenciários e consequentemente afetando milhares de segurados. As alterações abruptas prejudicam ações que estão em curso, visto que essas foram ajuizadas antes da mudança de posicionamento dos tribunais, sendo assim, estavam considerando o entendimento que até então era vigente, e são infelizmente afetadas por um novo posicionamento das cortes superiores fulminando o bem da vida pleiteado nessas ações.

6 PRINCÍPIO DO *ACTIO NATA* E SUA INCIDÊNCIA NA PENSÃO POR MORTE

Conforme já exposto, o início do prazo decadencial e prescricional possui seus termos *a quo*, que podem ser chamados *actio nata*.

O *actio nata* é o marco inicial da contagem dos prazos que, conforme as peculiaridades de cada caso, possui seus termos iniciais, conforme os exemplos já



citados no presente estudo.

Nesse contexto, destaca-se o Enunciado n° 14 do Conselho da Justiça Federal: 1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.¹¹

Dessa maneira, o *actio nata* constitui o nascimento do direito para requerer a reparação do dano ou exigir de outrem que se sujeite ao seu direito, ou seja, nos termos iniciais da prescrição e da decadência. Tanto que são nessa nuance (do *actio nata*) as constantes alterações e discussões jurisprudenciais ora destacadas.

Em estrita relação com este trabalho, possui grande relevância o cancelamento do Tema 125 da TNU, a qual dispunha:

Tema 125 da TNU: (i) o marco inicial para a contagem do prazo decadencial do benefício de pensão por morte transcorre independentemente do benefício do segurado instituidor. Portanto, a partir da data do início (DIB) do benefício [derivado]; e (ii) em alinhamento com a jurisprudência do STJ acima destacada, caso o direito de revisão específico do pensionista não seja alcançado pela decadência, o beneficiário não poderá receber eventual diferença oriunda do recálculo do benefício do instituidor [originário], em relação ao qual houve o transcurso do prazo decadencial, mas fará jus ao reflexo financeiro correspondente na pensão concedida.

A pensão por morte constitui benefício previdenciário devido aos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, nos termos da lei dos planos de benefício da Previdência Social (BRASIL, 1991, art. 74); portanto é um benefício derivado, ou seja, é oriundo de outro e possui como marco inicial o óbito.

Sendo assim, somente nasce, para o agora titular do direito, a possibilidade de revisão do benefício após o óbito, visto que antes da morte não era ele o detentor do direito e, sim, o então falecido que, por qualquer motivo, não exerceu tal direito.

Esse era o entendimento da TNU através do Tema 125 e do STJ, que dispunha:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. REVISÃO DA RENDAMENSAL INICIAL DO BENEFÍCIO ORIGINÁRIO COM REPERCUSSÃO BENEFÍCIO DERIVADO. DECADÊNCIA. ART. 103 CAPUT DA LEI N.8.213/1991. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. RECURSOS ESPECIAIS 1.309.529/PR E 1.326.114/SC. TERMO INICIAL. DATA DA CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência que vem se firmando no STJ em torno da pretensão à revisão do ato de concessão da pensão por morte é no sentido de que o termo inicial do prazo decadencial previsto no artigo 103 caput da Lei 8.213/1991, corresponde à data de concessão desse benefício previdenciário derivado.

¹¹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n° 14**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/660>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.



Observância do princípio da actio nata. (REsp 1.529.562/CE, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 11/9/2015) 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, STF, 2015)

Portanto, até então era permitido ao segurado pleitear a revisão da pensão por morte, possuindo como marco inicial o próprio ato de concessão da pensão e, não, do benefício originário.

Ocorre que, com o Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 1.670 – DF (2020/0052340-2), foi cancelado o Tema 125 da TNU (BRASIL, STF, 2015). Sendo assim, não mais é considerada a pensão por morte o termo inicial para revisão do benefício, mas, sim, o ato de concessão do benefício primitivo. Em sua decisão, o STJ utilizou como paradigma o Resp nº 1.605.554/PR. (BRASIL, STF, 2019).

Com a respectiva decisão, o tribunal dispôs sobre o tema, da seguinte maneira: o prazo decadencial do direito a revisão da renda mensal inicial do benefício derivado, no caso a pensão por morte, é contado do ato de concessão do benefício originário. (BRASIL, STF, 2020).

Está-se diante do *overriding*, ou seja, uma substituição de precedentes. Ocorre que essa modificação de jurisprudência afetou diretamente as ações judiciais em curso, inclusive muitas com sentenças prolatadas, estas sendo reformadas pelas turmas recursais devido ao cancelamento do Tema 125, afrontando o princípio constitucional da segurança jurídica e causa, conseqüentemente, grande prejuízo aos segurados.

