



INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

LETÍCIA GOMES FREITAS

DESCUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS: UM ESTUDO DE CASO
ACERCA DA APOSENTADORIA ESPECIAL DOS MÉDICOS SERVIDORES
PÚBLICOS DO DISTRITO FEDERAL.

BRASÍLIA – DF
2015

LETÍCIA GOMES FREITAS

**DESCUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS: UM ESTUDO DE CASO
ACERCA DA APOSENTADORIA ESPECIAL DOS MÉDICOS SERVIDORES
PÚBLICOS DO DISTRITO FEDERAL.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2015

Letícia Gomes Freitas

**DESCUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS: UM ESTUDO DE CASO
ACERCA DA APOSENTADORIA ESPECIAL DOS MÉDICOS SERVIDORES
PÚBLICOS DO DISTRITO FEDERAL.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília/DF, ____ de junho de 2015.

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Este trabalho analisa um processo judicial que trata da aposentadoria especial dos médicos servidores públicos lotados no Distrito Federal. O estudo do caso tem como objetivo verificar os argumentos de ambas as partes no aspecto legislativo e no âmbito dos princípios constitucionais para chegar à conclusão de qual vertente tem mais força. Os médicos, servidores públicos e autores do processo, alegam que as atividades exercidas na profissão expõem sua saúde e integridade física, logo estão amparados pelo direito de aposentadoria especial em razão do desgaste, conforme autoriza o art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal. Já o Distrito Federal, réu no processo, alega que não pode cumprir as determinações judiciais de conceder aposentadoria especial aos servidores públicos porque não há custeio do benefício, portanto os servidores não poderiam se aposentar até completar o tempo necessário de contribuição.

Palavras-chave: aposentadoria especial. Servidor público. Omissão legislativa. Ofensa a princípios constitucionais.

ABSTRACT

This paper analyzes a judicial process which deals with special retirement for civil service doctors who work for Distrito Federal. The case study aims to verify the arguments of both sides of the issue concerning legislation and constitutional principles to find out which side has a stronger position. The doctors, civil servants and process authors, claim their professional activity menaces their health and physical integrity, as a consequence, they have the legal right to apply for special retirement due to that, according to art. 40, § 4º, inciso III of the Federal Constitution. On the other hand, Distrito Federal, defendant in the process, claims it is not able to comply with judicial determinations of granting special retirement because there is no budget; therefore, the doctors cannot retire before completing the required time of contribution.

Keywords: special retirement, civil servant, legislative omission, offence to constitutional principles

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 – SOBRE O CASO OBJETO DE ESTUDO. APOSENTADORIA ESPECIAL DOS MÉDICOS SERVIDORES PÚBLICOS DO DISTRITO FEDERAL	9
1.1 – PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE APOSENTARIA ESPECIAL PARA O SERVIDOR PÚBLICO.....	9
1.2 – IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 836.....	12
1.3 – AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE CONHECIMENTO PELO RITO ORDINÁRIO Nº 2010.01.1.146944-5 E EXECUÇÃO PROVISÓRIA	14
1.4 – PROPOSITURA DE AÇÃO CAUTELAR PARA SUSPENDER O CURSO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA.....	24
2 – RISCO LEGAL COMO ARGUMENTO DE FATOR IMPEDITIVO, SEGUNDO O DISTRITO FEDERAL, PARA NÃO CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL AOS MÉDICOS	26
2.1 – DAS FONTES DE CUSTEIO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO.....	28
2.2 – NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES	30
2.3 - PRECEDÊNCIA DA FONTE DE CUSTEIO	32
2.4 – DEVER DE FISCALIZAÇÃO	34
2.5 – RELAÇÃO ENTRE A PRECEDENTE FONTE DE CUSTEIO E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA ESPECIAL – EQUILÍBRIO ECONÔMICO E ATUARIAL	43
3 – OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	48
3.1 – O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ...	48
3.2 – O PRINCÍPIO DA SAÚDE COMO DIREITO	49
3.3 – APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICA DESAMPARADA DOS PRINCÍPIOS QUE A REGEM	50
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece em seu art. 40, § 4º, incisos I a III, que é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos daqueles que são portadores de deficiência, exerçam atividade de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Entretanto, até os dias atuais, não foi editada nenhuma Lei Complementar para regulamentar a matéria. Em razão disso, inúmeros mandados de injunção foram impetrados a fim de sanar a omissão legislativa. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a omissão legislativa e determinado a aplicação da Lei nº 8.213/90 (Lei do Regime Geral de Previdência Social) aos servidores públicos enquanto não sobrevier a Lei Complementar.

O mandado de injunção gera decisão de natureza apenas constitutiva. Para concretizar o direito, no caso em estudo foi necessário o ajuizamento de ação de conhecimento pelo rito ordinário, visando à determinação da obrigação de fazer quanto à aplicação da Lei nº 8.213/90 aos servidores públicos, especialmente seu art. 57, § 5º, que estabelece a contagem diferenciada do tempo de serviço.

Ocorre que o Distrito Federal tem se negado a cumprir a determinação judicial especialmente sob a justificativa de falta de recursos financeiros e custeio do benefício por parte dos servidores públicos que almeja a aposentadoria especial.

Com essas considerações, este trabalho visa o estudo do cenário político atual, das causas e consequências do descumprimento de decisões judiciais proferidas contra o Distrito Federal no que diz respeito à aposentadoria especial do servidor público.

O tema a ser estudado tem relevância política e social, uma vez que revela afronta a direitos e garantias constitucionais que tem gerado bastante polêmica quanto à aplicabilidade das normas em detrimento do cenário político fragilizado e

visa à busca de uma solução para o conflito de interesses entre governo e sociedade.

2 – SOBRE O CASO OBJETO DE ESTUDO. APOSENTADORIA ESPECIAL DOS MÉDICOS SERVIDORES PÚBLICOS DO DISTRITO FEDERAL

2.1 – PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE APOSENTARIA ESPECIAL PARA O SERVIDOR PÚBLICO.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 40, § 4º, incisos I a III, que é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos daqueles que são portadores de deficiência, exerçam atividade de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.¹

O Texto Constitucional determina que os segurados expostos a agentes agressivos tenham tratamento diferenciado, não sendo possível considerar

¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: maio 2015.

igualmente os períodos de atividades especiais com os períodos de atividades comuns.

Weintraub e Berbel concordam que “há necessidade expressa de proteger os trabalhadores que laboram em atividades nocivas diferenciadamente daqueles que trabalham em atividades comuns”². E continuam, afirmando que este tratamento diferenciado é pressuposto para a isonomia entre as diversas categorias de segurados pertencentes ao regime geral.

Entretanto, até os dias atuais, não foi editada nenhuma Lei Complementar para regulamentar a matéria. Em razão disso, inúmeras pessoas tem se utilizado de mandados de injunção a fim de sanar a falta da lei. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a omissão legislativa e determinado a aplicação da Lei nº 8.213/90 (Lei do Regime Geral de Previdência Social) aos servidores públicos enquanto não sobrevier a Lei Complementar.

A Lei nº 8.213/90 em seu art. 18³ prevê quatro tipos de aposentadoria: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; e d) aposentadoria especial.

A aposentadoria especial é uma espécie de prestação previdenciária que tem como objetivo assegurar a proteção do trabalhador que tenha contato com agentes físicos, químicos ou biológicos e possam prejudicar a saúde ou integridade física durante os prazos mínimos de 15, 20 ou 25 anos, sendo que para isso é feita a contagem de tempo de trabalho diferenciada, a fim de diminuir o tempo de exposição.

O objetivo da lei é de proteger o trabalhador, proporcionando uma contagem de tempo diferenciada e retirando-o do trabalho cujas atividades sejam exercidas sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, antes que a exposição seja tão danosa a ponto de torná-lo incapaz. Logo, a aposentadoria especial tem natureza preventiva.

² WEINTRAUB. Arthur Bragança de Vasconcellos e BERBEL. Fabio Lopes. Manual de Aposentadoria Especial. pág. 39.

³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em maio 2015.

Martinez entende que a aposentadoria tem natureza indenizatória, e o resultado da contagem diferenciada configura:

“uma indenização social pela exposição aos agentes nocivos ou possibilidade de prejuízos à saúde ou integridade física do trabalhador, distinguindo-a da aposentadoria por tempo de contribuição e da aposentadoria por invalidez em razão do sinistro (que é o risco)”⁴.

Ribeiro entende que a aposentadoria especial é um benefício de natureza compensatória:

A aposentadoria especial é um benefício que visa garantir ao segurado do Regime Geral de Previdência Social uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde ou integridade física.⁵

Portanto, o art. 40, parágrafo 4º, inciso III trata da aposentadoria especial do servidor público, que como dito, pende de regulamentação e diante da omissão legislativa é necessário o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal por meio de Mandado de Injunção.

Ocorre que o mandado de injunção gera decisão de natureza apenas mandamental, destinada tão somente a integrar a regra constitucional privada de sua eficácia, pela ausência de norma que assegure sua efetividade, conforme ensina Diogenes Gasparini.

