

Fernando Gonçalves Dias

Brasília - DF, 26 de agosto de 2020

Excelentíssimo Ministro Presidente e Relator

Senhor **DIAS TOFFOLI**

Excelentíssimas Senhoras e Senhores Ministros

Embargos de declaração

Ref. RE nº 791961

(Tema:709)

Órgão Julgador: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Relator: Min. DIAS TOFFOLI

Excelentíssimas Senhoras Ministras

Excelentíssimos Senhores Ministros,

Trabalhar com o que gostamos traz felicidade!

O amor à profissão forma um excelente profissional. Como consequência, **a pessoa vive de bem com a vida**, relaciona-se melhor com ela mesma e com os outros. A alegria e satisfação com que exercem a profissão contagiam! (*Reinaldo Passadori* <https://www.catho.com.br/carreira-sucesso/colunistas/reinaldo-passadori/amor-a-profissao/>)

"Ganhar a vida não é mais suficiente. O trabalho tem de nos permitir viver a vida também" Peter Drucker

(...) funcionários insatisfeitos com o seu trabalho tem custado milhões na economia dos EUA, principalmente através de perda de performance e considera que **promover a felicidade dos funcionários é o mais importante** neste momento para a economia" (pagina 10 https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/15221/1/ISG_Tiago_Leite_Maio.pdf0)

Fernando Gonçalves Dias

“Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que **não pode ser suprimida pelo Estado** ou pela sociedade. Exs mais óbvios: **o Estado e a sociedade não podem decidir** com quem você vai se casar, qual deve ser a sua religião ou **que profissão você vai seguir**.(Fragmento do voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do **RE 635.659**) Grifo nosso!

CACILDA DIAS THEODORO, já qualificada nos autos do processo em epígrafe, vem respeitosamente à augusta presença de Vossas Excelências, apresentar embargos de declaração pelos motivos de fato e de direito a seguir delineados:

Em razão da complexidade do tema, não obstante a riqueza dos fundamentos do venerando acórdão, *data vênia*, esse *decisum* merece **aclaramento de alguns pontos e acréscimos** para enfrentar direitos invocados, e que passaram despercebidos, assim como para analisar se a norma impugnada é compatível com **todos os dispositivos e princípios constitucionais**, nesse caso, em razão do caráter objetivo do processo, por transcender os interesses subjetivos desse embargante, o que leva a **abertura da causa de pedir**.

Esse recurso será dividido em **dois** tópicos:

O **primeiro**, para apontar os vícios de omissão, obscuridade e contradição;

Já **o segundo**, para demonstrar que a permanência do aposentado especial na área de risco não viola o direito à saúde e a dignidade humana e **gera bem-estar** (preâmbulo e art. 3º, IV, da Magna Carta), com a **felicidade** de

Fernando Gonçalves Dias

exercer a profissão escolhida (**art.6º, caput, da Carta**), e reflexos positivos na família, sociedade e **produto interno bruto**¹.

Antes de apontar os vícios que justificam a apresentação desse recurso importante fazer alguns registros. São eles:

Caso difícil

O Tema 709 pode ser classificado como caso difícil em razão da sua complexidade pela colisão de direitos fundamentais, v.g., proteção à saúde e o direito a liberdade, o que exige do interprete, como leciona o Professor e eminente Ministro Barroso² "*(...) construção artesanal da decisão, mediante uma argumentação mais elaborada, capaz de justificar e legitimar o papel criativo desempenhado pelo juiz na hipótese*"

Ausência de urgência para proibir o trabalho

A aposentadoria especial surgiu em 1960 e a norma impugnada somente foi editada 38 (trinta e oito) anos depois, em 1998, o que desnatura a urgência, requisito exigido para edição de medida provisória, assim como desnatura esse mesmo requisito para concessão de liminar em ADI, nos termos da jurisprudência dessa Suprema Corte.

Letra morta no mundo jurídico

Não se tem notícia de exigência de que o Poder Executivo tenha executado o §8º do art. 57 da Lei 8.213/91 desde que a sua vigência, o que pode ser confirmado por Vossas Excelência através de pedido de informações ao INSS

¹ (...) funcionários insatisfeitos com o seu trabalho tem custado milhões na economia dos EUA, principalmente através de perda de performance e considera que **promover a felicidade dos funcionários é o mais importante** neste momento para a economia" (pagina 10 https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/15221/1/ISG_Tiago_Leite_Maio.pdf0)

² BARRSO, Luís Roberto, O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição no Brasil – 3ª reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 37

Fernando Gonçalves Dias

para que essa Autarquia informe se já existiu alguma fiscalização, ou cancelamento de aposentadoria com base nesse dispositivo, nas últimas 2 (duas) décadas, desde da vigência da norma em exame;

A **falta de interesse por parte do Poder Executivo** em fazer valer a vedação imposta ao aposentado especial, portanto, pode ser notada tanto quanto a ausência de providências para fiscalizar o cumprimento da norma, quanto pelo grande número de aposentados especiais em **empresas estatais (sic)**, as quais tem obrigação de observarem o princípio da legalidade, seja porque mesmo ciente da instalação de divergência nos Tribunais quanto a constitucionalidade ou não da norma, **nunca teve interesse em propor ação declaratória de constitucionalidade e/ou ADPF**, mesmo diante do preenchimento para inaugurar esse tipo de ação, nesse último caso, quiçá, por violação de preceito fundamental do direito a saúde do aposentado, preceito que defende ter sido o motivo da criação da norma impugnada.

A omissão do Poder Executivo, portanto, *data vênia*, fez nascer nos cidadãos a **segurança jurídica** de que poderiam aposentar especial e permanecerem na mesma área de risco ou a ela voltar, notadamente com proliferação de decisões nos Tribunais das cinco regiões declarando, **de ofício**, a inconstitucionalidade da norma em comento.

Nesse passo, poder-se-ia fazer as seguintes indagações:

Qual atitude esperar do cidadão, quando a norma que o proíba de algo é desrespeitada pelo próprio Governo, na medida em que autoriza a permanência de aposentados especiais em áreas de risco, no caso de empresas nas quais seja sócio?

Que atitude esperar do cidadão que, **desacompanhado de advogado** (capacidade postulatória declarada constitucional por esse excelso

Fernando Gonçalves Dias

Tribunal no **ADI 1539**), **recebe sentença que reconhece** o seu direito a aposentadoria especial e **o direito de permanecer em área de risco**, mesmo não tendo formulado tal pedido, se considerado que atos públicos tem presunção de constitucionalidade?

Esses poucos exemplos são suficientes, ao entender do embargante, para demonstrar que a norma em julgamento, apesar de vigente há mais de duas décadas, nunca foi efetivada, ao menos não se tem notícia no país de fiscalização do seu cumprimento, notadamente nas empresas estatais, onde a população é composta de aposentados especiais, não obstante a presença de agentes nocivos á saúde.

Causa de pedir aberta

O v. acórdão ora embargado **limitou-se** a analisar se o §8º da Lei Federal 8.213/91 é compatível com os dispositivos constitucionais invocados na decisão da Corte Regional da Quarta Região que o declarou inconstitucional, conforme delimitado na decisão proferida no Plenário Virtual que reconheceu a repercussão geral do tema.

Nova ordem constitucional. Inconstitucionalidade superveniente. Decorrogação. NÃO É O CASO!

Considerando o caráter objetivo do Tema 709 e o interesse de terceiros no seu julgamento, com respeito a entendimento diverso, **apesar de defender a inconstitucionalidade** da norma que veda o retorno ou a permanência do aposentado especial á área de risco, registra que comunga com o entendimento do INSS de que **a nova previdência, com a aprovação da EC n.º 103/19, não revogou** o §8º do art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91. Explico:

O dever de zelar pela saúde não é só do estado, e sim de toda a sociedade, **aqui incluído, claro, o destinatário** desse direito. Logo, atingido o tempo de exposição de 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, fixados

Fernando Gonçalves Dias

na lei com base em estudos elaborados por equipe multidisciplinar, como médicos, engenheiros de segurança e outros profissionais, notadamente com base em estatísticas que demonstram que o índice de acidentes e doenças ocupacionais se agravam a partir desses marcos temporais, a depender do agente(s) nocivos presentes no ambiente, o ideal – e aqui a escolha é do trabalhador – é que abandone a área de risco, seja através de solicitação ao empregador para remanejamento de área, seja buscando outro ambiente em outro empregador, seja exigindo proteção coletiva e/ou individual que ao menos neutralize os efeitos deletérios no seu ambiente de trabalho. Essa é a meta ‘mor’ da Sociedade, como lembrado pelo eminente Ministro Luiz Fux no julgamento do Tema 555. Confira excerto sobre essa passagem:

“(...) a eliminação das atividades nocivas deve ser a meta ‘mor’ da Sociedade – Estado, empresariado, trabalhadores e representantes sindicais -, que devem se debruçar incessantemente na preocupação com a saúde dos trabalhadores, como exige a Constituição da República ao erigir como pilares do Estado Democrático de Direito a dignidade humana, a valorização social do trabalho e a preservação da vida e da saúde”.