Conforme já dissertado neste trabalho, os fundamentos da segurança jurídica encontram respaldo no artigo 5º, XXXVI da CF/88 e no artigo 6º da Lei 4.657/42 (LINDB), os quais preveem a proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

As ações judiciais em trâmite, as quais estão questionando o termo de início para pleitear a revisão do benefício previdenciário de pensão por morte, possuíam como norte o entendimento comungado pelo Tema 125 da TNU, qual seja que o prazo inicial para o direito à revisão é o ato de concessão do benefício derivado e, não, do original.

Sendo assim, a incidência automática desse novo entendimento está em contraponto ao princípio da segurança jurídica, visto que os autores das ações em trâmite possuíam propensão de terem suas demandas julgadas procedentes, pois até então esse era o entendimento dominante nos tribunais.

Melhor sorte teria a nova tese se fosse aplicado o disposto no artigo 23 da Lei 4.657/42 (LINDB), o qual estabelece:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (BRASIL, 1942, art. 23).

Destarte, a aplicação automática de um novo entendimento frustra os indivíduos que possuem ações em trâmite. A melhor aplicação para a nova posição dos tribunais



seria a criação de uma regra de transição nos termos do artigo 23 ora citado, ou mais eficiente, ainda, uma modulação dos efeitos da sentença, conforme ocorre uma discussão referente ao prazo prescricional para pleitear o recolhimento de FGTS em 2014 no Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212. (BRASIL, STF, 2014).

No caso em apreço, o STF entendeu que o prazo prescricional para reclamar o não recolhimento do FGTS era de 5 anos e, não, de 30 anos, como anteriormente era aplicado, porém, na decisão, se manteve o prazo trintenário das ações que estavam em curso.

Essa situação merece destaque, visto que preservou as ações em trâmite bem como não causou insegurança jurídica, muito pelo contrário, forneceu credibilidade à decisão.

Portanto, a questão em debate não é a modificação da jurisprudência, pois se entende que a evolução dos julgados deve ocorrer, conseqüentemente, acompanhando as transformações sociais. Ocorre que, na aplicação do novo entendimento do prazo decadencial, as ações em trâmite causam verdadeira insegurança jurídica.

Diante de tal fato, estar-se-ia presenciando um caso de inconstitucionalidade? Entende-se que se deva deixar tal embate para estudos futuros.

7 CONCLUSÃO

A decadência proporciona segurança jurídica nas relações sociais, seja entre particulares ou entre estes e os atos dos entes públicos, não pairando, dessa maneira, riscos de questionamentos *ad aeternum* de atos pretéritos, o que fornece, portanto, estabilidade.

Além da decadência, para também fornecer estabilidade e segurança às relações jurídicas e sociais, a prescrição se mostra instituto que caminha em conjunto com a decadência, porém apresenta distinções, conforme as já expostas, o que permite que tais mecanismos não se confundam, por mais parecidos que possam ser.

A diferença mais relevante entre tais institutos, sem dúvida, são os casos de suspensão e de interrupção que ocorrem na prescrição, em determinados momentos, porém não ocorrem na decadência.

Evidencia-se, nesse âmbito, a velha máxima *dormientibus non succurrit ius* (o direito não socorre os que dormem), o indivíduo deve manifestar-se quanto ao seu direito, em tempo razoável, especificamente no direito previdenciário, quanto à revisão dos atos administrativos que decaem em 10 anos, prazo que, de fato, se mostra razoável.

Data venia, a aplicação da decadência não pode ser absoluta, pois existem certas situações em que, evidentemente, não devem ocorrer a sua incidência, visto que existem valores que devem ser respeitados para que não se tenha a sobreposição de normas. A exemplo disso, tem-se a não incidência da decadência para os absolutamente incapazes, o que não ocorre para os relativamente incapazes.

O ato inicial de concessão do benefício previdenciário também não se sujeitará à decadência. Nesse sentido, entender de maneira diversa é claro ato de instabilidade jurídica, o que significa que, a qualquer tempo, a administração pública poderia editar normas que alterassem situações pretéritas, que já foram concretizadas no passado conforme as normas daquele tempo. Assim, se estaria em oposição ao princípio *dotempus*



regit actum, o que afetaria o direito adquirido, aquele já convalidado.