O mandado de injunção é ação civil constitucional de natureza mandamental, impetrável por quem tiver inviabilizado um dos citados direitos por falta de lei complementar reguladora de sua fruição. O impetrante é a pessoa física ou jurídica que se encontre nessa situação, enquanto impetrado é o Poder Público (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município) que deveria ter promovido a regulamentação e não o fez. A decisão proferida nessa ação só faz coisa julgada entre as partes, não beneficiando, portanto, casos ou situações análogas.⁶

Com isso, para concretizar o direito de aposentadoria especial para os médicos que trabalham em condições insalubres, foi necessário o ajuizamento,

⁴ MARTINEZ. Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial. 920 Perguntas e Respostas**. 5ª Edição. pág.20.

⁵ RIBEIRO. Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial**. 4ª Edição. Pág. 23.

⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 4. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.)

inicialmente de uma ação de mandado de injunção, para constituir o direito, e em seguida de uma ação de conhecimento pelo rito ordinário, visando à determinação da obrigação de fazer quanto à aplicação da Lei nº 8.213/90 aos servidores públicos.

2.2 – IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 836

O mandado de injunção impetrado pelo Sindicato dos Médicos do Distrito Federal foi autuado sob o nº 836 e foi julgado procedente, nos termos a seguir, transitando em julgado no dia 19/10/2009.

DECISÃO: Vistos, etc.

Trata-se de mandado de injunção, impetrado por entidade sindical, sob alegação de mora legislativa na regulamentação do § 4º do art. 40 da Constituição Federal.

2. Pois bem, de saída, transcrevo o inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

3. A seu turno, o atual § 4º do art. 40 da Carta Republicana tem a seguinte redação:

“É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I – portadores de deficiência;

II – que exerçam atividades de risco;

III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.”

4. Prossigo para anotar que, no julgamento do MI 721, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal avançou um

novo olhar sobre os dispositivos acima transcritos, dando-lhes maior concretude. Ao fazê-lo, reconheceu o direito do servidor público à contagem diferenciada do tempo de serviço em atividade insalubre, após a implantação do regime estatutário.

5. Naquela ocasião, acompanhei, confortavelmente, o voto do eminente relator. E o fiz com as seguintes palavras:

Senhora Presidente, acompanho, lembrando que, nas discussões anteriores, observei que somente cabe mandado de injunção perante uma norma constitucional de eficácia limitada. Sendo assim, não faz sentido proferir uma decisão judicial também de eficácia limitada. É uma contradição nos termos. A decisão judicial há de ser pleno-operante, marcada pela sua carga de real concretude; ou seja, tem de se revestir de caráter mandamental, como é da natureza da ação constitucional agora sob julgamento.

6. Muito bem. Na Sessão de 15.04.2009, esta Suprema Corte manteve a nova orientação, ao julgar os MIs 795, 797, 809, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962, 998 (sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia), bem como os MIs 788, 796, 808 e 825 (sob a minha própria relatoria). Mais: o Plenário, resolvendo questão de ordem, autorizou o julgamento monocrático dos casos semelhantes.

Ora, diante deste quadro decisório, a refletir uma nova e mais arejada postura de concretização constitucional, julgo procedente o pedido para remover o obstáculo da falta de lei complementar disciplinadora das hipóteses arroladas nos três incisos do § 4º do art. 40 da Magna Carta. Quanto à presença das demais condições, necessárias ao deferimento das almejadas aposentadorias especiais aos servidores públicos substituídos processualmente pela parte impetrante, é de ser aferida no bojo dos respectivos processos administrativos e na forma da Lei nº 8.213/91.

Publique-se.

Brasília, 17 de setembro de 2009.

Ministro CARLOS AYRES BRITTO

Relator⁷

O Mandado de Injunção que beneficiou os servidores substituídos se deu efetivamente com o intuito de suprir essa lacuna legislativa, em função da redação aposta no § 4º do art. 40, da Constituição da República, onde consta ser vedada a

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 836. Impetrante: Sindicato dos Médicos do Distrito Federal. Impetrado: Presidente da República e Governador do Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 19 de setembro de 2009. DJE nº 179, divulgado em 22/09/2009.

adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime próprio de previdência social.

Em outras palavras, buscou-se prover o legítimo exercício do Direito previsto na Constituição Federal, cuja finalidade é resguardar a saúde do trabalhador, reduzindo o seu tempo de exposição a tais condições impróprias, utilizando assim tais requisitos e critérios diferenciados que por omissão do Poder Público, até então carecem da devida regulamentação.

2.3 – AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE CONHECIMENTO PELO RITO ORDINÁRIO Nº 2010.01.1.146944-5 E EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Tendo em mãos a decisão precedente transitada em julgado, o Sindicato dos Médicos do Distrito Federal ajuizou ação de conhecimento pelo rito ordinário que foi autuado sob o nº 2010.01.1.146944-5.

Na petição inicial requereu a procedência do pedido para condenar o Distrito Federal a proceder à aplicação de contagem diferenciada, em função dos serviços prestados em condições insalubres, instituída no §5º do art. 57 da Lei 8.213/91, que providenciasse a documentação necessária para análise e aplicação do direito aos servidores públicos e em caso de acumulação de cargos privativos de médicos, que fosse reconhecida a licitude de aposentadoria especial em apenas um dos vínculos.

Após a fase de instrução, os autos foram conclusos para sentença e os pedidos foram julgados procedentes, nos termos a seguir:

Sentença
Vistos etc...

Cuida-se de ação submetida ao rito ordinário, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Sindicato dos Médicos do Distrito Federal em face do Distrito Federal, visando à contagem de tempo diferenciada para efeito de aposentadoria especial em função de serviços prestados em condições especiais, nos termos do artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

Narra o autor que por estar amparado por decisão judicial proferida pelo STF em sede do Mandado de Injunção nº. 836, seus representados protocolaram requerimento administrativo perante o Distrito Federal visando à contagem de tempo diferenciada para efeito de aposentadoria especial em função de serviços prestados em condições especiais, nos termos do artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

Afirma que isso não obstante os pedidos foram indeferidos em decorrência de divergência na interpretação da referida norma legal por parte da ré, com fundamento no Parecer Jurídico nº 1.136/2009 - PROPES/PGDF.

Alega também que o réu criando óbices para promover a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria especial aos médicos representados.

Diante de tal fato, pugna pela contagem de tempo diferenciada para efeito de aposentadoria especial em função de serviços prestados em condições especiais seus representados, nos termos do artigo 57 da Lei nº 8.213/91.

Requer ainda que o Distrito Federal providencie a documentação necessária para atestar as condições insalubres de trabalho, necessários à instrução dos pedidos de aposentadoria especial.

Por fim, nos casos envolvendo acumulação de cargos privativos de seus médicos representados, pugna pelo reconhecimento da licitude da aposentadoria especial em apenas um dos cargos, sem qualquer prejuízo ou imposição de novação objetiva em relação ao outro.

Com a inicial vieram documentos de fls. 29/429.

Em sua manifestação sobre o pedido liminar (fls. 437/460), o Distrito Federal alega os requerentes são segurados do Regime Próprio da Previdência Social, sendo tal regime carente de legislação complementar e/ou regulamentação específica no assunto Aposentadoria Especial.

Assim, a eles não poderia ser aplicada a Lei do Regime Geral de Previdência (Lei nº. 8.213/90), nos termos do artigo 40, inciso III, da Constituição Federal.

Quanto à contagem especial do tempo de serviço para fins de aposentadoria especial, alega que a pretensão do autor não encontra respaldo jurídico na decisão judicial proferida pelo STF, em sede de Mandado de Injunção nº 836, tampouco na Lei nº 8.213/90.

Quanto à acumulação de cargos público, invoca o preceito normado no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, no sentido de que o aposentado que continuar a exercer atividade que o exponha a agentes nocivos não fará jus ao benefício de aposentadoria.

A antecipação de tutela jurisdicional foi indeferida, como informa a decisão de fls. 445/ 446.

Em sua contestação de fls. 447/460, reitera o réu os mesmos argumentos expostos em sua manifestação primeira. Assim, espera ver julgado improcedente o pedido.

Réplica às fls. 467/482.

É o breve relatório.

Decido.

Inicialmente, cumpre informar que não há questões preliminares a serem enfrentadas. Passo à análise do mérito propriamente dito.

A presente demanda tem em foco o tema da possibilidade de contagem de tempo diferenciada para efeito de aposentadoria especial em função de serviços prestados em condições especiais, nos termos do artigo 57 da Lei nº. 8.213/91.

A disciplina jurídica atinente à aposentadoria especial encontra-se regulamentada pelos artigos 57 e 58 da Lei nº. 8.213/91, bem como nos artigos 64 e seguintes do Decreto-Lei nº. 3.048/99.

A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência de 180 meses exigida na Lei nº 8.213/91, ao segurado que tiver exercido atividades laborais em condições especiais que prejudiquem a saúde ou sua integridade física durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Nos termos do artigo 57, parágrafo 5º, da Lei nº. 8.213/91, o tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

Nos termos expostos, percebo que a mens legis em questão está direcionada a garantir o máximo de proteção legal àqueles que atuam em atividades especiais, salvaguardando seu bem estar físico e mental.

Nos casos envolvendo Regime Previdenciário dos Servidores Públicos, o artigo 40 da Constituição Federal assegura aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, regime previdenciário próprio.