Assim, declarar a inconstitucionalidade sob o fundamento de que a nova previdência criada com a aprovação da EC n 103/2019, que, ciente da proibição, não trouxe nenhuma mudança expressa, ao contrário, **mantendo incólume a regulamentação da aposentadoria especial através de lei ordinária até nova regulamentação**, levaria, por arrastamento, ou declaração num futuro próximo, a inconstitucionalidade do §6º também do art. 57 da Lei Federal 8.213/91, com a redação dada também pela Lei 9.732/98, pois a exação para ajudar no financiamento da aposentadoria especial tem os percentuais fixados com base nos tempos mínimos exigidos para a aposentadoria que no caso são de 6, 9 e 12 por cento, nos casos das aposentadorias especiais que exigem 25, 20 e 15 anos, respectivamente, o que causaria prejuízo aos cofres da Previdência.

Fernando Gonçalves Dias

Isso porque nesses casos as alíquotas teriam que serem revistas, já que o cálculo atuarial foi feito considerando essas bases de tempo de exposição, e não até o preenchimento do requisito etário.

Outrossim, porque antes mesmo da EC nº 103 o trabalho em área de risco após o tempo mínimo para aposentar especial nunca foi vedado. A vedação é em relação ao recebimento simultâneo da aposentadoria com o trabalho em área de risco.

A filosofia do §8º do art. 57 é desestimular o aposentado a manter-se ou voltar a trabalhar em área de risco.

Por fim, lembra que o v. acórdão, nesse ponto, inconstitucionalidade superveniente ou por derrogação, em razão da vigência da EC nº 103, já o enfrentou quando fundamentou que a não recepção de norma deveria ser expressa. Confira excerto do *decisum* sobre esse ponto:

“(…) é evidente que o constituinte derivado estava a par do condicionamento previsto no §8º do art. 57. Caso considerasse tal norma incompatível com o regime instituído pela Emenda, teria feito ressalva expressa.”

Das omissões

***Dies a quo* do afastamento da área de risco_ implementação da aposentadoria por força de decisão judicial precária**

O v. acórdão definiu o *dies a quo* para afastamento da área de risco quando “**efetivada**” a “implantação do benefício”, seja na via administrativa, **seja na via judicial**. Confira excerto da segunda tese firmada pelo *decisum*:

(ii) (...) **efetivada**, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial, a implantação do benefício, uma vez verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo, cessará o benefício previdenciário em questão.

Fernando Gonçalves Dias

Ocorre que na via judicial a habilitação da aposentadoria especial pode ocorrer por força de **decisão judicial precária**, seja através da **antecipação dos efeitos da tutela**, seja por **decisão mandamental**, seja por decisão proferida no âmbito dos **Juizados Especiais Federais** onde o cumprimento da obrigação de fazer ocorre em razão da sentença, com ou sem pedido do jurisdicionado, em processo que geralmente não é patrocinado por advogado.

O afastamento, nesses casos, por não estar a aposentadoria efetivada por **ordem judicial precária** protegida sob o manto da coisa julgada (art. 5º, XXXV, da CF/88), deve ser postergado para o dia seguinte ao trânsito em julgado da sentença que reconheceu o direito a aposentadoria em comento, em homenagem ao princípio da dignidade humana.

Esse tem sido o entendimento majoritário nos Tribunais Regionais, conforme demonstrado através da ementa de decisão do TRF1 a seguir:

(...) As decisões exaradas pelo juízo na instância inicial têm **natureza precária**, razão pela qual **não há necessidade de compelir o trabalhador a se afastar em definitivo** das atividades nocivas eventualmente desempenhadas, na forma do art. 57, § 8º, da Lei 8.213/1991, **senão após o trânsito em julgado**; (TRF 1ª Região, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE JUIZ DE FORA, ApCiv - 0004546-83.2008.4.01.3806, Rel. JUIZ FEDERAL UBIRAJARA TEIXEIRA, julgado em 30/05/2017, e - DJF1 Judicial 1 DATA: 07/06/2017).

Isso porque, no caso de lacuna do ordenamento jurídico e/ou colisão de direitos fundamentais, a dignidade humana, como leciona o Professor e Ministro dessa Corte, Luís Roberto Barroso³ "(...) ***pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução.***"

A lacuna no caso de habilitação de aposentadoria por força de decisão precária está presente diante da **ausência de norma que trate do assunto**. Já a colisão de direitos fundamentais, porque de um lado, como

³ BARRSO, Luís Roberto, O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição no Brasil – 3ª reimpressão – Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 43

Fernando Gonçalves Dias

reconhecido no v. acórdão em análise, “ **a Magna Carta, no seu artigo 5º, XIII, dispõe que a todos é livre o exercício de trabalho, ofício ou profissão**”, mas de outra lado reconhece “**o direito à saúde, fundamental à dignidade do trabalhador**”

O *dies a quo*, no caso de implementação da aposentadoria por força de decisão judicial precária, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana que assegura o direito ao trabalho, direito esse que, no caso do trabalhador que aposenta especial, fica prejudicado em razão do rompimento do seu contrato de trabalho, seja por falta de outro ambiente que seja livre de risco na empresa na qual estiver trabalhando no momento da implementação da aposentadoria.

Outrossim, porque o empregador pode não ter interesse em alocar o esse empregado que teve a sua aposentadoria especial implementada para outra área e/ou função para a qual não foi admitido e, nesse caso, rescindir o contrato de trabalho, **sem pagamento das verbas rescisórias**, com base na da jurisprudência⁴ já consolidada pelo Eg. Tribunal Superior do Trabalho.

É importante levar ao conhecimento desse Excelso Pretório que a aposentadoria especial é uma prestação judicializada, notadamente pelo fato de o rol de agentes nocivos ser exemplificativo, o que impede o reconhecimento da atividade como especial pelo agente administrativo que, com medo de errar, transfere ao Poder Judiciário a tarefa de analisar o preenchimento dos requisitos para a concessão dessa prestação excepcional.

Outrossim, em razão da celeuma quanto a eficácia ou não dos equipamentos de proteção individuais, se esses EPIs elidem ou não o risco à saúde, quanto ao tempo de exposição ao agente nocivo e se aplica ou não os limites de tolerância fixados na legislação trabalhista.

Fernando Gonçalves Dias

Não é exagero dizer que mais de setenta por cento das aposentadorias especiais são concedidas por decisões judiciais, notadamente as concedidas até meados de 2015, quando o INSS ainda indeferia os pedidos de aposentadoria em razão do uso do EPI, mesmo no caso de exposição ao agente nocivo físico ruído, cuja celeuma foi resolvida com a decisão do ARE 664.335, Tema 555.

O legislador ordinário, sabendo da possibilidade do cancelamento da aposentadoria por invalidez, assegurou, por um lustro, o direito ao retorno ao trabalho, com a criação da suspensão do contrato de trabalho. Essa suspensão, porém, **não ocorre no caso da aposentadoria especial**, talvez pelo fato de não ter o legislador imaginado a possibilidade de cancelamento da aposentadoria especial com a reforma da decisão judicial que outrora havia reconhecido o direito.

Demonstrado, pois, a lacuna e a colisão de direitos, naquele caso, pela ausência de norma que assegure a reintegração ao trabalho, em caso de cancelamento da aposentadoria por reforma da decisão precária, assim como a colisão de direitos fundamentais que é o direito a saúde com o afastamento da área de risco, e o direito ao salário, este decorrente do trabalho.