No entanto, alterara forma do direito que ainda não está constituído, ou seja, modificar o direito do segurado que ainda não preencheu os pressupostos para implementação de um benefício não fere o Estado Democrático e a dignidade da pessoa humana. Porém, caso tais alterações não respeitem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como não estabeleçam condições dignas para as presentes e futuras gerações, atingindo, assim, o fundo de direito, há clara evidência de retrocesso social, o que aconteceu, por exemplo, em alguns pontos da Reforma da Previdência de 2019, Emenda Constitucional 103.

Além da não incidência da decadência aos absolutamente incapazes ao ato inicial de concessão dos benefícios previdenciários, tínhamos, também, até a fixação do Tema 975 do STJ a não aplicabilidade àqueles atos nos quais a administração pública deixou de apreciar determinada questão a ela levada. Quanto a tal ponto, poderíamos concluir que o ato jurídico não havia sido perfeito, pois, a autarquia deixou de manifestar sobre determinada questão, em que era muitas vezes essencial a concessão do benefício, o que até então estava pacificado nos tribunais brasileiros, porém foi alterada com o recente julgamento do STJ.

No mesmo caminho, existe novo embate nos tribunais que versa agora sobre a incidência da decadência nos atos de indeferimento, cessação ou cancelamento de benefícios previdenciários, conforme estabelece o Tema 265 da TNU, que atualmente é objeto de análise pelo STJ. Tal situação coloca em evidência o novo sistema de precedentes instituído formalmente como o novo Código de Processo Civil de 2015. Nesse cenário, estar-se-ia diante do *overriding*, uma nova interpretação da aplicação da decadência. O referido caso evidencia a implementação do sistema jurídico do *common law*, em detrimento do *civil law*.

No presente momento, entende-se que as constantes alterações estão afetando fortemente os segurados, em especial aqueles que possuem ações judiciais em curso, além da maioria dos segurados sujeitos ao RGPS, a grande massa da população trabalhadora que não possui, em muitos dos casos, instrução e conhecimentos básicos dos seus próprios direitos. Aplicar tais entendimentos sem ter, no mínimo, regras de transição ou modulação dos efeitos da sentença apenas oneraria uma classe já sobrecarregada.

Por fim, mas não menos importante, destaca-se grande crítica à forma como está sendo aplicado, pelos tribunais, o cancelamento do Tema 125 da TNU, às ações em trâmite, o que vêm causando grande insegurança jurídica, o contrário do que se garante constitucionalmente, segurança jurídica.

Para não alongar e extravasar o objetivo do presente trabalho, encerra-se o posicionamento sobre aplicação da decadência aos benefícios previdenciários no âmbito do RGPS, bem como dos casos de sua não incidência, clamando-se pela obediência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, em especial pela segurança jurídica, todos abarcados e protegidos pelos princípios constitucionais explícitos na Carta Magna, em face dos institutos da prescrição e da decadência, matéria de grande relevância para o Direito Previdenciário, em consequência, para o Direito da Seguridade Social.

Recebido em: 12 set. 2021

Aceito em: 28 set. 2021.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **Direito do Trabalho**: material, processual e legislação especial. 17. ed. São Paulo: Rideel. 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 14**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/660>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 20.910, de 06 de Janeiro de 1932**. Regula a prescrição quinquenal. Brasília, DF: Presidência da República, [1932]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Lei de introdução as normas de Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [1942]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Planos de Benefícios da Previdência. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.528 de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis n 8.212 e 8.213, ambas de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9528.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.016 de 07 de Agosto de 2009**. Mandado de Segurança Individual e Coletivo. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 11 set. 2021.



BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória 1.523 de 11 de outubro de 1996**. Altera dispositivos das Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 1991. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1996-2000/1523.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Requerido: Congresso Nacional. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 09 de outubro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.096**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria. Requerido: Presidente da República. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754482392>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 626.489**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Maria das Dores de Oliveira. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 16 de outubro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6760827>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212**. Recorrente: Banco do Brasil. Recorrido: Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 13 de novembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 383**. Brasília, DF, 03 de abril de 1964. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula383/false>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 403**. Brasília, DF, 03 de abril de 1964. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula403/false>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 313**. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social. Requerido: MariadasDoresdeOliveira. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 30 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.sp?incidente=3910753&numeroProcesso=626489&classeProcesso=RE&numeroTema=313#>. Acesso em: 14 set. 2021.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.462.100**. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: Eva Campos Vieira Katuyama. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 27 de outubro de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1459039&num_registro=201401493327&data=20151109&peticao_numero=201500456948&formato=PDF. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.605.554/PR**. Embargante: Nazira Rosa Dias. Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641252&num_registro=201601466174&data=20190802&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 1.670 – DF (2020/0052340-2)**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Maria de Lourdes Poeta Dornelles e Outros. Rel. Min. Francisco Falcão. Brasília, DF, 10 de Março de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=107420062&tipo_documento=documento&num_registro=202000523402&data=20200312&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.420.744**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Michelle Fernandes Gurgel e Outros. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 30 de novembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1662053&num_registro=201303888991&data=20171211&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.644.191**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Selmo da Silva Bittencourt. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1680864&num_registro=201603308183&data=20200804&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 2167/ PE (2021/0161665-6)**. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social. Requerido: Jose Carolino dos Santos. Rel. Min. Regina Helena Costa. Brasília, DF, 16 de junho de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=+0510396-02.2018.4.05.8300&aplicacao=processos>.



ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO.
Acesso: 06 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 85**. Brasília, DF, 02 de julho de 1993. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2009_6_capSumula85.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 427**. Brasília, DF, 13 de maio de 2010. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_41_capSumula427.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 291**. Brasília, DF, 13 de maio de 2004. Disponível em: [file:///C:/Users/user/Downloads/5818-21041-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/5818-21041-1-SM%20(1).pdf). Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema nº 975**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Selmo da Silva Bittencourt. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 04 de agosto de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&num_processo_classe=1648336. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Tema nº 81**. Requerente: Patrícia da Silva e Outros. Requerido: Instituto Nacional do Seguro Social. Rel. Juiz Federal Antônio Fernando Schenkel do Amaral e Silva. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2021. Disponível em: <http://daleth2.cjf.gov.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-81>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Tema nº 125**. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social. Requerido: Ludmila Solotoriw. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2016. Rel. Juiz Federal Juiz Federal Boaventura João Andrade. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-125>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Tema nº 134**. Requerente: Instituto Nacional do Seguridade Social. Requerido: Lea Maria Lima Lidor. Rel. Juiz Federal José Henrique Guaracy Rebêlo. Brasília, DF, 12 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-134>. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Tema nº 265**. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social. Requerido: Jose Marcolino dos Santos. Rel. Juiz Federal Fábio de Souza Silva. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2021. Disponível em: <http://daleth2.cjf.gov.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao/temas-representativos/tema-265>. Acesso em: 15 set. 2021.



BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 0510396-02.2018.4.05.8300**. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social. Requerido: Jose Marcolino dos Santos. Rel. Juiz Federal Fábio de Souza Silva. Brasília, DF, 10 de dezembro de 2021. Disponível em: https://eproctnu.cjf.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=inteiro_teor. Acesso: 15 set. 2021.

DINIZ, Matheus Brito Nunes. **Reforma Previdenciária**: o envelhecimento populacional e a aposentadoria no regime geral da Previdência Social. Curitiba: Juruá, 2017.

FARINELI, Alexsandro Menezes. **Prática Processual Previdenciária**. 9. ed. São Paulo: Leme: Mundo Jurídico, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil – Volume Único**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 5061551-48.2017.4.04.0000/PR**. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social. Agravado: Rosemilda Zago. Rel. Juiz Federal Luiz Antonio Bonat. Porto Alegre, RG, 27 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9302431. Acesso em: 08 jul. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Remessa Necessária nº 5005932-91.2013.4.04.7108/RS**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social. Apelado: Rai Marcelo de Oliveira Feijo. Rel. Juiz Federal Altair Antonio Gregório. Porto Alegre, RS, 12 de setembro de 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9110072. Acesso em: 08 jul. 2020.

PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Superação do precedente e segurança jurídica - Conforme Novo CPC**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2003.

TEIXEIRA, Denilson Victor Machado. **Manual de Direito da Seguridade Social**: aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais. 3. ed. Leme-SP: J. H. MIZUNO, 2015.



ASPECTOS GERAIS DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO

Cristiane de Oliveira Marques Gonzaga¹²

Resumo

As alterações legislativas advindas da Reforma da Previdência trouxeram impacto profundo na concessão do benefício da Aposentadoria Especial do Servidor Público especialmente vinculando ao fator idade e demais regras vinculantes. Esta abordagem clarificade forma sucinta e objetiva as condições para a concessão do aludido direito previdenciário.

Palavras-chave: Reforma da Previdência. Regime Próprio de Previdência. Aposentadoria Especial

GENERAL ASPECTS OF SPECIAL RETIREMENT OF THE CIVIL SERVANT

Abstract

The legislative changes arising from the Social Security Reform had a profound impact on the granting of the Civil Servant Special Retirement benefit, especially linking to the age factor and other binding rules. This approach succinctly and objectively clarifies the conditions for granting the aforementioned social security right.