Nos termos do art. 40, parágrafo 4º, da Constituição Federal, é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores portadores de deficiência ou que exerçam atividades de risco, cujas atividades sejam exercidas

sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

No caso em análise, observa-se que a decisão proferida pelo STF no Mandado de Injunção nº 836 afastou a omissão legislativa prevista no parágrafo 4º, do artigo 40, do Texto Constitucional, ampliando as garantias previdenciárias aos servidores públicos, principalmente nos casos envolvendo a concessão de aposentadorias especiais.

Assim, para a concessão de aposentadoria especial a servidor público, a Administração Pública deve verificar se houve contribuição efetiva do servidor por, pelo menos, 180 meses e, ainda, comprovar, por laudo técnico de médico do trabalho ou engenheiro da segurança do trabalho, as condições especiais da atividade que prejudiquem a saúde ou a integridade física do servidor pelo tempo exigido pela norma regulamentadora, a teor do artigo 57 da lei nº 8.213/91:

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

Cumpridos tais requisitos, o parágrafo 5º do artigo 57 da Lei nº. 8.213/91 é claro ao determinar a soma do tempo de trabalho exercido em condições especiais e comuns para que haja a concessão da aposentadoria especial, senão vejamos:

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Ressalvam-se os grifos)

Para tal conversão, devem ser observados os critérios estabelecidos pelo artigo 70 do Decreto Lei nº 3.048/97:

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela (...).

Conforme decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal (nº 6611/2010), versando sobre os procedimentos a serem adotados em decorrência das decisões proferidas pelo STF em sede de Mandado de Injunção versando sobre o tema "Aposentadorias Especiais de Servidores Públicos", sacramentou-se o seguinte entendimento:

O tempo especial pode ser utilizado para fins de aposentadoria especial ou para conversão em tempo de serviço/contribuição comum, nos termos do parágrafo 5º do artigo 57 da Lei nº. 8.213/91, como base nos índices de ponderação de 1,2 para mulheres e 1,4

para homens, definidos no artigo 70 do Decreto Lei nº. 3.048/99 (fl. 488). (Ressalvam-se os grifos)

Na mesma trilha anda o entendimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, in litteris:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA. ATIVIDADE INSALUBRE. TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM ESPECIAL. ART. 40 DA CF/88. AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE.

Restando devidamente comprovado que o servidor exerceu atividade em ambiente insalubre, não é lícito negar-lhe a contagem do tempo de serviço de forma especial, tanto do período celetista quanto do estatutário, sob a mera alegação de ausência de norma específica, uma vez que, nessa hipótese, é cabível a aplicação da legislação sobre insalubridade editada para o âmbito privado. Se a pretensão da parte autora foi totalmente exaurida, porque o requerido reconheceu o direito daquela após o ajuizamento da ação, não poderá o Juízo a quo julgar improcedente o pedido, visto que, nesse caso, a deve-se julgar procedente o pedido da parte autora, com fulcro no art. 269, inciso II, do CPC. (20060110044839APC, Relator ESDRAS NEVES, 1ª Turma Cível, julgado em 06/04/2011, DJ 11/04/2011 p. 59) (Ressalvam-se os grifos)

Sendo assim, diante do pronunciamento do STF face a omissão legislativa presente no parágrafo 4º, do artigo 40, da Constituição Federal, impondo adoção da legislação própria aos trabalhadores em geral para os casos envolvendo Servidores Públicos, nos termos do artigo 57 da Lei nº. 8.213/90, e, tendo em vista ainda o entendimento do Tribunal de Contas do Distrito Federal (Decisão nº 6611/2010), isso sem olvidar o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, constata-se ser direito do servidor público a contagem de tempo diferenciada para fins de concessão de aposentadoria especial, do período em que laborou em condições especiais, incorporado-a ao seu patrimônio jurídico.

Quanto à questão atinente à acumulação de cargos privativos de médico, o artigo 57, parágrafo 8º, da Lei nº. 8.213/91 determina que o aposentado em regime especial que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada a partir da data do retorno.

Por outro lado, o parágrafo 10º, do artigo 37, da Constituição Federal, veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração do cargo, emprego ou função pública, em determinados casos previstos em lei, prevendo algumas ressalvas. Dentre elas, é mencionada a hipótese alusiva aos cargos acumuláveis na forma da Constituição Federal como, *verbi gratia*, o caso dos profissionais que atuam na área médica.

Insta sublinhar que a aposentadoria especial é um benefício que visa a garantir ao segurado do Regime Geral de Previdência Social uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais a sua saúde.

A atividade especial pressupõe a exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou mesmo à associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

No caso em tela, ao atuar em condições de trabalho semelhantes, o médico encontra-se sujeito às semelhantes situações especiais que autorizam a concessão de aposentadoria especial para compensar os efeitos decorrentes do exercício de sua atividade, seja na seara pública ou privada.

Assim, para cada cargo deve ser realizada a contagem diferenciada para fins de aposentadoria especial, cumprindo-se, dessa forma, o efetivo propósito do benefício previdenciário criado pelo legislador. Da exegese do artigo 57, parágrafo 8º, da Lei nº 8.213/91, diante da disposição contida no parágrafo 10, do artigo 37, da Constituição Federal, em especial no que tange à aparente antinomia legal, é lícito concluir que o texto constitucional deve prevalecer, sendo legítima a percepção simultânea de aposentadoria especial em decorrência da ocupação efetiva dos cargos em questão, atendidos os parâmetros estabelecidos quanto ao teto remuneratório da Administração Pública.

Afinal, a essência do benefício previdenciário especial reside em garantir ao segurado uma compensação financeira diante de sua atuação em situações especiais.

Por fim, analisando a questão atinente às exigências documentais para fins de obtenção do benefício previdenciário pleiteado, o artigo 57, parágrafos 3º e 4º, da lei multicitada, assim dispõe:

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

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

Nos termos do artigo 68, parágrafos 4º e 6º, do Decreto Lei nº 3.048/99, percebe-se foi atribuída a responsabilidade pela gestão de documentação atinente ao respectivo período laboral, em circunstâncias especiais, ao órgão ao qual esteja vinculado o trabalhador, senão vejamos:

§ 4º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à multa prevista no art. 283.

§ 6º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico previdenciário, abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho ou do desligamento do cooperado, cópia autêntica deste documento, sob pena da multa prevista no art. 283.

Assim, pode-se concluir que o encargo acerca da apresentação dos documentos deve ficar por conta da própria Administração Pública Distrital, uma vez que possui órgãos e setores devidamente estruturados para o gerenciamento de tais informações funcionais. Por tais razões, julgo procedente o pedido, condenando o réu a proceder à contagem diferenciada de tempo para efeito de aposentadoria especial em função dos serviços prestados em condições especiais, nos termos do artigo 57 da Lei nº. 8.213/91.

Nos casos de cumulação de cargos, condeno o Distrito Federal a proceder à contagem diferenciada para cada cargo cumulado para fins de aposentadoria especial.

Condeno ainda o Distrito Federal a providenciar a documentação necessária à comprovação das condições especiais de trabalho aos médicos representados.

O Distrito Federal é isento de custas. No entanto, condeno-o a ressarcir ao demandante o valor adiantado para o pagamento das custas processuais. Condeno-o, por fim, ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 3.000,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC.

Submeta-se a presente ao reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Brasília - DF, 28 de setembro de 2011.

Alvaro Luis de A. Ciarlini

Juiz de Direito⁸

Foram interpostos, pelo Distrito Federal, recurso de apelação, recurso especial e extraordinário. O recurso de apelação e o especial tiveram provimento

⁸ BRASIL. 2ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal. Ação de Conhecimento nº 2010.01.1.146944-5. Autor: Sindicato dos Médicos do Distrito Federal. Réu: Distrito Federal. Juiz: Álvaro Luís de A. Ciarlini. Brasília/DF, 28 de setembro de 2011.

negado, mantendo a sentença em sua integralidade. Já o recurso extraordinário não foi admitido no exame de admissibilidade feito pela presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, com isso foi necessário interpor agravo nos próprios autos. Ao analisar o recurso, o Ministro Celso de Mello, relator dos autos, o conheceu, mas negou-lhe provimento. Atualmente aguarda-se o julgamento de agravo regimental.

Neste contexto, levando-se em consideração que os recursos excepcionais, em regra, não tem efeito suspensivo, o Sindicato dos Médicos do Distrito Federal propôs a execução provisória do julgado, que foi autuada sob o nº 2012.01.1.134182-9.

A execução provisória teve como objetivo a consecução do direito já estabelecido na sentença que determinou a aplicação da Lei 8.213/1991 aos servidores públicos enquanto não sobrevier Lei Complementar para regulamentar a matéria. Isto significa principalmente a aplicação do §5º do art. 57, que estabelece a contagem de tempo diferenciada.

A necessidade de propositura da execução provisória se deu em decorrência do transcurso do tempo, pois a busca pelo direito iniciou-se no ano de 2009, e até 2012 muitos médicos que poderiam estar aposentados permanecem trabalhando em condições insalubres além do tempo necessário.

O comando da Lei nº 8.213/1991 no art. 57 e seus parágrafos trata na subseção IV das “condições para a concessão da Aposentadoria Especial”.

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

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro

Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado

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

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

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

§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput.