A fim de que sejam confirmadas as informações aqui relatadas, notadamente quanto a judicialização da aposentadoria especial e das implementações das aposentadorias especiais por força de decisões precárias em mandado de segurança, sentenças proferidas pelos Juizados Especiais Federais e tutela de evidência, esta **de ofício** ou sem pedido expresso, assim como a **enorme quantidade de decisões reformadas pelas Instâncias Superiores**, em razão de alteração da jurisprudência no último lustro, pede que o julgamento desse recurso seja convertido em diligência para, com base no art. **21-A, §1º, VI⁵**, do RISTF e no **art. 1.038, III⁶**, do Código Fux;

⁵ vi – requisitar documentos ou informações existentes em bancos de dados;

⁶ Art. 1.038. O relator poderá:

I e II – “omissis”

Fernando Gonçalves Dias

a) Requisitar ao INSS e aos Tribunais Regionais e Turmas Recursais Federais informações sobre o número de aposentadorias especiais cassadas e que haviam sido implementadas por força de decisão precária;

b) Requisitar ao Eg. TST informações sobre como vem decidindo em recursos que pedem a reintegração ao trabalho por rescisão do contrato, tendo como causa a concessão de aposentadoria especial, assim como o entendimento desse Tribunal Superior em relação ao pagamento das verbas rescisórias, se é ou não devido no caso de empregado que aposenta especial.

Omissão em relação a dispositivos não evocados no *decisum* que declarou a inconstitucionalidade do §8º

Considerando que o *decisum* embargado foi proferido em recurso com a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social e jurídico que **transcendem os interesses subjetivos desse embargante**, necessário se faz a verificação de todos os dispositivos da Magna Carta, e não mais somente aquelas evocados no acórdão atacado com o recurso em exame, para cotejar se o a norma que veda a permanência do aposentado especial em área de risco é compatível com todos os dispositivos da Carta Magna.

Em atenta leitura ao *decisum* ora embargado, verifica-se que somente foram enfrentados os dispositivos evocados no acórdão que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo oitavo do art. 57 da Lei Federal 8.213/91.

Pois bem. Agora, com espeque no precedente desse Excelso Tribunal criado no julgamento do **AgRSE 5206**, pede que sejam sanadas as omissões em

III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.

Fernando Gonçalves Dias

relação aos demais dispositivos constitucionais que até o momento não foram apreciados.

Direito a liberdade (Preambulo, art. 5º, caput, e inciso LIV, da Carta Magna).

“Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que **não pode ser suprimida pelo Estado** ou pela sociedade. Exs mais óbvios: **o Estado e a sociedade não podem decidir** com quem você vai se casar, qual deve ser a sua religião ou **que profissão você vai seguir**. (Fragmento do voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do **RE 635.659**) Grifo nosso!

O estado tem todo direito, sendo, aliás, seu dever e de toda a sociedade, assegurar ao trabalhador um ambiente livre de riscos (**art. 7º, XXII, da CF/88**), mas esse direito e dever encontra limites no direito a liberdade e dignidade da pessoa humana.

O principal bem jurídico lesado pela permanência ou retorno à área de risco **é a própria saúde individual do segurado aposentado, e não um bem jurídico alheio**, daí porque não pode o estado imiscuir-se no seu direito de escolher o que é melhor para si, notadamente quando essa intromissão vem assegurar direito de escolha: a aposentadoria ou o trabalho na área de risco. Isso porque se o estado visa mesmo proteger a saúde do aposentado, não pode oferecer a opção de seguir na área que diz ser prejudicial à sua saúde, desde que o faça sem receber a aposentadoria.

O direito aqui vislumbrado é o mesmo que o eminente Ministro, Sua Excelência Luís Roberto Barroso, assegurou ao cidadão - em seu voto proferido no julgamento do RE 635.659 - o direito de fumar maconha, mesmo diante do risco à saúde desse cidadão, desde que essa liberdade não atinja direitos de terceiros. **Aqui o cidadão que fuma a maconha pode ser um aposentado!**

Fernando Gonçalves Dias

Logo, condicionar o direito de ser feliz exercendo a profissão que escolheu em área de risco, após aposentado, seria o mesmo que condicionar o direito a fumar maconha ao cancelamento da aposentadoria. Tal condição não é razoável do ponto de vista da constituição que tem como valores a liberdade dentre outros.

O **direito a felicidade**, portanto, encampado pela hermenêutica dessa Suprema Corte, como núcleo que se irradia do postulado da dignidade humana, não pode ser limitado e muito menos ignorado se o aposentado especial é feliz na profissão que escolheu e que, por motivos alheio a sua vontade, os riscos à saúde são inerentes as características do ambiente onde a sua profissão tem que ser exercida, v.g., o **ambiente de uma aeronave**, de **ambiente hospitalar**, extração de petróleo e outros.

É razoável exigir que um profissional de saúde tenha que abandonar sua profissão que sonhou exercê-la desde criança para poder exercer seu direito a aposentadoria, incorporado no seu patrimônio jurídico? O mesmo se diga em relação aos profissionais da aviação. Como exigir que abandonem o comando de uma aeronave se quiserem usufruir da sua aposentadoria? O mesmo se diga em relação a diversas outras profissões.

Cancelamento ou suspensão ?

O *decisum* ora fala em cancelamento, ora em suspensão, ora em cessação. Apesar de serem sinônimos, tecnicamente geram consequências jurídicas diversas. No caso da suspensão e/ou cessação, a prestação é restabelecida, sem necessidade de formação de novo ato administrativo, com a superação do motivo que motivou a suspensão, v.g., o comparecimento do beneficiário para provar que está vivo, quando devidamente intimado pelo Instituto de Previdência não comparece para fazer prova de vida.

Já o cancelamento, acarreta o desfazimento do ato administrativo que deu origem a aposentadoria, sendo necessário, nesse caso, iniciar-se novo ato

Fernando Gonçalves Dias

administrativo, com a reanálise dos requisitos, cuja decisão poderá conflitar com a decisão operada no primeiro ato administrativo, seja em razão de reconhecimento, agora com esse segundo ato administrativo, de alguma atividade outrora não reconhecida, seja para não reconhecer a especialidade da atividade, com base nas mesmas provas, outrora reconhecida.

O cancelamento da aposentaria especial, todavia, viola o direito fundamental previsto no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, na medida em que desfaz o ato jurídico perfeito e acabado que deu origem a aposentadoria, direito também assegurado nos artigos 7º, XXIV, e art. 201, §7º, ambos da Carta Magna.

Outrossim, porque que a penalidade de cancelamento viola também os princípios da razoabilidade e onera demasiadamente o erário público que terá que movimentar a maquina administrativa para analisar novo pedido de aposentadoria, com aumento dos trabalhadors dos técnicos previdenciário e dos médicos peritos, esses por terem competência exclusiva para análise das atividades para fins de classificação como comum ou especial, cujos recursos humanos a Previdência está com carência na atualidade, em razão do grande número de servidores que aposentaram no período em que estava em discussão a PEC nº 103, sendo essa a causa da demora excessiva na análise dos pedidos de benefícios previdenciário em todo o país, amplamente divulgado nas mídias.

Sobre o tema, leciona Wladimir Novaes Martinez⁷, decano dos doutrinadores:

“Quando o segurado descumpre a lei e volta ao trabalho em desacordo com as regras, a prestação mensal deve ser suspensa a partir da data em que isso aconteceu [...] Grifo nosso!

E conclui o jurista:

[...] Não se trata de cancelamento do benefício, hipótese que impediria a restauração.

⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aposentadoria Especial. 8ª. Ed. São Paulo: LTr Editora, 2016. (p. 151)

Fernando Gonçalves Dias

Os juristas Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior⁸, fazendo referência ao decano, criticam a penalidade de cancelamento, rotulando-a como “descabida” a penalidade de cancelamento, prevista no artigo 46.

Imprescindível, pois, que fique assentado no *decisum* embargado, caso mantido o dispositivo impugnado no mundo jurídico, que em caso de permanência ou retorno à área de risco pelo aposentado especial, a prestação será **suspensa** enquanto perdurar a situação de trabalho em área de risco, devendo ser restabelecido tão logo comprovado o abandono dessa área, e não cancelada, notadamente porque esse já é o entendimento do Poder Executivo exteriorizado no art.