Keywords: Social Security Reform. Own Social Security Regime. Special Retirement.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar as principais implicações e alterações ocorridas com a adoção da Reforma da Previdência Social no que tange à Aposentadoria Especial do Servidor Público.

Por consequência as principais dores que essas alterações trouxeram em malefício do segurado, especialmente ao vilipêndio dos direitos sociais consignados na Carta Magna reguladora deste país.

A importância dos debates jurídicos acerca deste aspecto de primordial deferência na Aposentadoria Especial do Servidor Público não foi amplamente discutida, mormente porque se trata de situação diretamente ligada à salubridade do segurado que fica debilitada em contatocom os agentes nocivos no exercício de sua atividade laborativa.

1 DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO: O SERVIDOR PÚBLICO GOZA DESTE DIREITO?

A resposta ao questionamento supra é afirmativo no sentido de que o **servidor**

¹² Advogada. Pós graduada em Previdência do Servidor Público Aplicada. Pós graduada em Direito da Seguridade Social. Pós graduada em Direito Previdenciário. Pós graduada em Direito Processual Civil e Direito Digital.



público com 25, 20 ou 15 anos de atividade insalubre pode **obter a Aposentadoria Especial**, com proventos integrais e sem idade mínima, se reunir os requisitos **antes** da Reforma.

E mesmo se o segurado servidor não estiver almejando obter sua aposentadoria, reconhecer este direito **garante o reembolso das verbas previdenciárias** (abono de permanência).

Contudo, têm várias questões que o segurado servidor público deve se atentar antes de reconhecer seu direito à **Aposentadoria Especial do RPPS** (Regime Próprio De Previdência Social – previdência do servidor), tendo em vista as novas regras da **Reforma da Previdência**. A mais importante é que os regimes próprios de previdência (dos servidores públicos) não reconhecem seu direito à aposentadoria especial, todavia é garantia constitucional e deve ser buscada.

Cumpra frisar que as regras da aposentadoria especial do servidor público são as **mesmas do celetista**, visto que nunca foi feita uma lei para regulamentar a **aposentadoria especial do servidor público**.

Destarte que, o **STF possui posicionamento consolidado** pela súmula 33: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica.”

Como até a presente data não houve regulamentação através da edição de Lei Complementar utiliza-se como parâmetro as normas estatuídas pelo Regime Geral (do INSS).

Importante observar que pelo regime geral, têm direito à aposentadoria especial **os servidores que comprovarem 25 anos de atividade insalubre ou periculosa**, expostos a agentes nocivos à saúde, segundo o art. 57 da Lei 8.213/91.

Lembrando que, a aposentadoria especial será concedida ao segurado que tenha exercido seu labor em situação que prejudicasse a sua saúde ou integridade física, nos termos do art. 57 *caput*, da Lei nº. 8.213/1991.

É o que nos ensina o mestre Alencar em sua obra doutrinária:

Assim, o benefício em tela possui natureza extraordinária, de concessão restrita a algumas categorias de segurado do RGPS, e colima preservar a integridade física do trabalhador, mediante a outorga de aposentadoria mediante o implemento de menor tempo de contribuição, em comparação ao B/42. Ostenta manifesto cunho preventivo, afinal, por venturanão existisse a aposentadoria especial, o segurado fatalmente seria aposentado por invalidez antes de adimplir o tempo mínimo para a aposentadoria ordinária de tempo de contribuição (B/42). (ALENCAR, 2017, p. 116).

Sendo intensa e periclitante em grau grave de exposição como no caso dos trabalhadores que exercem sua atividade no subsolo nas minas, neste caso específico o segurado precisará completar 15 anos de atividade especial.

Porém, a Reforma da Previdência em vigência desde 13/11/2019, transmutou algumas regras, deste modo se o segurado não completou o tempo de *atividade especial* até a égide da Reforma ou entrou no serviço público após ela, o mesmo deve cumprir



outros requisitos.

Importante esclarecer, nesse ponto, que a aposentadoria dos servidores públicos, inicialmente, possuía caráter gracioso no momento da sua concessão, tendo em vista que não era necessariamente exigida a contribuição prévia para o gozo de benefícios, bem como as regras de aposentadoria possuíam requisitos bem mais acessíveis do que os critérios estabelecidos pelo Regime Geral aos trabalhadores da iniciativa privada, conforme relatam Monte (2012) e Brito (2014).

No caso de o segurado servidor público, ingressou nos quadros de colaboradores após a égide trazida pela reforma são outros critérios que vão além do tempo de atividade especial, foi acrescentado a idade condicionante, obrigatória e cumulativa, nos seguintes modos:

- 1- 60 anos de idade, para as atividades especiais de 25 anos;
- 2- 58 anos de idade, para as atividades especiais de 20 anos.