§ 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.⁹

O referido caput do dispositivo estabelece que será devida a aposentadoria especial, uma vez cumprida a carência exigida naquela lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito à condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Entretanto, o § 5º, do art. 57 da Lei 8.213/91, sistematicamente vinculado ao caput, reconhece que o tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em

⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm . Acesso em maio 2015

atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

Os critérios foram estabelecidos no Decreto nº 3.048/1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, e deu outras providências. Dentre elas, estabeleceu a elaboração do cálculo para conversão do tempo trabalhado em condições especiais (no caso dos médicos, insalubridade) em tempo comum.

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela: (Redação dada pelo Decreto nº 4.827, de 2003)

TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES	
	MULHER (PARA 30)	HOMEM (PARA 35)
DE 15 ANOS	2,00	2,33
DE 20 ANOS	1,50	1,75
DE 25 ANOS	1,20	1,40

§ 1o A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2o As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período.¹⁰

Avaliando a sistemática processual e legislativa, o juiz determinou o cumprimento da sentença no que diz respeito à aplicação da contagem de tempo diferenciada para fins de concessão de aposentadoria, já que muitos médicos já

¹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm. Acesso em maio 2015

deveriam estar aposentados pelos critérios estabelecidos na Lei 8.213/1991 e no Decreto nº 3.048/1999.

2.4 – PROPOSITURA DE AÇÃO CAUTELAR PARA SUSPENDER O CURSO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

O Distrito Federal apresentou inúmeras petições, recursos e uma Ação Cautelar se negando a efetuar o cumprimento da sentença sob duas alegações: uma, sustentando que pende de julgamento o recurso extraordinário com agravo, onde aduz que a aplicação da contagem de tempo diferenciada, em que pese ter sido deferida na ação de conhecimento, não foi expressamente concedida no mandado de injunção; duas, que a concessão do benefício da contagem diferenciada aos servidores públicos trará prejuízos por inexistência de fonte de custeio, e por esvaziamento do contingente de profissionais médicos do quadro da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, conforme se verifica na petição inicial da Ação Cautelar nº 3.698 (págs. 23/24).

Rememore-se, por oportuno, que qualquer Regime de Previdência é estruturado segundo regras atuariais precisas e tem como pressuposto básico o princípio de que nenhum benefício será criado ou majorado sem a correspondente fonte de custeio (CF, art. 195, § 5º).

A súbita mudança das regras desse regime, especialmente aquelas que afetam o equilíbrio atuarial do plano – tal como permite o acórdão do TJDFT - consubstancia o que se denomina de “Risco Legal”, um dos riscos mais severos e preocupantes para os estudiosos da Ciência Atuarial, pois afeta impetuosamente o equilíbrio atuarial do plano, pondo em risco sua própria existência, com prejuízo que alcança todos os segurados.

Para se ter ideia do impacto do quanto decidido pelo v. acórdão recorrido, apenas no intervalo de 18 meses haverá, segundo estimativa do IPREV, um acréscimo de R\$ 220.206.239,34 na folha anual de aposentadoria, tomando-se por base unicamente o universo dos profissionais da carreira médica. E isso sem considerar o fato de que 90% dos médicos detêm duas matrículas e que outras carreiras poderão ser beneficiadas, tais como enfermeiros e técnicos de enfermagem (doc. anexo).

Some-se a isso o fato de que, a prevalecer a tese do acórdão recorrido, no ponto em que garante a contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições especiais durante o regime estatutário e sua conversão em tempo de serviço comum, ocorrerá um súbito esvaziamento do contingente de profissionais médicos do quadro da Secretária de Saúde do Distrito Federal, porquanto mais de 2000 (dois mil) médicos já terão alcançado o tempo de serviço necessário à aposentadoria por tempo de serviço, em virtude da indevida ponderação do tempo de serviço prestado em condições especiais durante o vínculo estatutário (acréscimo de 40% se homem e 20% se mulher), sem qualquer contraprestação (doc. anexo). E o que é pior, com a garantia, dada pelo acórdão recorrido, de poderem continuar a trabalhar em um segundo vínculo público, nas mesmas condições ditas insalubres, em total afronta à própria razão de ser do instituto da aposentadoria especial, que é a proteção da saúde do trabalhador, e com grave ofensa ao artigo 40, §§ 4º e 10º da CF.¹¹

Com essas considerações, está evidente o conflito de interesses entre governo e sociedade, entre a sistemática legislativa que garante ao servidor público o mesmo direito concedido aos trabalhadores abrangidos pelo Regime Geral de Previdência Social e a falta de preparo financeiro/econômico e estrutural do Distrito Federal para cumprir as decisões judiciais, ensejando, conseqüentemente em ofensa aos princípios constitucionais que tem o condão de resguardar tais direitos.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 3.698. Petição inicial. Autor: Distrito Federal. Réu: Sindicato dos Médicos do Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Melo.

3 – RISCO LEGAL COMO ARGUMENTO DE FATOR IMPEDITIVO, SEGUNDO O DISTRITO FEDERAL, PARA NÃO CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL AOS MÉDICOS

O risco legal é a denominação dada ao evento que leve o trabalhador a necessitar de amparo para manutenção de suas necessidades básicas, quando não puder provê-las por seu trabalho. Segundo Wagner Balera, “a aferição da natureza social do risco decorre da conexão entre o dano e o interesse social, consolidado na finalidade estatal de proteger os interesses individuais comuns, ou seja, os interesses sociais.”¹²

A necessidade é presumida, é aferida por meio da constatação do risco. O risco projeta o dever de proteção do tipo previdenciário, e se orienta através de um acontecimento incerto e futuro, de maneira que os seguros baseados no risco não se centram em necessidade presente, mas em uma possibilidade.

Já os danos causadores da necessidade de utilização da previdência não se limitam apenas à pessoa do segurado, sendo reflexivo também a terceiros. Daí a caracterização do risco como social, vinculando-se à Seguridade Social.

Segundo Balera:

Assim, ainda que o objetivo do sistema de Seguridade Social seja a cobertura da necessidade, a forma estrutural pela qual a necessidade econômica pode ser associada com determinados riscos é o dado permissivo de compreensão dos riscos como fundamento de redistribuição. Em qualquer caso, os sistemas de Seguridade Social não cobrem, presentemente, todos os riscos, cingindo-se, apenas, a albergar aqueles cujos danos reflexos ensejam controle mediante políticas determinadas, de acordo com os interesses da coletividade, por meio de sistemas obrigatórios de proteção social.¹³

¹² BALERA, Wagner. Parecer formulado para o Sindicato dos Médicos e Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil. São Paulo, 06 de setembro de 2013.

¹³ BALERA, Wagner. Parecer formulado para o Sindicato dos Médicos e Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil. São Paulo, 06 de setembro de 2013.

A Constituição Federal selecionou os riscos sociais que serão protegidos pela Previdência Social, a saber: doença, invalidez, morte e idade avançada (art. 201, I da CF); maternidade e gestação (art. 201, II da CF); desemprego involuntário (art. 201, III da CF); manutenção de filhos até 14 anos ou inválidos e reclusos (art. 201, IV da CF); dependentes (art. 201, V da CF). Além desses, o artigo 201, § 1º estabelece tratamento diferenciado aos trabalhadores expostos a agentes agressivos; o § 7º ainda traz proteção pelo tempo de contribuição e no § 11º proteção em razão de acidentes do trabalho.

Há, entretanto, omissão no texto constitucional na determinação do termo “especial” (art. 201, § 1º), cuidando apenas de valoração dos fatos como risco social. Em ambos os regimes previdenciários, próprio e geral, a especialidade é conhecida como contingência social, ensejando prestação. As normas constitucionais que ajustam os regimes (artigos 40 e 201) carecem de aplicabilidade plena, reservando expressamente à lei sua completa eficácia. Em relação ao regime geral, existe a Lei 8.213/91, mas em relação ao regime próprio, ainda carece de criação de Lei Complementar.

Coube, no âmbito geral, à Lei nº 8.213, de 1991, a tarefa de disciplinar a proteção constitucional conferida em circunstâncias especiais, reservando duas prestações - aposentadoria especial e aposentadoria comum - para sanar os seus efeitos.

A especificidade legal surgiu da comparação dos fatores de tempo e fato, já que a aposentadoria especial demanda proteção àqueles que durante um prazo indeterminado realizam as respectivas atividades em ambiente mais agressivo ou sob risco mais acentuado, enquanto que a aposentadoria comum se encarrega de proporcionar cobertura a todo e qualquer tempo de trabalho.

O direito de aposentadoria, seja ela especial ou comum, decorre do trabalho e das contribuições. O que diferencia uma da outra é a necessidade de proceder a verificação do risco na aposentadoria especial que é mais severo do que o risco presumido de desgaste físico do trabalhador comum.

Esta análise diferenciada é fruto da evolução e aperfeiçoamento da cultura previdenciária, é a melhor compreensão do risco social como um todo, considerando a aposentadoria especial por seu tempo de trabalho.

Perceberam bem essa circunstância Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior ao afirmarem:

"Na essência é uma modalidade de aposentadoria por tempo de serviço, com redução deste em função das peculiares condições sob as quais o trabalho é prestada, presumindo a lei que o seu desempenho não poderia ser efetivada pelo mesmo período das demais atividades profissionais".¹⁴

Desta forma, a carência se torna o único traço diferencial entre as distintas modalidades de aposentadoria especial quando confrontadas com a matriz comum (por invalidez, por idade e por tempo de contribuição).