A necessidade de ser acrescida ao *decisum* a suspensão, e não o cancelamento, em caso de permanência do aposentado especial na área de risco, mesmo diante do entendimento do Poder Executivo previsto no Decreto Regulamentar n.º **3.048/99**, é porque essa interpretação mais benéfica ao aposentado especial **pode ser alterada a qualquer momento**, pelo atual ou futuro Governo, tendo em vista ser ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo, notadamente porque o decreto, com ato inferior, não tem o condão de criar ou modificar direitos e obrigações, mas tão somente, regulamentar a lei, nos exatos limites do art. 84, IV, da Carta Magna.

Outrossim, porque o vocábulo empregado na locução que discorre sobre as penalidades no caso de permanência ou retorno do aposentado especial à área de risco, previsto na última locução da **Tese II** fixada pelo *decisum* embargado, é **“cessará”**, vocábulo que tem diversos sinônimos e que, portanto, *data vênia*, pela ambiguidade, poderá levar a interpretação no sentido de suspensão, cujo restabelecimento da aposentadoria se dará sem a necessidade de novo

⁸ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR Jr., José Paulo. Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. (p. 387)

Fernando Gonçalves Dias

requerimento administrativo, como cancelamento, cujas consequências exigirá novo requerimento administrativo e submissão de nova análise dos requisitos.

Ao que interessa, confira excerto da Tese II nesse particular:

“(ii) (...) uma vez verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo, cessará o benefício previdenciário em questão” Negrito e grifo nosso!

E não é o caso de aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, *in casu*, porquanto o vocábulo suspensão que aparece não influenciaram na decisão, pois aparecem como *obiter dictum*, e não como *coratio decidendi*.

Assim, em eventual necessidade de reclamação a esse Excelso Pretório, tal ação não será conhecida por ausência de requisito que demonstre a violação da **parte dispositiva da decisão em debate.**

Nesse sentido são os precedentes dessa Suprema Corte: Rcl 2491-AgR, relatora min. Rosa Weber, 1ª turma, julgado em 2/12/16; Rcl 4.090-AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª turma, DJe de 6/6/17; Rcl 8.168, Tribunal Pleno, rel. min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão min. Edson Fachin, DJe de 29/2/16; Rcl 9.778-AgR, Tribunal Pleno, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe de 11/11/11.

A suspensão, ao invés de cancelamento, está ancorada no **princípio da razoabilidade ou proporcionalidade**, pois é demasiadamente excessivo o cancelamento da aposentadoria, quando a sua suspensão já seria suficiente para atingir a finalidade da norma que é desestimular o aposentado especial de voltar ou permanecer em área de risco à sua saúde, tendo em vista que o bem jurídico protegido – a saúde do segurado – e o bem jurídico sacrificado – a aposentadoria – torna inválida a providencia de cancelamento.

Fernando Gonçalves Dias

O escólio do admirável Professor e Ministro dessa Corte, Luís Roberto Barroso, ao analisar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, é no sentido de que ***“impõe verificar a inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados”***

Pede, pois, que **seja sanada essa omissão**, com a declaração da inconstitucionalidade, por arrastamento, sem redução do texto, com interpretação conforme a Constituição Federal, do **art. 46, caput**, da Lei Federal **8.213/91**, pois é esse o dispositivo que trata da penalidade do aposentado especial que permanece na área de risco.

Ausência do requisito urgência Inconstitucionalidade Formal

1. O §8º do art. 57 da Lei Federal n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, objeto do *decisum* embargado, tem sua origem na Medida Provisória nº **1.729**, de **02/12/1998**.

2. É importante recapitular que essa MP foi editada em **02.12.1998** – **menos de 30 (trinta)** da publicação da decisão liminar, **em 06/11/1998**, que suspendeu dispositivo da CLT que determinava que a aposentadoria voluntária dava ensejo a rescisão do contrato.

ADI 1770
PROCESSO FÍSICO PÚBLICO
NÚMERO ÚNICO: 0000156-27.1998.0.01.0000

Informações Partes Andamentos Decisões Sessão virtual Deslocament

24/11/1998 DECORRIDO O PRAZO
SEM QUE FOSSE INTERPOSTO RECURSO

06/11/1998 PUBLICADO ACORDAO, DJ:
DATA DE PUBLICAÇÃO DJ 06/11/98 - ATA Nº 34/1998

Fernando Gonçalves Dias

Data vênia, não parece ter sido mera coincidência a edição de Medida Provisória, **menos de 1 (um) mês** da publicação do acórdão que afastou a execução e aplicabilidade do §1º do art. 453 da CLT, na redação dada pela MP n.º 1.596-14, de 10/11/1997, convalidada na lei 9.528, de 10/12/1998.

Isso porque o núcleo tratado na MP 1.729/98 foi o mesmo tratado na MP 1.596-14 que o Plenário dessa Corte Constitucional acabara de afastar com a decisão publicada em 06/11/1998, qual seja: o rompimento do contrato de trabalho, agora não mais em razão da aposentadoria, mas por decorrência das condições do ambiente de trabalho, notadamente para os trabalhadores de empresas estatais, cuja alocação do trabalhador aposentado especial para outro ambiente é vedada pelo **art. 37** da Carta Magna que exige concurso público para preenchimento de cargo.

A manobra jurídica para manter o rompimento do contrato de trabalho em caso de aposentadoria especial voluntária, com a vedação do aposentado especial em permanecer na área de risco deu certo, agora não mais pelo ato de concessão do benefício como tinha sido previsto no §1º do art. 453 da CLT, mas pelas condições do seu ambiente de trabalho.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com base nesse novel diploma legal surgido logo após a decisão que afastou o §1º do art. 453 da CLT, que vedou a permanência do aposentado especial em área de risco, uniformizou a sua jurisprudência no sentido de que **o empregado que trabalha em ambiente de risco dá causa à rescisão do seu contrato de trabalho, caso aposente especial**, não sendo, nesse caso, devido as verbas rescisórias. Confira:

"EMBARGOS. **EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. APOSENTADORIA ESPECIAL.** ARTIGO 57 DA LEI Nº 8.213/1991. MAQUINISTA. CONTATO COM RUÍDO. EFEITOS. MULTA DE 40% DO FGTS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 361 DA SBDI-1 DO TST. 1. "omissis" 2. A aposentadoria especial prevista nas normas dos artigos 201, § 1º, da Constituição Federal e 57 e seguintes da Lei nº 8.213/1991 constitui benefício sui generis, que o distingue dos demais benefícios previdenciários. 3. A Lei Previdenciária, por razões óbvias relacionadas à preservação da integridade do empregado, categoricamente veda a permanência no emprego após a concessão da aposentadoria especial, ao menos na função que ensejou a condição de risco à saúde, sob pena de automático cancelamento do benefício (arts. 46 e 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91). 4. Contraria a Orientação

Fernando Gonçalves Dias

Jurisprudencial nº 361 da SbDI-1 do TST, por má aplicação, acórdão turmário que acolhe pedido de pagamento da multa de 40% sobre os depósitos do FGTS, **relativamente a contrato de trabalho cuja rescisão deu-se por iniciativa do empregado**, por força da concessão de aposentadoria especial, reconhecida mediante decisão emanada da Justiça Federal, com efeitos retroativos, em face do contato, por longos anos, com agente nocivo - ruído intenso. 5. Embargos de que se conhece, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 361 da SbDI-1 do TST, em face de má aplicação, e a que se dá provimento" (**Processo: E-ED-RR - 87-86.2011.5.12.0041 Data de Julgamento: 28/05/2015, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 05/06/2015**).

Aposentadoria especial causa a extinção do contrato de trabalho

A proibição do trabalhador permanecer na área de risco, portanto, na prática e na maioria das vezes, causa sim a rescisão do contrato para muitas categorias, a exemplo da área de saúde, aviação, setor elétrico, vigilância e tantas outras categorias.

Explico: O ambiente de saúde é um ambiente de risco, em razão do risco biológico. **Logo, não tem como o Hospital alocar o médico para exercer outra função** e, pior, em outro local que não seja o hospital, pois o risco está no ambiente, independente da função. Neste caso a única solução é a rescisão do contrato de trabalho.