Outro modo de conseguir a aposentadoria especial é o fator agregado de pontos, para aqueles que tiveram seu ingresso no serviço público **antes da Reforma todavia ainda não tenha completado o tempo de atividade especial**, o servidor público deverá cumprir também, a pontuação abaixo descrita:

- 1- 86 pontos (soma da idade com o tempo de atividade especial), para as atividades especiais de 25 anos.
- 2- 76 pontos (soma da idade com o tempo de atividade especial), para as atividades especiais de 20 anos.
- 3- 66 pontos (soma da idade com o tempo de atividade especial), para as atividades especiais de 15 anos.

Contudo, só o aspecto acima não basta, o período de atividade especial exercido, deverá ter, no mínimo:

- 1- 20 anos de efetivo exercício no serviço público; e
- 2- 5 anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria.

Deste modo, o servidor deverá observar que são duas regras para saber se sua atividade é considerada **insalubre ou periculosa**:

REGRA 1: ENQUADRAMENTO PELA CATEGORIA PROFISSIONAL

A regra primária é a descrita pelo desempenho de atividade laboral por categoria profissional, contudo com limite temporal. Esta regra é válida **até 28/04/1995, com algumas ressalvas doutrinárias e jurisprudenciais, sendo bem controversa**.

Saliente-se que varias profissões gozam de certa presunção de **insalubridade** ou periculosidade, **garantindo o reconhecimento este período como atividade especial**, nos termos do Decreto 3048/99 e anexos

Com a Reforma, as **profissões insalubres** continuam a mesma coisa, assim como as profissões perigosas, no entanto, quanto as profissões que se atém como periculosas dependem de Lei Complementar, embora o judiciário já tenha as reconhecido como atividade especial, para fins de Aposentadoria Especial, mesmo estando fora desta lista a qual é meramente explicativa e não taxativa.



REGRA 2: ENQUADRAMENTO PELA EXPOSIÇÃO

Esta regra vale **para qualquer** época e parece bem simples.

Se o servidor laborou exposto à agentes insalubres, o mesmo pode vir a ter direito à **aposentadoria especial**.

Alguns agentes insalubres garantem o direito pelo **simples fato de estar no meio ambiente laboral ou simples contato independe de quantidade desses materiais**, tais como benzeno, arsênico, chumbo, cromo, fósforo, asbestos, agentes biológicos, os chamados agentes **qualitativos**, e outros **dependem da quantidade** a qual o servidor esteve exposto, agentes **quantitativos**, **ruído**, eletricidade, trepidação, calor, frio, a maior parte dos agentes químicos.

Com a Reforma, o enquadramento pela exposição **continua valendo**.

2 APOSENTADORIA ESPECIAL DO POLICIAL CIVIL

A única profissão que possui Lei Complementar com os critérios para a concessão de aposentadoria especial é a do policial civil.

É a Lei Complementar 51/1985, com a redação alterada pela Lei Complementar 144/2014. O policial (**homem**) pode se aposentar voluntariamente após:

1- 30 anos de contribuição.

2- 20 de exercício de cargo de natureza estritamente policial.

Já a policial (**mulher**) pode se aposentar voluntariamente após

1- 25 anos de contribuição.

2- 15 anos de exercício de cargo de natureza estritamente policial.

E já vou deixar bem claro o que é cargo de natureza estritamente policial.

É aquele definido pela **Constituição** como sendo de policial das estruturas das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal e civil.

Portanto, não **são inserido nesta condição** os policiais militares e os bombeiros militares, tendo regras próprias para a aposentadoria enquanto militares.

Com a Reforma, essa **Aposentadoria Especial do Policial Civil** continua em vigor.

3 COMO CONSEGUIR A APOSENTADORIA ESPECIAL?

O servidor necessita juntar a documentação que comprova a insalubridade e ingressar com um pedido administrativo.

Entretanto encontra-se um óbice, pois a maioria dos municípios e mesmo estados **não entregam** ou mesmo **nem possuem** a **documentação que comprova a insalubridade** (PPP e LTCAT).

Cabe nestes casos ingressar com ação judicial, evocando a documentação da atividade especial através da figura constitucional do Mandado de Injunção e **fazer o pedido da sua aposentadoria especial** de servidor público no regime de previdência do seu município.