Por dificuldades financeiras, o Distrito Federal em sua Ação Cautelar nº 3.698, perante o Supremo Tribunal Federal, aduziu que não há fonte de custeio para concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos, e como consequência geraria desequilíbrio atuarial do plano de previdência e descontrolado risco social que poderia gerar o perigo de manutenção e existência da previdência.

Entretanto, tal argumento é equivocado, pois os próprios trabalhadores expostos a condições especiais custeiam o tempo contado de forma diferenciada. Em outras palavras, em que pese a contagem de tempo de serviço especial seja convertido em tempo comum e leve o trabalhador ao afastamento e "dependência" da previdência social, antes que haja a aposentadoria, haverá a correspondente contribuição.

3.1 – DAS FONTES DE CUSTEIO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

¹⁴ ROCHA, Daniel M., BALTAZAR JUNIOR, José P., **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, Livraria do Advogado, Porto alegre, 2000, p. 203.

O Brasil apresenta um sistema previdenciário bastante diferente de outros países ocidentais. Aqui o legislador constituinte originário visualiza a proteção jurídica previdenciária como um direito do cidadão e um dever do Estado.

A escolha por este sistema necessariamente subtraiu do empregado a exclusiva responsabilidade de promover sua proteção previdenciária pelo simples vínculo empregatício, para aplicar uma macro visão do sistema que dependeria não só do binômio direito-dever, como também da necessidade-possibilidade a fim de atender os anseios do cidadão sem comprometer a existência do sistema previdenciário.

Neste sentido, a CF/88 apresenta em seu art. 195 a fonte de custeio para que o binômio necessidade-possibilidade objetivado pela seguridade social na CF/88.

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

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

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.”

Foram eleitas pela Constituição duas fontes de custeio da seguridade social: a) recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e b) contribuições sociais.

Assim, ao contrário do pensamento expresso no senso comum por leigos na matéria, a seguridade social não deve ser baseada apenas nas contribuições sociais, mas também em recursos provenientes União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Há claramente uma repartição de responsabilidades constitucionalmente estipulada de forma que sociedade e Estado contribuiriam para a existência e a manutenção da seguridade social.

Há também no art. 195 §5º o chamado princípio da precedência da fonte de custeio: “§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

A Constituição Federal determinou, portanto, ao legislador infraconstitucional que não criasse, majorasse ou estendesse benefícios ou serviços sem observar a fonte de custeio: a) recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, b) contribuições sociais; e c) outras que oportunamente venham a ser criadas.

Logo, levando em consideração que a própria Constituição Federal instituiu o direito de aposentadoria especial dos servidores públicos que trabalham em condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física, não se pode afirmar que um benefício está sendo criado, majorado ou estendido, pelo simples fato de ele já existir e ter regulamentação segundo as regras do Regime Geral de Previdência Social.

3.2 – NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES

Durante muitos anos, doutrina e jurisprudência conflitavam sobre a natureza jurídica das contribuições previdenciárias, até chegarem ao consenso de que são

tributos, que sempre tiveram seu conceito ligado aos artigos 3º e 4º do Código Tributário Nacional.

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

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

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

II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Com isso, o art. 4º induz que os tributos poderiam ser distinguidos apenas pelo fato gerador descrito na hipótese de incidência tributária, repercutindo no reconhecimento de três espécies tributárias, conforme dispõe o art. 5º do Código Tributário Nacional, quais sejam, imposto, taxa e contribuição de melhoria.

Ocorre que o Código Tributário Nacional é vigente desde o ano 1967. O diferencial entre as contribuições e os impostos foi firmado somente quando da edição texto constitucional de 1988, deixando ao imposto a vedação de conteúdo finalístico (CF/88, art. 167, IV) e às contribuições a compulsoriedade deste (CF/88, art. 149).

Em outras palavras, após a Constituição de 1988, o conceito de tributo deixou de ser meramente analisado a luz do fato gerador para observar, também, a vinculação ao seu destino.

Neste sentido cumpre destacar as palavras de Misabel Abreu Derzi:

“Constituição de 1988, pela primeira vez, cria tributos finalisticamente afetados, que são as contribuições e os empréstimos compulsórios, dando à destinação que lhe é própria relevância não apenas do ponto de vista do Direito Financeiro e Administrativo, mas igualmente de Direito Tributário.”

E, justamente por isso

“o contribuinte pode opor-se à cobrança de contribuição que não esteja afetada aos fins, constitucionalmente admitidos; igualmente poderá reclamar a repetição do tributo pago, se, apesar da lei, houver desvio quanto à aplicação dos recursos arrecadados. É que, diferentemente da solidariedade difusa ao pagamento de impostos, a Constituição prevê a solidariedade do contribuinte no pagamento de contribuições e empréstimos compulsórios e a consequente faculdade outorgada à União de instituí-los, de forma direcionada e vinculada a certos gastos. Inexistente o gasto ou desviado o produto arrecadado para outras finalidades não autorizadas na Constituição, cai a competência do ente tributante para legislar e arrecadar.”¹⁵

Pacificada a natureza tributária das contribuições sociais previdenciárias com o elemento destinação como principal característica, fica claro que se trata de obrigação compulsória sujeita a todos os princípios tributários.

3.3 - PRECEDÊNCIA DA FONTE DE CUSTEIO

Após a compreensão acerca da natureza jurídica das contribuições sociais, e que o legislador constituinte considerou que só seriam levadas a efeito com a prévia indicação da base de custeio, considerando também outras duas fontes de custeio da seguridade social, dispôs sobre as normas específicas de custeio em vários diplomas legislativos, dentre eles nas Leis 8.212/91 e 8.213/91.

A Lei 8.212/91 firmou em sua redação original como é processada a arrecadação e fiscalização das contribuições sociais previdenciárias de responsabilidade dos segurados e de terceiros, sem distinguir qual benefício específico seria custeado com aquela contribuição, à exceção do art. 22, II, que individualizou o destino de arrecadação da contribuição com alíquota diferenciada atendendo à concepção de tributação ambiental, ou seja indução de conduta das

¹⁵ MISABEL, Abreu Machado Derzi, **notas atualizadoras de Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, 7.^a edição, de Aliomar Baleeiro, Forense, 1977, pp. 598-599.

empresas para gerarem menos acidente do trabalho: o financiamento das aposentadorias especiais.

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

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

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

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

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

(Grifo nosso)

E na Lei 8.213/91, art. 57 previu o adicional:

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

Da leitura dos dispositivos mencionados, é possível verificar que a Lei 8.212/91 combinada com a Lei 8.213/91 são complementações puras da CF/88, art. 195, §5º porque previram a fonte de custeio para os benefícios previdenciários em geral (contribuições de empregados, empregados domésticos, contribuintes individuais, segurados especiais, trabalhadores avulsos, empregadores em geral e empresas), bem como indicaram critérios de majoração das contribuições das empresas para custear benefícios derivados de acidentes de trabalho ou com contagem de tempo diferenciada (aposentadorias especiais) no intuito de estimular a proteção do trabalhador.

Logo, diferentemente do argumentado pelo Distrito Federal, não se pode falar em ausência de fonte de custeio para os benefícios da aposentadoria especial aos médicos, previstos na Lei 8.213/91, arts. 57 e 58, uma vez que há expressa previsão em Lei sobre a forma de arrecadação e de fiscalização de contribuição social com adicional de alíquota destinado a custear as aposentadorias especiais.

Diante disso é importante analisar alguns elementos que descrevem o real estado dos elementos em torno do custeio da aposentadoria especial.

3.4 – DEVER DE FISCALIZAÇÃO

Humberto Ávila destaca que:

“A Constituição Federal de 1988 estabeleceu de duas formas os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. De um lado, por meio daquilo que denominou de ‘fundamentos’, como é o caso da dignidade humana e do valor social do trabalho (art. 1º). De outro lado, por meio da fixação daquilo que qualificou de ‘objetivos’, como sucede com o dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º)”¹⁶

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Limites à Tributação com base na solidariedade social**. In Solidariedade Social e tributação. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (org.). São Paulo: Dialética, 2005. p. 68.

Assim como fixou os seus princípios fundamentais e objetivos, a Constituição de 1988 igualmente criou um sistema de atribuição e divisão de poder por meio de subsistemas normativos, como por exemplo, são o Sistema Tributário Nacional e a Seguridade Social.

Ávila menciona ainda que

“nesses subsistemas, além de serem instituídos princípios, denominados ora de ‘princípios gerais’, ora de ‘limitações ao poder de tributar ou mesmo de ‘disposições gerais, também são instituídas regras de competência, ordinárias e residuais, que delimitam conceitualmente os fatos que podem ser objeto de tributação por meio da instituição de impostos e contribuições”.¹⁷

Com essas considerações, pergunta-se: o Estado justifica a tributação com base em princípios, tais como o da precedência da fonte de custeio em detrimento de regras? Ou em outros termos, poderia um princípio prevalecer em face de um direito?