Outro exemplo: Comandante de aeronave que realiza voos internacionais. Qual outra função poderia esse comandante exercer na companhia, já que dentro do avião não mais poderá trabalhar, já que o que gera a aposentadoria é o ambiente da aeronave (pressão atmosférica anormal, radiação dentre outros riscos), e não a função. Vender bilhete no balcão da companhia? Não é o caso, pois esse comandante recebe salário muito superior ao salário de um atendente de balcão.

Empresa estatal está proibida de mudar o trabalhador aposentado de cargo/ função e local de trabalho, pois tal mudança fere a exigência constitucional do concurso público.

Exposição de motivos da MP 1.729, de 02/12/1998

Fernando Gonçalves Dias

A exposição de motivos para edição da **MP nº1.729, de 02/12/1998** em momento algum falou do risco de o aposentado permanecer na área de risco, **o que corrobora que a sua intenção foi a mesma da da MP .º 1.596-14/1997**, convalidada na lei 9.528/98, que acrescentou o § 1º no art. 453 da CLT, declarado inconstitucional pelo Plenário dessa Suprema Corte. Confira, ao que interessa, excerto da exposição de motivos:

ANEXO À EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 20 /MPAS, DE 3 /12/98

1. Sínteses dos principais problemas ou das situações que reclamam providências:

3. Razões que justificam a urgência:

As matérias inserem-se no contexto de aperfeiçoamento dos instrumentos de aprimoramento da arrecadação previdenciária e de simplificação das normas de concessão de benefícios, possibilitando, entre outras medidas de relevância, uma solução equânime de conflitos na área fiscal.

Vê-se, pois, que **a finalidade única e exclusiva da MP foi frear as despesas da previdência** criando dispositivo como o que está em discussão no recurso extraordinário em comento.

Isso basta para demonstrar o vício – **ausência de urgência** – a justificar a edição da **MP nº 1.729/98**, no que diz respeito à criação de norma para condicionar o recebimento ou a manutenção do pagamento da aposentadoria especial ao abandono da área de risco.

Ao Chefe do Poder Executivo, portanto, cabia encaminhar ao Congresso Nacional Projeto de Lei, com pedido de urgência, se o caso, o qual também tem rito abreviado, e não ter lançado mão de instrumento que exige como requisito a urgência, claro, motivada, ante a ausência desse requisito.

URGÊNCIA DEPOIS DE 38 ANOS?!

Fernando Gonçalves Dias

A aposentadoria especial teve início em 1960 e o dispositivo restritivo desse direito surgiu em 02/12/1998, ou seja, quase 4 (quatro) décadas depois. Esse lapso temporal, *data vênia*, basta para demonstrar a **ausência do requisito URGÊNCIA**, pois quem aguardou esse tempo (quase 40 anos) poderia ter aguardado mais 15 (quinze) dias para apresentar projeto de lei, com pedido de urgência.

A MP tem que ser apreciada em até 30 (trinta) dias, enquanto projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, com pedido de urgência, o **prazo é de até 45 (quarenta e cinco) dias**, ou seja, 15 (quinze) dias a mais.

PRECEDENTES. ADINS 3.090 e 4.048-1

A MP tem que ser apreciada em até 30 (trinta) dias, enquanto projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, com pedido de urgência, o **prazo é de até 45 (quarenta e cinco) dias**, ou seja, 15 (quinze) dias a mais.

O fato da MP já ter sido convertido em lei não impede o controle do Poder Judiciário. Inteligência da jurisprudência dessa Suprema Corte (**Adins 3.090 e 4.048-1**)

Em questão de ordem suscitada na Adin 3.090-6, o STF, por maioria de votos, decidiu que a lei de conversão não prejudica o debate jurisdicional acerca dos requisitos relevância e urgência da medida provisória.

O relator dessa ADI, Sua Excelência, eminente Ministro Gilmar Mendes, conduziu a maioria com seu voto no sentido de que:

[...] "a promulgação da lei de conversão não prejudica a análise do vício formal. Penso que o referido vício formal necessariamente atinge e contamina a lei, fruto da conversão da medida provisória."

Fernando Gonçalves Dias

Acompanharam esse entendimento os ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim e Celso de Mello.

A doutrina é no mesmo sentido. É o que leciona o jurista constitucionalista, e agora Ministro desta Corte Suprema, eminente Alexandre de Moraes:

“[...] a conversão da medida provisória em lei não afastará a possibilidade de análise judicial da presença dos indispensáveis requisitos formais necessários à edição das medidas provisórias, cuja ausência acarretará sua nulidade [...]”⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰, também a respeito do requisito urgência para edição de Medida Provisória, leciona que:

" [...] mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo existirão sérios riscos de que sobrevenha efeitos desastrosos em caso de demora ".

É importante lembrar que o mesmo governo que editou a MP que criou a penalidade para o aposentado especial editou, durante o seu mandato, no período de 01.01.1995 a 01.01.2003, **1.503 medidas provisórias**, com média de **15,7 MPs/mês**, ou seja, quase um MP por dia útil, o que parece ter ele abusado do Poder de legislar sozinho num estado que é Democrático.

A seguir uma tabela para possibilitar o **excesso** daquele governo se comparado as MPs editadas pelos seus antecessores e o seu sucessor Luiz Inácio Lula da Silva.

Fernando Gonçalves Dias

PRESIDENTES	Nº. DE MPs	PERÍODO DE GOVERNO	MÉDIA DE MPs POR MÊS
José Sarney	147	15/03/1985 a 15/03/1990 - 17 meses após a CF de 1988)	8,6 MPs/mes
Fernando Collor	164	15/03/1990 a 29/12/1992 -32 meses	5,1 MPs/mes
Itamar Franco	518	29/12/1992 a 01/01/1985	21,6 MPs/mês
Lula	338	01/01/2003 a 01/01/2011 -68 meses (até Setembro de 2008)	5,0 MPs/mês

Clémerson Merlin Clève¹¹ faz crítica ao Congresso Nacional que assiste e comunga com medidas que não preenche o requisito urgência. *In verbis*:

[...] o Congresso Nacional tem relegado a segundo plano o exercício do controle jurídico das providências normativas de urgência. Conseqüência: **medidas provisórias flagrantemente inconstitucionais** têm sido, às dezenas, convertidas em lei. Na prática, o controle duplo vem sendo simplificado até sua redução àquela de natureza exclusivamente política (no menor sentido da expressão, infelizmente)

Não visa o embargante com a recapitulação desses dados **afastar** a legitimidade do governo daquela época **e muito menos** dizer que as medidas eram desnecessárias, mas sim demonstrar que em meio a essa grande quantidade de medidas, uma ou outra pode não ter preenchido o requisito urgência, que foi o caso, no que diz respeito a restrição imposta ao aposentado especial, considerando, repita-se por enfático, que essa prestação previdenciária fora regulamentada quase quarenta anos antes.

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, p. 118.

¹¹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2a ed. Curitiba: Max Limonad, 1999.

Fernando Gonçalves Dias

A urgência com que foi editada a **MP 1.729/98** e a ausência de aperfeiçoamento da norma ante a ausência de amplo debate da medida, **prejudicou a análise de situações tais como:**

a) O alto custo para a sociedade e para o estado para formação de profissionais, v.g., da área de saúde, como profissionais de medicina, profissionais que trabalham em estatais como Petrobras, v.g., mergulhadores; empresas da iniciativa privada e que prestam serviços essenciais ao país, como transporte aéreo etc.

CARÊNCIA DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE NO BRASIL

b) A carência de profissionais qualificados para preencherem as vagas, notadamente na rede pública de saúde; Esse fato é **corroborado** com a informação registrada no **item 3** da exposição de motivos da MP nº 723, de 29 de abril de 2016. Confira:

“ 3. Na época de sua criação foi feito um **extenso diagnóstico da escassez de médicos no país**, demonstrando a necessidade de medidas para enfrentar esse problema. Em 2013, o Brasil tinha uma proporção de médicos por habitante significativamente inferior à necessidade da população e do Sistema Único de Saúde (SUS), além de contar com a má distribuição destes no território, de modo que as áreas e as populações mais pobres e vulneráveis eram as que contavam - proporcionalmente - com **menos médicos**. Muitas cidades não tinham médico residindo no território do município e grandes contingentes populacionais não contavam com acesso garantido a consulta médica. Além disso, de acordo com a Estação de Pesquisa de Sinais de Mercado da Universidade Federal de Minas Gerais, o Brasil formava menos médicos do que a criação anual de empregos na área nos setores público e privado, o que agravava a situação a cada ano.”