Os Tribunais brasileiros, de forma correta e justa, reconhecem a aplicação da regra inserida no artigo 57 do Regime Geral para concessão de aposentadoria especial aos servidores vinculados ao Regime Próprio. Oportuno transcrever o julgado do Tribunal



Regional Federal da 3ª Região. Vejamos:

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 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. (TRF 3ª R.; AC 343650; Proc. 96030828807; MS; Quinta Turma; Relª Juíza Eva Regina; Julg. 16/09/2002; DJU 06/12/2002; Pág. 589) (Publicado no DVD Magister nº 17—Repositório Autorizado do STJ nº 60/2006 e do TST nº 31/2007).

4 O CÁLCULO DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO

4.1 Ingresso no serviço público antes de 31/12/2003

Para o servidor que teve seu ingresso no serviço público **antes de 31/12/2003**, o mesmo tem a possibilidade de ter direito ao **cálculo da sua aposentadoria integral** pela regra da integralidade e paridade salarial.

A **integralidade** garante o direito a se aposentar com proventos iguais ao seu último salário. A **paridade** garante o direito a ter os mesmos **reajustes** de quem está na ativa.

Nesta situação o servidor necessita **primeiro calcular se vale a pena** se aposentar ou receber o **abono de permanência**.

4.2 Possibilidade de paridade e integralidade da aposentadoria especial do servidor público que ingressou até 31/12/2003

Cumprе ressalvar que existe sim a possibilidade de ter integralidade e paridade na **Aposentadoria Especial do servidor, isto porque** se ingressou no serviço público até 31/12/2003. em 2018 foi decidida no STF, por meio de Repercussão Geral o direito do servidor público que exerça atividades de risco de obter **aposentadoria especial** com valor de beneficiocalculado com base na integralidade e na paridade, mesma coisa se aplica para as atividades nocivas à saúde, pois as duas hipóteses dão direito à Aposentadoria Especial.

Além disso, agora com a Reforma, há no mandamento constitucional que poderão ser adotados, por lei complementar, critérios diferenciados para a concessão de atividade especial.



Por fim, existe a Regra de Transição da Aposentadoria Especial para os Servidores e para os contribuintes do INSS. Essa regra garante que o valor dessa aposentadoria será apurado na forma da lei.

Como a própria Reforma garante, em um dos seus artigos, a integralidade e paridade para os servidores públicos que entraram no serviço público até 31/12/2003, não há dúvidas que é possível esses direitos para os servidores públicos, ainda mais que a **Aposentadoria Especial** está explicitamente garantida a esses trabalhadores no texto da Reforma.

4.3 Ingresso no serviço público após 31/12/2003

Caso o servidor tenha seu ingresso no serviço público **após 31/12/2003** a regra deve seguir os seguintes parâmetros normativos:

- 1- Média aritmética simples das 80% maiores remunerações, corrigidas monetariamente.
- 2- Sem o fator previdenciário.
- 3- Teto é a remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria.
- 4- O reajuste é variável e depende do seu regime de previdência

4.4 Ingresso no serviço público antes da vigência da reforma da previdência porém não completou os requisitos ou início no serviço público após a vigência dela (13/11/2019)

Deve-se atentar que caso o servidor teve seu ingresso no serviço público **após a Reforma, ou ainda não reuniu o tempo de atividade especial** até a entrada em vigor dela, o cálculo será muito defasado em detrimento do contribuinte previdenciário público, que se dará da seguinte forma:

- 1- Média aritmética simples de **todos** os seus salários, a partir de 1994 ou de quando você começou a contribuir
- 2- O valor será 60% dessa média +2% ao ano de contribuição acima de 20 anos de tempo de contribuição.

A longo prazo é correto afirmar a perda remuneratória é imensa, tendo como opção mais vantajosa o abono de permanência em não sendo pleiteada a aposentadoria Especial,

Cumpra salientar que o **Abono de Permanência** é um benefício concedido para o servidor público que já preenche os requisitos para se aposentar mas opta por continuar trabalhando, sendo que o servidor **pode ter direito a receber os valores retroativos** à data em que cumpriu os requisitos para se aposentar.

Salientando que o abono de permanência continua valendo com a Reforma da Previdência!

4.5 Questionamento relevante: pode o servidor valer da atividade especial para requerimento dos outros tipos de aposentadoria previstos na legislação?

A resposta é negativa, pois somente poderá se beneficiar dos **períodos trabalhados** em condições especiais o servidor público que completar integralmente os **15, 20 ou 25 anos de atividade especial** exigidos pelo art. 57 da Lei 8.213/91.



Já no Regime Geral de Previdência Social vinculado ao INSS o pleiteante pode utilizar do período trabalhado em atividade especial para antecipar a aposentadoria para períodos trabalhados **antes** da Reforma, isso não é possível no RPPS (servidor).