É necessário verificar antes de tudo que nosso ordenamento jurídico é regido por regras que definem aspectos materiais das hipóteses de incidência e também pela divisão das competências em ordinárias e residuais. Mais especificamente, quando se trata da Seguridade Social, Ávila menciona que a Constituição de 1988 optou “[...] por uma técnica de financiamento por meio de contribuições sociais e por uma técnica de atribuição de poder por meio de regras”¹⁸

Esta escolha do constituinte não foi por acaso, pois a opção pela instituição de regras

“[...] estabelece âmbitos de competência muito diversos daqueles porventura existentes no caso da instituição de princípios: enquanto nessa hipóteses o Poder Legislativo pode escolher os meios para promover os fins, naquela outra ele está previamente vinculado ao meio constitucionalmente escolhido. Isso significa, por exemplo, que a solidariedade social não poderá ser utilizada para justificar a instituição ilimitada de contribuições sociais, quer direta, quer indiretamente. Isso porque as regras têm caráter imediatamente descritivo de conduta ou de atribuição de poder para a adoção de

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

conduta, cabendo ao intérprete aplicar a regra cujo conceito seja finalmente correspondente ao conceito dos fatos. Ao contrário dos princípios, que instituem razões que devem ser conjugadas com outras no ato de aplicação, as regras constitucionais estabelecem razões decisivas, preestabelecendo o meio a ser adotado futuramente pelo Poder Legislativo e afastando, por consequência, outros meios que poderiam ser utilizados diante do caso concreto. As regras são justamente decisões que o Poder Constituinte toma para afastar o conflito de interesses que pode surgir no ato de aplicação”¹⁹

Com essas considerações, é possível verificar que essas regras possuem o condão de vedar uma série de motivos que podem surgir no caso concreto, uma vez que excluem as demais hipóteses e considerações que poderiam estar disponíveis ao aplicador e pelo fato de servirem como fundamento, razão para a decisão:

“Em suma, as regras servem para resolver aquilo que deve ser feito por meio do afastamento de considerações morais, na convicção de que, assim procedendo, as controvérsias e as incertezas bem como os custos morais, decorrentes da falta de decisão, serão eliminados ou reduzidos”.²⁰

Neste passo, em um eventual conflito entre regras e princípios, as regras devem se sobrepôr, porque possuem uma eficácia que os princípios não têm:

“Em primeiro lugar, a eficácia das regras é decisiva, ao passo que a dos princípios apenas contributiva, não cabendo ao intérprete, por consequência, afastar, sem mais, a decisão tomada pela Constituição Federal pela sua própria decisão pessoal. Em segundo lugar, as regras têm uma eficácia definidora dos próprios princípios com os quais horizontalmente se relaciona, no sentido que vários dos ideais cuja realização é por eles determinada já têm seu modo de concretização prévia e abstratamente “delimitado” no plano constitucional, não cabendo ao intérprete concretizar o ideal constitucional de modo diferente daquele já definido pela Constituição”.²¹

¹⁹ Idem. Pág. 69

²⁰ Idem. Pág. 70

²¹ Idem. Pág. 70-71

Assim, a atribuição de competência através de regras exclui qualquer hipótese aplicação diferenciada do dever tributar independente dos princípios constitucionais.

Ademais, as regras estabelecidas na Constituição impõem barreiras intransponíveis ao legislador infraconstitucional, isto é, não se tratam de normas abertas, como melhor explica Ávila:

“[...] as regras constitucionais atributivas de competência, quando utilizam expressões cujas propriedades sejam conotadas pela própria Constituição ou pela legislação infraconstitucional vigente à época de sua promulgação, preveem ou incorporam conceitos que fixam balizas intransponíveis ao legislador infraconstitucional. Nesse sentido, não há espaço para entender essas normas como constitucionalmente abertas, assim entendidas aquelas normas que admitiriam a sua ilimitada ou ampla concretização pelo legislador sem fixação conceitual prévia indisponível. Bem ao contrário, a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal faz referência tanto a “balizas constitucionais” que não podem ser ultrapassadas pelo legislador quanto a “figurinos” e a “conceitos” que o legislador não poderá desprezar”.²²

O significado da interpretação das expressões contidas na Constituição Federal são indispensável para a compreensão da norma. Entretanto, nem todas as normas de origem constitucional têm o mesmo grau de significação, havendo aquelas abertas e outras fechadas:

“todas têm algum grau de indeterminação, mas todas também possuem um núcleo semântico mínimo, maior ou menor. O que não se pode fazer é afirmar que todas as normas constitucionais são totalmente abertas e demandam a decisão meramente política de concretizá-las de modo ilimitado”.²³

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no mesmo sentido:

“Concordo em que a lei pode, casuisticamente, dizer o que é ou o que não é renda tributável. Mas não deve ir além dos limites semânticos, que são intransponíveis. Entendo, por isso, que ela não pode considerar renda, para efeito da taxaçoão, o que é, de maneira

²² Idem. Pág.77

²³ Idem. Pág. 79

incontestável, ônus, dispêndio, encargo ou diminuição patrimonial, resultante de pagamento de um débito”.²⁴

Diante deste contexto, verifica-se que a Constituição de 1988 adotou uma técnica de atribuição de poder por meio de regras, estabelecendo, também, princípios que têm por finalidade garantir a previsibilidade das regras.

Como exemplo deste mecanismo de subsunção que ocorre com as regras, há o exemplo da aposentadoria. Se determinado segurado implementar as condições previstas para obtenção de uma determinada prestação, há subsunção do fato à regra e, conseqüentemente, deve ser garantido o seu direito.

A Constituição Federal, em seu artigo 201, dispôs sobre a Previdência Social, que deve cobrir os riscos sociais, como doença, invalidez, morte. Para atender estes riscos, previu uma série de benefícios, cada qual relacionado a um evento.

Ademais, a Carta Magna impediu a adoção de critérios diferenciados para concessão de aposentadorias, exceto as exceções contidas no §1º, do artigo 201:

“Art. 201 [...]

§ 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.”

Logo, ao verificar que o trabalhador se expôs em atividade que causassem prejuízo à saúde ou à integridade física e também aos portadores de necessidades especiais, há respaldo para adoção de critérios diferenciados.

²⁴ Recurso Extraordinário nº 71.758, Relator Ministro Thompson Flores, RTJ 66, p. 150

Para o presente caso, interessa os que se refere à aposentadoria especial, benefício destinado ao segurado que tiver trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos em condições especiais (art. 57, da Lei 8.213/91).

A adoção de critério diferenciado para esta prestação, decorre do fato que o segurado colocou a sua saúde em risco durante o trabalho, razão pela qual merecida uma guarida diferenciada. Busca-se proteger a saúde do cidadão, em perfeita sintonia com o que propõe o sistema de Seguridade Social: ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194, da CF/88).

Assim sendo, à Seguridade Social não interessa somente a aposentadoria do segurado, mas também a sua saúde, até porque quem arca com os ônus decorrentes do cidadão enfermo é o SUS, que integra a Seguridade Social brasileira.

Como consequência na redução do tempo de contribuição necessário para a obtenção da aposentadoria especial, estabeleceu a Lei 8.213/91, em seu artigo 57, §6º, um acréscimo no financiamento diferenciado.

Trata-se, evidentemente, de regra acessória ao direito consagrado constitucionalmente. Em outros termos, a Constituição faz a previsão do direito à aposentadoria, regra de maior importância, ao passo que o legislador infraconstitucional estabeleceu certos requisitos: menor tempo de contribuição e maior financiamento.

O artigo 195, inciso I, alínea “a” e parágrafo 9º, da CF/88, diz o seguinte:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

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

[...]

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

O texto constitucional é bastante claro em determinar a responsabilidade dos empregadores pelo pagamento da contribuição previdenciária não só de seus empregados, mas também de todos aqueles que lhe prestam serviços.

Importante destacar, ainda, que, de acordo com o § 9º do artigo 195, o mencionado tributo poderá ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

Neste passo, é de se enfatizar a importância do limite semântico do dispositivo constitucional: a contribuição social destinada ao financiamento da aposentadoria especial fica a cargo da empresa, através de desconto na folha de salário.

É responsabilidade do empregador. E nem poderia ser diferente, eis que a obrigação por verter as contribuições previdenciárias sobre folha de salário sempre é dever do empregador, como estipula a Lei 8.212/91, artigo 30, inciso I, alínea “a”:

“Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

[...]”

Neste mesmo sentido, portanto, estão os artigos 22, da Lei 8.212/91 e 57 da Lei 8.213/91, que versam especificamente sobre o adicional da contribuição destinada ao financiamento da aposentadoria especial.

Diante de tudo o que foi exposto, a questão que vem à tona é: se a empresa não cumprir com o seu dever de contribuir, corre o segurado o risco de perder o seu direito a aposentadoria especial ou à contagem de tempo especial porque o Estado se omitiu no dever de fiscalização?

A resposta é negativa, por vários fundamentos.

O primeiro deles, não que na hierarquia das normas seja o mais importante, encontra-se no Enunciado nº 18 do Conselho de Recursos da Previdência Social que assim dispõe:

ENUNCIADO Nº 18 - Não se indefere benefício sob fundamento de falta de recolhimento de contribuição previdenciária quando esta obrigação for devida pelo empregador.

Ora, se a própria Previdência Social reconhece que não pode o direito à aposentadoria ser afastado em razão de cumprimento da obrigação tributária pelo empregador, não restam dúvidas que deve ser assegurado o direito do cidadão em obter a aposentadoria especial ainda que não tenha ocorrido o efetivo recolhimento do adicional do SAT.