Informação atual importante: Tal situação – carência de recursos humanos, notadamente com experiência e especialistas - estende também aos demais profissionais da área de saúde, conforme manifesto assinado pelas entidades representativas de classe a seguir listadas, cujo **documento segue anexo** e faz parte integrante dessa petição. São elas:

Fernando Gonçalves Dias

- **Confederação Nacional dos Trabalhadores na saúde (CNTS)**

- **Associação dos Enfermeiros do Hospital de Clínica de Porto Alegre (AEHCPA)**

- **Sindicato dos Enfermeiros do Rio Grande do Sul (SERGS)**

- * **Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul (COREN-RS)**

c) A **falta de previsão** para assegurar a manutenção ou o retorno do aposentado especial em ambiente de risco, desde que devidamente protegido e/ou que a exposição ao risco não seja mais de modo habitual e permanente, não ocasional nem intermitente.

Nas situações informadas nessa última alínea porque a disposição literal do §8º do art. 57 da Lei Federal 8.213/91, em julgamento, não cuidou de tratar da situações dos aposentados especiais que, a despeito de permanecerem ou retornarem à área de risco, agora, em razão do avanço da tecnologia e/ou do cumprimento por parte do seu empregador das exigências da Norma Regulamentadora nº 6 da Portaria n.º 3.214, de 08 de junho de 1978, não estão mais expostos ao risco com níveis de intensidade acima dos limites legais, ou estão, porém não mais de modo habitual e permanente.

Considerando que as razões desse recurso não se prestam a trazer novos argumentos jurídicos, mas tão somente apontar os vícios que entende haver no decisor, pede *vênia* para pedir, por ocasião da análise desse pedido, a leitura dos demais argumentos jurídicos a respeito desse tema que estão no caderno processual.

Fernando Gonçalves Dias

Incompatibilidade do §8º do art. 57 da Lei Federal 8.213/91, em exame, com o art. 194, caput, da Carta Magna

O *decisum* embargado esqueceu-se de analisar a compatibilidade da norma objeto de impugnação com o postulado constitucional previsto no art. 194, caput, e incisos III e IV.

Preceitua o caput e os inciso I e II do art. 194 que:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a **assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência** e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I e II "omissis"

III - seletividade e **distributividade** na prestação dos benefícios e serviços;

IV - **irredutibilidade** do valor dos benefícios;

V – "omissis"

Se o constituinte buscou assegurar o direito á previdência, a distribuição das prestações e irredutibilidade do valor dos benefícios, não sobra espaço para o legislador ordinário condicionar o exercicio desses direitos constitucionais sem que os ofenda.

Se o valor do benefício não pode ser reduzido, que dirá ser eliminado pelo fato de o segurado querer, simultaneamente, receber a aposentadoria especial e o seu salário, este pago por fonte diversa?

Assim, pede que esse excelso pretório supra a omissão quanto a falta de análise desse dispositivo.

Contradição

Fernando Gonçalves Dias

O *decisum* embargado trouxe como fundamento para reformar o acórdão recorrido, que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo oitavo do art. 57 da Lei nº 8.213/91, a violação ao princípio da isonomia. Eis a dicção do *decisum* nesse ponto. *Ipsis litteris*:

“(…) declarar a inconstitucionalidade do dispositivo questionado para permitir a volta ou a continuação na atividade nociva **implica violar o princípio da isonomia e criar odiosa forma de tratamento desigual entre os cidadãos (...)**”

E prosseguiu:

“Ao indivíduo que desempenha atividade especial é dispensado tratamento distinto e mais benéfico do que aquele conferido aos demais.”

E acrescentou:

“ O trabalhador empregado em atividade especial, consoante já exaustivamente apontado, **goza da faculdade de se aposentar com muito menos tempo de serviço do que o trabalhador comum**, contando ainda com um outro diferencial: a não incidência do fator previdenciário”

E concluiu:

“se o beneficiário, ao lograr obter o benefício, em vez de se afastar da atividade, continuar nela, **ter-se-á, então, privilégio odioso**”

Essa interpretação, todavia, *data máxima vênia*, não levou em consideração que a aposentadoria especial tem financiamento próprio que supre (**art. 195, §5^{12o}, da CF/88**) a contribuição que deixa de ser paga com a exigência de menos tempo de contribuição, se comparada ao tempo de contribuição exigido dos

Fernando Gonçalves Dias

segurados que trabalham em ambientes comuns, livres de risco. A exação extra está prevista no art. 195 varia entre **6 (seis), 9 (nove) e 12 (doze)** por cento, nos casos das aposentadorias que exigem tempo mínimo de 15 (quinze), 20 (vinte) e 25 (vinte e cinco) anos, respectivamente, atendendo assim o postulado constitucional previsto no **art. 194, V¹³**, da Magna Carta.

Vantagem para a Previdência da permanência do aposentado especial na área de risco para ajudar no equilíbrio das contas da Previdência

A continuidade do trabalho em área de risco pelo aposentado especial, portanto, não viola o princípio da isonomia, pois existe equivalência do total de contribuições vertidas pelo segurado que contribuiu por 35 (trinta e cinco) anos, em relação àquele que contribuiu por 25 (vinte e cinco) anos, sendo vantajoso para o sistema de previdência no caso do segurado do sexo feminino, se comparado os 30 (trinta) anos que lhe são exigidos para jubilar pela aposentadoria ordinária.

A permanência ou retorno do aposentado especial à área de risco para os cofres do RGPS é vantajoso, pois continuará havendo a ocorrência do fato gerador para fins de pagamento da exação para financiamento da aposentadoria especial, porém sem a contrapartida por parte do regime. Explico:

A exação criada para ajudar no financiamento da aposentadoria especial, criada também através da MP 1.729/98, não incide sobre a folha de pagamento, e sim sobre o número de trabalhadores expostos ao risco. Essa exação, portanto, não foi inspirada com base na ideia de mutualismo, como é a contribuição ordinária. Esse *plus* somente incide sobre o salário do trabalhador exposto, pois a ideia é que essa exação adicional ajude a financiar a sua própria aposentadoria especial.

¹² Art. 195 "omissis" § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

¹³ Art. 194 "omissis" V - equidade na forma de participação no custeio;

Fernando Gonçalves Dias

Logo, se o aposentado especial permanece na área de risco, o fato gerador continua existindo, porém essa contribuição não mais terá que ser utilizada para aposentá-lo, pois já está nesta condição.

Ao contrário, se o aposentado especial tiver que abandonar a área de risco e para lá tiver que ser admitido outro trabalhador, o fator gerador persistirá, mas agora a Previdência terá que utilizar essa contribuição para custear a aposentadoria especial que no futuro poderá ter direito.

Aposentadoria especial não é privilégio

A aposentadoria especial, portanto, não é um privilégio, pois a contribuição do trabalhador que trabalha em área de risco é muito superior a contribuição vertida pelo trabalhador que trabalha em área comum, sem risco.

A situação é a mesma do servidor público que aposenta com o valor do último vencimento. Não é privilegio em relação ao trabalhador da iniciativa privada, como pensa o senso comum, pois a contribuição do servidor é muito superior a do trabalhador da iniciativa privada, pois aquele contribui sobre a totalidade dos seus vencimentos, e este não, pois limitado ao teto do RGPS.

- Contradição em relação ao *decisum* do Tema 888

O v. acórdão, *data vênia*, esqueceu também de apreciar a manifestação desse embargante que apontou precedente desse excelso pretório, em recurso com repercussão geral, ao reconhecer a constitucionalidade do pagamento de abono de permanência aos servidores que preenchem os 25 (vinte e cinco) anos de tempo exclusivamente especial e manifestam o interesse de permanecerem na área de risco além desse tempo, mas com direito de receber o abono de permanência.