Isso porque no Regime Próprio) não é permitida a aplicação dos fatores multiplicadores no cálculo do tempo de contribuição (1,40, 1,75 e 2,33 para homens e 1,20, 1,50 e 2,0 para mulheres).

Além do que, importante frisar que na égide da Lei Previdenciária atual, não é permitida a conversão de tempo especial em comum, para fins de aposentadoria que não a especial, ou se **completam** os requisitos para a aposentadoria especial, ou não faz diferença nenhuma para as outras aposentadorias do servidor público. O que pode ser feito é levar o tempo especial do RGPS para o regime próprio através da emissão da CTC na qual o INSS reconheça a atividade especial de forma discriminada, o cômputo do tempo de serviço especial. Esta regra continua valendo com a Reforma da Previdência.

5 APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO NO INSS

A constituição emana que todos os servidores públicos titulares de cargos efetivos devem se aposentar pelo RPPS (regime de previdência do servidor), contudo muitos **municípios** não **possuem um regime próprio de previdência** e adotam o RGPS (INSS).

Esta prática dos municípios sem regime de previdência gerou interpretações divergentes sobre a obrigação do servidor público parar de trabalhar se ele se aposenta pelo INSS, o que gerou e vem gerando inúmeras controvérsias neste sentido..

Ocorre que, o que vem acontecendo é a Administração **exonera o servidor público aposentado** pelo INSS, por entender que ele deve seguir as regras do RPPS (servidor), apesar de ter seu benefício concedido pelo INSS.

De sorte que, há correntes jurisprudenciais que decidem que o servidor aposentado pelo INSS não pode ser exonerado e **reintegrando os servidores exonerados** pelos Municípios por terem se aposentado no INSS, visto que não há previsão legal que obrigue o segurado a se afastar compulsoriamente de seu cargo ou serviço.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SERTÃO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DO CARGO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Segundo já decidido pelo c. Segundo Grupo Cível nos Embargos Infringentes nº 70051219863, a aposentadoria voluntária pelo regime do INSS não provoca a automática vacância do cargo ocupado pelo servidor público, em razão de que não se trata de inativação concedida pelo Município, e que, pois, não lhe pagará qualquer aposentadoria ou pensão. [...] (TJRS, Apelação cível n. 70052802154, Rel.: Des. Eduardo Uhlein, DJe 02/05/2014).

Da mesma forma, não há na Lei 8.213/1991 disposição que proíba os servidores públicos filiados ao RGPS (INSS) de terem o **período trabalhado sob condições**



especiais convertido pelos fatores multiplicados.

Assim, deve, contudo, ser respeitado o direito adquirido garantido pela Constituição, ou seja, uma vez implementados requisitos para a aposentadoria antes da Reforma da Previdência ter entrado em vigor, não pode a lei posterior revogar direitos já adquiridos pela legislação anterior, sob a pena de causar insegurança jurídica, e violação dos princípios basilares da sociedade constituída num Estado Democrático de Direito.

6 CONCLUSÃO

Viu-se nas abordagens contidas neste artigo que as mudanças trazidas com o advento da Reforma da Previdência no que tange à Aposentadoria Especial do Servidor Público trouxeram evidentes dificuldades para a aposentadoria especial do servidor, pois extirpou o caráter instituidor deste benefício previdenciário que é o de preservar a vida do trabalhador que labora em situações que degradam sua salubridade diminuindo inclusive o gozo útil da aposentadoria.

Por outro lado, este artigo cumpriu a situação esclarecedora com a audiência a que se destina, qual seja, especialmente o leitor que não está familiarizado com expressões jurídicas e termos técnicos, deixando a simplicidade e a clareza falarem por si, sem perder o conteúdo e a especialização nesta área do direito, que traz inúmeras controvérsias e divergências que enriquecem o debate de ideias num Estado Democrático de Direito.

Recebido em: 01 nov. 2020 Aceito em: 23 set. 2021

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MONTE, Meiry Mesquita. **Aposentadoria especial de servidor público que labora em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física** - uma análise doutrinária e jurisprudencial em face de omissão legislativa. *Revista Controle: Doutrinas e artigos*, v. 10, n. 1, p. 87-114, 2012.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

SOARES, Andrews Fernando Junhi. A aposentadoria especial no serviço público. **Revista Âmbito Jurídico**. 01 mar. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-aposentadoria-especial-no-servico-publico>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

Para submeter seu artigo para avaliação, acesse:

rbds.ieprev.com.br/rbds

 **IEPREV
EDITORA**

www.editoraieprev.com.br

EDIÇÕES ANTERIORES

www.editoraieprev.com.br/rbds