Assim sendo, ao segurado recaem os ônus para comprovar o tempo especial junto a Previdência Social, salvo para os casos de presunção legal até a Lei 9.032/95, ao passo que a empresa tem o dever de verter a contribuição e, por fim, à Receita Federal recai a responsabilidade pela fiscalização, conforme expressamente determina a Instrução normativa da RFB Nº 971, em seu artigo 288:

“Art. 288. A RFB verificará, por intermédio de sua fiscalização, a regularidade e a conformidade das demonstrações ambientais de que trata o art. 291, os controles internos da empresa relativos ao gerenciamento dos riscos ocupacionais, em especial o embasamento para a declaração de informações em GFIP, de acordo com as disposições previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 1991.

Parágrafo único. O disposto no caput tem como objetivo:

I - verificar a integridade das informações do banco de dados do CNIS, que é alimentado pelos fatos declarados em GFIP;

II - verificar a regularidade do recolhimento da contribuição prevista no inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, e da contribuição adicional prevista no § 6º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991;

III - garantir o custeio de benefícios devidos.”

Observe-se que a condição de hipossuficiente dos segurados em relação ao recolhimento de contribuições que lhes favoreçam restou reconhecida pelo Dec. 3.048/99, art. 26, §4º, quando este determinou ser presumido o recolhimento de contribuições descontadas do segurados. Imagine na situação do adicional do SAT em que o segurado sequer toma conhecimento do recolhimento ou não deste, pois nem sofre o desconto para poder questionar a empresa.

Desta feita se o sujeito ativo foi omissos no dever de fiscalização, tanto que o segurado vem a comprovar sua efetiva exposição ao risco, não pode este ser privado de direito reconhecido constitucionalmente.

Outro ponto a ser considerado reside na patente ausência de isonomia a ser implantada sob o manto da precedência da fonte de custeio, pois não há adicional do SAT, nem mesmo este para várias categorias de segurados que ainda assim tem seu direito constitucional firmado, dentre eles os servidores públicos.

Assim, mais uma vez o Estado estaria tentando promover tratamento anti-isonômico entre os segurados do INSS e os servidores públicos, pois estes continuariam com o direito à aposentadoria especial em detrimento dos segurados da iniciativa privada que por falha de fiscalização do Estado não acessariam mais o direito previsto constitucionalmente.

Ultrapassados todos os pontos acima indicados, em especial o de não se confundir precedência da fonte de custeio com fiscalização tributária, ainda residiria a necessidade de mais uma vez voltarmos nossos olhos para a natureza jurídica da

aposentadoria especial enquanto regra e da precedência da fonte de custeio como princípio.

Aplicando-se as diretrizes da hermenêutica constitucional à eventual conflito entre regras e princípios, lembremos que prevalecem as regras, haja vista sua eficácia decisiva, não dando margem ao intérprete fazer interpretação diversa daquela já estabelecida pelo texto constitucional.

Assim, o direito à aposentadoria especial ou mesmo ao computo de tempo especial não pode ceder diante do princípio da precedência da fonte de custeio, sob pena de esvaziar o próprio direito.

3.5 – RELAÇÃO ENTRE A PRECEDENTE FONTE DE CUSTEIO E A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA ESPECIAL – EQUILÍBRIO ECONÔMICO E ATUARIAL

A aposentadoria especial foi instituída pelo art. 31 da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS).

O Decreto 53.831, de 25 de março de 1964, que regulamentou a Lei 3.807/60 estabeleceu, em seu Anexo, um rol de serviços e atividades profissionais que deveriam ser classificadas como insalubres, perigosas ou penosas, em razão da exposição do segurado a agentes químicos, físicos ou biológicos, a fim de se configurar o tempo em atividade especial.

A comprovação do tempo de serviço especial vigorou ao longo do tempo, sob dois critérios: o da aposentadoria especial por categoria profissional e por condições especiais efetivas.

Pelo critério da categoria profissional, a aposentadoria especial era concedida ao segurado que cumprisse as condições constantes da Lei nº. 3.807, de 26/08/60 (LOPS), por presunção de existência de serviços ou atividades profissionais classificadas como insalubres, penosas ou perigosas.

Tal quadro foi substituído pelo que foi aprovado através do Decreto 83.080, de 24 de janeiro de 1979, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, dispondo que as atividades que passariam a ensejar a aposentadoria especial encontram-se em seus Anexos I e II.

Promulgada a Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, a aposentadoria especial por categoria profissional foi abolida, conforme se depreende da redação original do art. 202, inciso II, que assegura a aposentadoria em tempo de serviço inferior, caso o segurado esteja sujeito a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, conforme definido em lei. Acaba, pois, com a presunção de risco, determinando que se trate de trabalho efetivamente realizado sob condições especiais.

Cumprindo a determinação da Constituição Federal de 1988, foi editada a Lei 8.213, em 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social. O artigo 57 da Lei 8.213/91 dispõe sobre a aposentadoria especial. A redação do art. 57 é clara, prevendo que:

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

Portanto, com o advento da Lei nº. 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social), persistiu o critério de concessão do benefício de acordo com a atividade profissional.

O art. 58, da Lei 8.213/91, por sua vez, estabeleceu que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física deveria ser objeto de lei específica.

A Lei 8.213/91 foi regulamentada pelos Decretos 357/91 e 611/92. Embora o art. 58 da Lei 8.213/91 tenha estabelecido que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física deveria ser objeto de lei específica, o art. 66 do Decreto 357/91 inovou, estabelecendo que a inclusão ou exclusão de

atividades profissionais para efeito da concessão de aposentadoria especial será feita por decreto do Poder Executivo.

Finalmente, o art. 295 do Decreto 357/91 dispôs que, para efeito de concessão das aposentadorias especiais deveriam ser considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº. 83.080/79 e o Anexo do Decreto n. 53.831/64, até que fosse promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física.

O Decreto 611/91, com redação idêntica à do Decreto 357/91, dispôs em seu art. 292 que: para efeito de concessão das aposentadorias especiais serão considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº. 83.080/79 e o Anexo do Decreto n. 53.831/64, até que fosse promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física.

O critério das condições especiais efetivas, somente com a promulgação da Lei nº. 9.032, de 29 de abril 1995, é que, dando cumprimento à disposição constitucional, foram introduzidas diversas alterações no sistema, passando-se a exigir a comprovação da efetiva exposição ao agente prejudicial à saúde, bem como, que o tempo de exposição fosse permanente, e não ocasional.

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

Entretanto, até a edição da Lei 9.032/95 existe a presunção "*ius et de iure*", presunção absoluta de exposição a agentes nocivos, relativamente às categorias profissionais relacionadas na legislação previdenciária, presumindo a sua exposição aos agentes nocivos. A intenção do legislador, a partir da edição da Lei 9.032/95, seria não mais permitir o enquadramento do tempo especial simplesmente por pertencer o segurado a uma determinada categoria profissional.

Em suma, a partir da publicação da Lei 9.032/95, o cômputo do tempo de serviço anteriormente enquadrado conforme a categoria profissional, em qualquer

hipótese, “não seria mais permitida”, de acordo com a interpretação particular do INSS, excetuando se o segurado tivesse completado o tempo necessário à aposentadoria, até a véspera da vigência desta lei.

Ainda que fosse considerada simplesmente a nova redação do art. 57 da Lei 8.213/91, a legislação não poderia retroagir, impedindo a conversão do tempo especial, anteriormente enquadrado conforme a categoria profissional, em tempo comum.

Em 14/10/96, foi publicada a Medida Provisória nº. 1.523/96 que alterou o art. 58 da Lei 8.213/91, inovando ao remeter a definição da relação dos agentes nocivos ou prejudiciais à saúde ou integridade física, para fins de concessão da aposentadoria especial ao Poder Executivo.

Editado o Decreto 2.172, em 05 de março de 1997, aprovando o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, o seu Anexo IV classifica os agentes nocivos em: agentes químicos, físicos e biológicos. O Decreto 2.172/97 não mencionou outras condições ambientais nocivas, como umidade, frio, eletricidade e radiação não-ionizante, cuja exposição anteriormente incluía a atividade como penosa ou perigosa, e que continua a ser apontada como fator de risco para o trabalhador.

Porém, deve ser observado que a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais é no sentido de considerar como atividade nociva aquela exercida pelo trabalhador, ainda que não inscrita em regulamento, desde que comprovada.

A Medida Provisória 1.596-14, de 10 de novembro de 1997, que convalidou a Medida Provisória 1.523-13, de 23 de novembro de 1997, adotou a mesma redação das medidas provisórias anteriores. A Medida Provisória 1.596/97 foi convertida na Lei 9.528/97, com a mesma redação da Medida Provisória 1.596/97.

A Medida Provisória 1.663-10, de 28 de maio de 1998, em seu art. 28 chegou a revogar o § 5º do art. 57 da Lei 8.213/91, que permitia a conversão do tempo de serviço especial em tempo comum. A Medida Provisória 1663 continuou a ser reeditada, até a Medida Provisória 1.663-15, que acabou sendo parcialmente convertida na Lei 9.711, de 20/11/1998, entretanto, ao ser convertida na Lei

9.711/98, a parte referente à revogação do § 5º do art. 57, da lei 8.213/91, que constava anteriormente no art. 32 da medida provisória, foi suprimida.

Como não constou no texto do art. 32 da Lei 9.711/98, a parte final da medida Provisória 1.663-15, onde fora revogado o § 5º do art. 57, persiste a atual redação do art. 57 e 58 da Lei 8.213/91, conforme ordenado expressamente pelo art. 15 da Emenda Constitucional 20/98:

Art. 15. Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei 8.213, de 24/07/91, na redação vigente à data da publicação desta Emenda. .