Pede, assim, que seja suprida a omissão, com o enfrentamento do tema, notadamente, *data vênia*, diante da contradição verificada no decisum que invocou que assegurar o pagamento da aposentadoria especial simultaneamente a continuidade do trabalho em área de risco pelo beneficiário é **“(…) Desarrazoado,**

Fernando Gonçalves Dias

ilógico e flagrantemente contrário à ideia que guiou a instituição do benefício”

A defesa da constitucionalidade do §8º do art. 57 se deu com base na seguinte premissa:

“(…) se o intuito da norma, ao possibilitar a ele a aposentadoria antecipada, é justamente retirá-lo do ambiente insalubre e prejudicial a sua incolumidade física, a fim de que não tenha sua integridade severa e irremediavelmente afetada, **qual seria o sentido de se permitir que o indivíduo perceba a aposentadoria especial mas continue a desempenhar atividade nociva?** Negrito e grifo nosso!

Essa proposição, todavia, **vai de encontro** ao que essa Suprema Corte decidiu no juízo do ARE 954408, referente ao Tema 888.

Em ambos os **Temas, 709 e 888**, o **tema central** foi o mesmo: a constitucionalidade ou não de **recebimento simultâneo de dinheiro público** depois de completado o tempo mínimo para jubilar na modalidade especial. No caso do servidor, o abono de permanência; já no caso do trabalhador da iniciativa privada ou empresa estatal, este filiado ao Regime Geral de Previdência Social, a aposentadoria especial.

Esse Excelso Tribunal **confirmou sua jurisprudência e decidiu pela constitucionalidade do pagamento do abono**, mesmo nos casos em que o serviço prestado pelo servidor se der em área de risco à sua saúde.

Dessarte, aqui tomando emprestado a mesma locução utilizada no v. acórdão objeto desse recurso,

“qual seria o sentido de se permitir que o indivíduo perceba (...)” abono de permanência **“mas continue a desempenhar atividade nociva”**

Mais uma vez tomando emprestada locução usada no v. acórdão,

Fernando Gonçalves Dias

“se o intuito da norma, ao possibilitar a ele a aposentadoria antecipada, **é justamente retirá-lo do ambiente insalubre e prejudicial a sua incolumidade física, a fim de que não tenha sua integridade severa e irremediavelmente afetada**”

O fato de o Tema 709 ter tratado sobre o pagamento simultâneo de abono de permanência e não sobre o aposentadoria especial é irrelevante, pois em ambos está a discussão da permanência em área de risco à saúde do trabalhador, pouco importando se este é servidor público ou empregado de empresa da iniciativa privada, pois o desiderato da aposentadoria especial, nos termos da fundamentação do v. acórdão em comento é:

“(...) afigura-se de grande valia, uma vez que atua como fator impulsionador do abandono das atividades laborais lesivas, propiciando a preservação da integridade e do bem-estar do trabalhador que, após longos anos de exposição a agentes nocivos, já deu sua contribuição para a sociedade, devendo, a partir de um determinado momento da vida, ser preservado.”

Não há, pois, como admitir, com base na **mesma Carta Magna**, que, no caso do trabalhador, servidor público, o constituinte não tenha tido a mesma preocupação com que teve com a saúde do trabalhador da iniciativa privada.

A ausência de regulamentação da aposentadoria especial ao servidor público e, portanto, a ausência de norma ordinária se pode ou não, não afasta a conclusão de que ambos os trabalhadores – iniciativa privada e do serviço público – mereçam a mesma proteção jurídica constitucional, por **três motivos**:

O **primeiro**, porque a falta de regulamentação da aposentadoria especial ao servidor não o impediu de ter acesso a essa prestação, cuja pavimentação para se habilitar a essa prestação se dá com base na legislação do RGPS, nos termos da Súmula n.º 33 dessa Corte Constitucional, assim como ao referido abono de permanência, esse com fulcro na jurisprudência dessa Corte.

Fernando Gonçalves Dias

Não impediu, outrossim, o acesso ao abono de permanência

O **segundo**, porque a jurisprudência dessa Corte não **permite** o “melhor dos dois mundos”, ou seja, o aproveitamento somente da parte que interessa na legislação do RGPS, ainda mais se considerado que o §8º está inserido dentro do artigo 57 da Lei Federal nº 8.213/91.

O **terceiro** motivo, porque se a dignidade humana e a preservação da vida e da saúde são pilares do Estado Democrático, **de onde é possível extrair**, conforme fundamento do v. acórdão em debate, a proibição da permanência ou retorno do aposentado especial à área de risco, **pela mesma razão deve proibir que o servidor público** que já preencheu os requisitos para jubilar permaneça nessa mesma área, exceto, como se dá no caso do trabalhador da iniciativa privada, se este não solicitar e começar a receber a aposentadoria especial e, no caso do servidor, se não solicitar e começar a receber o abono de permanência.

Se a proibição de receber simultaneamente a aposentadoria especial enquanto permanece na área de risco à saúde está na Carta Magna, a existência ou não de lei que trate do assunto é irrelevante, já que eventual lei que viesse autorizar seria incompatível com a constituição, enquanto que a omissão de dispositivo nesse sentido também não autorizaria o recebimento simultâneo, pois a vedação, repita-se por enfático, está na própria Constituição, não sendo o caso de invocação do direito constitucional da legalidade, tal como ocorreu com a vedação do Nepotismo que também dispensou a criação de lei para tal da possibilidade de **juridicidade**, que na lição do Professor Barroso na sua obra já citada (pag. 49), ***“inclui a aplicação direta e imediata da Constituição e seus princípios.”***

Data máxima vênia, permitir ao servidor público aposentar-se especial e manter-se na área de risco, no caso, *v.g.*, do profissional de medicina que tem dois cargos no serviço público, ambos como médico, assim como esse servidor ou de outros cargos a manterem-se na área de risco e receberem abono de permanência, em ambos os casos, com a utilização da legislação do RGPS, seria um vexame para o servidor ou empregado de empresa privada, que exercem os mesmos cargos, nos

Fernando Gonçalves Dias

mesmos locais, terem que abandonar suas atividades ou escolherem entre receber a aposentadoria ou seguir trabalhando, e verem seus colegas, vinculados a RPPS, desobrigados dessa escolha.

Tal situação poderia levar a manobras jurídicas como a averbação do tempo de serviço especial, cujas contribuições foram vertidas para o RGPS, para o RPPS, através da **contagem recíproca (§9º do art. 201)**, para jubilar na modalidade especial nesse regime **ou para usufruírem do abono de permanência, e permanecerem ou retornarem a área de risco, seja no serviço público, seja na iniciativa privada.**

Caso hipotético para ilustrar

Mévio é médico e tem vínculo com 4 (quatro) regimes de previdência distintos, sendo um deles o RGPS.

Mévio já tem 25 anos para aposentar especial pelo RGPS, mas se receber a aposentadoria através desse regime não poderá continuar ou retornar ao Hospital particular onde trabalha, pois o ambiente é de risco à saúde.

Mévio então resolve apurar seu tempo de serviço/contribuição em cada um dos regimes e verifica que existe a possibilidade de transferir parte do seu tempo de contribuição, vertido para o RGPS, para um dos RPPS, e aposentar especial, pois assim não ficará impedido de continuar trabalhando em área de risco, mesmo que em hospital da iniciativa privada.

Veja que por mais que se queira consumir energia processual, dificilmente encontrar-se-á argumento jurídico constitucional que respalde tratamento privilegiado ao servidor que trabalha em área de risco em relação ao trabalhador que também trabalha nessas condições.

A melhor solução, portanto, é manter a coerência da jurisprudência desse Tribunal Constitucional, confirmada no julgamento do Tema 888, e reconhecer que o trabalhador da iniciativa privada que jubila na modalidade especial faz jus ao

Fernando Gonçalves Dias

recebimento simultâneo da sua aposentadoria e do seu salário, mesmo que seja oriundo de trabalho em ambiente de risco.

Pede, pois, que **seja sanado mais esse ponto** apresentado como defesa pelo embargante, com espeque no artigo 5º, II, da Carta Magna, considerando que não é razoável extrair do texto da lei maior proteção á dignidade e saúde tão somente ao trabalhador da iniciativa privada, quando o que está em debate é a saúde e vida – não existindo nada que distinga as condições da pessoa que presta seus serviços para a iniciativa privada daquele que presta seus préstimos ao serviço público – e as condições do ambiente de trabalho na iniciativa privada e no serviço público.