Por fim, foi publicada a Medida Provisória 1.729/98, convertida na Lei nº. 9.732/98, deu nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 58 da Lei 8.213/91, estabelecendo que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos fosse feita mediante formulário, estabelecido pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico ou engenheiro do trabalho, nos termos da legislação trabalhista.

E somente a partir deste momento ficou expresso o adicional do SAT com destino ao custeio das aposentadorias especiais.

Nesta linha ao se relacionar o argumento da precedência da fonte de custeio ao equilíbrio econômico e atuarial da CF/88, art. 201, compete ao que alegar esta relação como causa excludente de direito do cidadão, comprovar a existência do estudo atuarial e do cumprimento de seu dever de fiscalização, pois é estranho aplicar este questionamento para períodos laborais exercidos em condições especiais devidamente comprovadas, sem apresentar o estudo atuarial.

4 – OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Por toda a análise do caso, bem como consideração dos argumentos do Distrito Federal quanto ao risco social e o custeio do benefício de implementação de aposentadoria especial aos servidores públicos, verifica-se o patente conflito de interesses com o grupo social dos servidores públicos. Tal situação afronta princípios que tem o condão de defender a causa dos médicos, autores do caso em estudo.

A teoria dos princípios foi desenvolvida por Ronald Dworkin²⁵, atribuindo normatividade aos princípios e evidenciando a distinção entre regras e princípios.

Di Pietro²⁶ enumera os princípios informadores do Direito Administrativo, demonstrando a grande importância dos mesmos, pois permitem ao intérprete estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

4.1 – O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

O princípio da proteção da dignidade da pessoa humana vem consagrado no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, sendo um dos fundamentos da República e do Estado Democrático e Social do Direito.

Segundo Sarlet²⁷, a origem do conceito moderno de dignidade da pessoa humana parte da ideia kantiana de autonomia ética do ser humano, que residiria na vedação do homem ser tratado como objeto, inclusive por si próprio.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamental na ordem jurídica.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Figueiredo²⁸ dispõe em sua doutrina, citando Hofman, que a dignidade tem como alicerce o reconhecimento social na valoração positiva do que se considera respeito social. Logo, a dignidade só pode ser definida quando em análise da comunicação com o outro, retomando o aspecto da alteridade kantiana. Não se poderia pensar em dignidade desvinculada da comunidade.

Já segundo Aith²⁹, é o princípio da dignidade da pessoa humana que proíbe a tortura, o trabalho escravo, pesquisas com cobaias humanas, a comercialização de órgãos humanos, tratamentos de choque em doentes mentais, etc.

4.2 O PRINCÍPIO DA SAÚDE COMO DIREITO

O princípio da saúde é um direito fundamental do ser humano, que inclusive compõe os direitos sociais e significa para o poder público a responsabilidade de elaborar programas concretos para garantia da saúde da população. Para a população, o direito reconhecido confere direito subjetivo de exigir a prestação de serviços de saúde pelo Estado, individual ou coletivamente.

A Constituição Federal, em seu art. 196, estabelece que “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”. Logo, não se trata de um benefício de contraprestação, nem de caridade assistencial.

O núcleo central do proclamado direito liga-se à noção de “ausência de doenças” ou a “qualidade de vida”. Trata-se de um direito social que oferece dupla dimensão: um aspecto defensivo no sentido de não prejudicar a saúde de outros, e então tem dimensão negativa, determinando um dever de respeito à saúde; e uma dimensão prestacional imputando um dever, em geral ao Estado, de modo a

²⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

²⁹ AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

oferecer medidas concretas para manter ou recuperar e proteger a saúde da população.

4.3 – APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICA DESAMPARADA DOS PRINCÍPIOS QUE A REGEM

Diante do quadro apresentado, o Estado – e no caso em análise, se estende ao Distrito Federal – como responsável pela defesa e prestação de saúde à população não tem cumprido seu papel, uma vez que vem colocando à frente preocupações infundadas de caráter econômico/financeiro, alegando que a concessão das aposentadorias especiais podem gerar desequilíbrio atuarial.

Em confronto com o interesse público, está a saúde do servidor público que se mantém exposto a ambientes cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, por tempo superior ao permitido pela legislação.

Em que pese a argumentação – infundada, como já demonstrado – do Distrito Federal de que deve-se resguardar a previdência social, pergunta-se: qual o valor da vida desde servidores públicos que estão trabalhando em condições especiais? É justo ou coerente que se sacrifique uma pequena parcela da sociedade, expondo-os à desgaste físico para preservar a previdência?

A dignidade da pessoa humana está elencada nos princípios fundamentais da Constituição Federal e o direito à saúde introduz o capítulo dos direitos sociais. Portanto são antes de tudo, essenciais ao desenvolvimento da população.

Ficou demonstrado que a concessão da aposentadoria especial aos servidores públicos está seguramente “financiada” pelas fontes de custeio do sistema previdenciário brasileiro, e mesmo que não estivesse, não poderia haver violação aos direitos dos servidores em respeito aos princípios elencados.

5 - CONCLUSÃO

O direito de aposentadoria especial foi instituída pela Constituição Federal aos servidores públicos, em seu art. 40, § 4º, incisos I a III, os casos daqueles que são portadores de deficiência, exerçam atividade de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Visando à aplicação da norma, os médicos do caso em estudo buscaram o judiciário para ver concretizado seu direito. Entretanto, o réu, Distrito Federal apresentou argumentos de impossibilidade de concessão do benefício sob alegação, principalmente de falta de custeio. Em outras palavras, alegou que a aposentadoria especial enseja o afastamento do serviço antes do tempo comum de idade e contribuição, portanto causaria à previdência prejuízos.

Percebeu-se no decorrer do processo que em confronto com a estabilidade da previdência social, estão os direitos sociais e garantias constitucionais dadas à pessoa humana.

Ao analisar os argumentos do Distrito Federal foi possível concluir que a CF/88 apresenta em seu art. 195 a fonte de custeio para que o binômio necessidade-possibilidade objetivado pela seguridade social na CF/88.

Foram eleitas pela Constituição duas fontes de custeio da seguridade social: a) recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e b) contribuições sociais.

Assim, ao contrário do pensamento expresso no senso comum por leigos na matéria, bem como nas alegações de defesa e resistência ao cumprimento da decisão judicial imposta ao Distrito Federal, a seguridade social não deve ser baseada apenas nas contribuições sociais, mas também em recursos provenientes União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Há claramente uma repartição de responsabilidades constitucionalmente estipulada de forma que sociedade e Estado contribuiriam para a existência e a manutenção da seguridade social.

Logo, levando em consideração que a própria Constituição Federal instituiu o direito de aposentadoria especial dos servidores públicos que trabalham em condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física, bem como que existe a responsabilidade do Estado com parcela da contribuição para a previdência social, não há razão para o Distrito Federal aduzir que um benefício está sendo criado, majorado ou estendido, pelo simples fato de ele já existir e ter regulamentação segundo as regras do Regime Geral de Previdência Social.

Ademais, o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana vem consagrado no inciso II do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, sendo um dos fundamentos da República e do Estado Democrático e Social do Direito. Já o princípio da saúde é um direito fundamental do ser humano, que inclusive compõe os direitos sociais e significa para o poder público a responsabilidade de elaborar programas concretos para garantia da saúde da população. Com isso, antes do governo (em geral) tomar atitudes por si impondo situações de desrespeito a decisões judiciais, é necessário o respeito aos princípios que regem a ordem constitucional.

6 - REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Limites à Tributação com base na solidariedade social**. In Solidariedade Social e tributação. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (org.). São Paulo: Dialética, 2005. p. 68.

BALERA, Wagner. **Parecer formulado para o Sindicato dos Médicos e Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil**. São Paulo, 06 de setembro de 2013.

BRASIL. 2ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal. Ação de Conhecimento nº 2010.01.1.146944-5. Autor: Sindicato dos Médicos do Distrito Federal. Réu: Distrito Federal. Juiz: Álvaro Luís de A. Ciarlini. Brasília/DF, 28 de setembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 3.698. Petição inicial. Autor: Distrito Federal. Réu: Sindicato dos Médicos do Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Melo.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 836. Impetrante: Sindicato dos Médicos do Distrito Federal. Impetrado: Presidente da República e Governador do Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 19 de setembro de 2009. DJE nº 179, divulgado em 22/09/2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: maio 2015.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm. Acesso em maio 2015

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em maio 2015

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm . Acesso em maio 2015

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 4. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.)

MARTINEZ. Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial. 920 Perguntas e Respostas**. 5ª Edição. pág.20.

MISABEL, Abreu Machado Derzi, **notas atualizadoras de Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, 7.ª edição, de Aliomar Baleeiro, Forense, 1977, pp. 598-599.

Recurso Extraordinário nº 71.758, Relator Ministro Thompson Flores, RTJ 66, p. 150

RIBEIRO. Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial**. 4ª Edição. Pág. 23.

ROCHA, Daniel M., BALTAZAR JUNIOR, José P., **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, Livraria do Advogado, Porto alegre, 2000, p. 203.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WEINTRAUB. Arthur Bragança de Vasconcellos e BERBEL. Fabio Lopes. **Manual de Aposentadoria Especial**. pág. 39.