Inconstitucionalidade em razão das consequências inaceitáveis da vedação ao retorno à área de risco

Excelências, ainda que a vedação ao aposentado especial à permanência ou retorno à área de risco seja compatível com a Constituição, as consequências são inaceitáveis em razão do prejuízo para a sociedade.

Limitar-se-á aqui apenas algumas dessas consequências:

a) **A redução de profissionais da área de saúde**, notadamente profissionais de medicina, com a retirada do mercado desses profissionais que se encontram aposentado na modalidade especial;

Anexo manifesto da categoria dos profissionais da área de saúde onde noticiam o que poderá ocorrer se os profissionais aposentados especiais tiverem que deixarem os hospitais.

b) **Elevação das despesas** da União, Estados e Municípios **com o aumento da folha de pagamento** dos profissionais da área de saúde, pois com menos profissionais no mercado, como corolário lógico, o salário aumenta;

Fernando Gonçalves Dias

c) **Disputa de profissionais** entre o estado e empresas da iniciativa privada, o que poderá prejudicar o direito a saúde, em razão da carência de recursos humanos;

d) A **substituição da mão de obra qualificada**, experiente, por mão de obra que irá exigir treinamento e custo para prepará-la para a função; Prejuízo imensurável para as empresas brasileiras que, mesmo em época de crise financeira e pandêmica, sofre com a falta desse capital humano.

Nota: Será que a Petrobras irá conseguir fazer a substituição dos aposentados especiais em tempo suficiente para admiti-los, treiná-los para deixá-lo com o mesmo nível de produtividade que tinha o seu capital humano substituído ?

e) **Substituição de comandantes** de aeronaves experientes, com mais de 30 (trinta) mil horas de voos, por profissionais com menos horas de voo.

f) **Redução do PIB** com a menor produtividade em razão da substituição da mão de obra mais experiente, por mão de obra menos experiente e que, quiçá, não gostem da profissão tanto quanto os substituídos.

g) **Aumento de doenças relacionadas a inatividade ou ao exercício de profissão que nunca se sentiu feliz em exercer**, *v.g.*, técnico em enfermagem, com especialidade em terapia intensiva, tendo que exercer a atividade no comércio.

Diante do exposto, pede o **CONHECIMENTO e PROVIMENTO**, com atribuição de efeitos modificativos, para:

Fernando Gonçalves Dias

SANAR a omissão quanto a falta de análise da alegação de **inconstitucionalidade formal** da MP 1.729/98, por **ausência de urgência**, mesmo tendo relevância, pelas razões alegadas no caderno processual recapituladas nessa peça, com espeque na jurisprudência dessa Suprema Corte que é uniforme no sentido do vício de formação não ser superado com a convalidação da medida em lei, **com a consequente declaração de inconstitucionalidade** do §8º do art. 57 da Lei Federal 8.213/91;

Superado a declaração de inconstitucionalidade formal, seja então declarado a inconstitucionalidade do §8º do art. 57 da Lei Federal 8.213/91 em razão das consequências inaceitáveis da vedação ao retorno à área de risco no caso concreto, como admitido na jurisprudência dessa Corte e no direito comparado.

Outrossim, a **inconstitucionalidade**, sem redução do texto, do **art. 46** da Lei Federal 8.213/91, por arrastamento, ou interpretar esse dispositivo conforme a Constituição para reconhecer que, no caso da sua aplicação, a aposentadoria especial não seja cancelada, e sim cessada, com o restabelecimento do status quo ante, sem necessidade de novo requerimento administrativo, em homenagem ao artigo **5º, XXXVI**, da Carta Magna, seja em razão da coisa julgada, nos caso de concessão por Ordem Judicial, seja em razão do ato jurídico perfeito do ato administrativo que reconheceu outrora a prestação previdenciária, seja porque incorporou no patrimônio jurídico do segurado.

SANAR a omissão, em razão de o recurso ter se transformado em objetivo, o que acarretou a **abertura da causa de pedir**, a fim de verificar se o §8º do art. 57 da Lei Federal 8.213/91 é compatível com todos os dispositivos da Magna Carta;

ACLARAR o dies a quo para incidência do §8º em comento nos casos em que a aposentadoria especial for implementada por força de decisão judicial precária, considerando não estar essa prestação com o ciclo fechado

Fernando Gonçalves Dias

exigido pelo **art. 5º, XXXVI**, da Magna Carta, por inexistir a segurança de ter adquirido o direito vindicado, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Pelo **princípio da eventualidade**, se mantida o *decisum* como está, seja modulado seus efeitos para que a incidência do §8º, **em homenagem a segurança jurídica**, não seja aplicado aos processos em que houve a determinação da implementação da aposentadoria especial por decisão precária até a publicação do v. acórdão objeto desse recurso.

SANAR a contradição, quando da análise (pagina 34 de 83) da alegação de que o segurado pode aposentar por tempo de contribuição, a fim de poder cumular a aposentadoria especial com a remuneração da atividade, e, ao depois, transformar essa aposentadoria em aposentadoria especial quando afastar da área de risco. *In verbis*:

“Ainda quanto à sustentada inexistência de intuito de proteção, assentou aquele colegiado que nada impede que, se aposentando sem a consideração do tempo especial, o indivíduo peça, quando do afastamento definitivo do trabalho, a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial.”

Em seguida rechaçou a violação ao princípio da isonomia com base no seguinte fundamento:

“(...) o Tribunal Regional Federal da 4ª Região parte, em seu raciocínio, de premissa equivocada, eis que a desaposentação, ao menos até o presente momento, não constitui direito do aposentado.”

A contradição, nesse caso, repousa no fato de que o Regional da 4ª Região, assim como esse embargante nas suas manifestações que constam no caderno processual, não tratar-se de desaposentação, pois a transformação nesse caso não exige computo de tempo vertido após o início da aposentadoria comum, tão somente até esse marco, não sendo, pois, caso de desaposentação, e sim

Fernando Gonçalves Dias

reconhecimento do direito a melhor prestação, assegurado inclusive pela Súmula nº 359 dessa Corte Constitucional.

Pede, pois, que **seja sanada a omissão** para checar se o §8º do art. 57 da Lei Federal 8.213/91 é compatível com o **art. 5º, II**, da Magna Carta, considerando que a legislação assegura o direito o recebimento simultâneo da aposentadoria – desde que não seja a especial, ainda que o segurado tenha convertido a totalidade do seu tempo especial que já lhe asseguraria o direito a aposentadoria excepcional, e permaneça ou retorne a área de risco.

SANADA, outrossim, a incompatibilidade do §8º do art. 57 com a jurisprudência dessa Suprema Corte exteriorizada com a decisão proferida no julgamento do Tema 888, considerando que se a juridicidade da constituição é a de retirar o aposentado especial da área de risco, vedando o recebimento simultâneo de salário e o provento de aposentadoria, pela mesma razão não pode autorizar o pagamento de abono de permanência, sendo irrelevante se a fonte de custeio dessa verba é diversa, pois faz parte do erário público.

Por fim, **sanado os demais vícios apontados no corpo dessa petição**, sem se limitar a esse último tópico onde formulado pedidos expressos, notadamente em relação a invocação do **princípio da felicidade e proporcionalidade**, citados nesse recurso, notadamente, repito por enfático, porque **ao estado não é dado o direito de interferir no direito de escolha do cidadão**, conforme citação do brilhante voto oral do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, de praxe, no julgamento do RE 635.659, onde restou assegurado o direito de fumar maconha, mesmo diante do risco á saúde, desde que essa liberdade não atinja direitos de terceiros.

Por derradeiro, porque o Poder Executivo, como explicado no corpo dessa peça, nunca demonstrou interesse em executar o §8º do art. 57 da Lei Federal n 8.213/91, diante da ausência de fiscalização dessa norma, omissão essa corroborada em razão de centenas de **aposentados especiais que permanecem**

Fernando Gonçalves Dias

trabalhando em empresas estatais, portanto, empresas as quais o estado é sócio e onde o princípio da legalidade deve ser seguido a risca.

Nesses Termos,

Pede e espera provimento.

Brasília-DF, 26 de agosto de 2020.

Fernando Gonçalves Dias

OAB/MG 95.595

OAB/GO 29.132

OAB/RJ 56.175

OAB/SP 286.841