



E-ISSN: 2595-7414

RBDS

Revista Brasileira de Direito Social



V.6, 2023 Janeiro
N.1 Fevereiro
Março
Abril

IEPREV
EDITORA

PRESIDÊNCIA DO IEPREV

ROBERTO DE CARVALHO SANTOS

EDITOR-CHEFE

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR, UFPR/PR

EDITORAS-ADJUNTAS

ANA PAULA FERNANDES, UMSA, ARGENTINA

MARIAH BROCHADO, UFMG/MG

EDITORES-EXECUTIVOS

GILMAR GOMES DE BARROS, FURG/RS

LUCAS MAGNO PORTO, UFMG/MG

CONSELHO EDITORIAL

ANA PAULA MISKULIN, USP/SP.

ANTÔNIO FABRÍCIO DE MATOS GONÇALVES, ESA/MG

CLÁUDIA SALLES VILELA VIANNA, EMATRA-PR.

CYNTIA TEIXEIRA PEREIRA CARNEIRO LAFETÁ, UL.
LISBOA, PORTUGAL

DANIELA MURADAS REIS, UFMG/MG.

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

DENISE PIRES FINCATO, PUC-RS

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

ESTER MORENO DE MIRANDA VIEIRA, PUC-SP

FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM, UERJ/RJ

FERNANDO FERREIRA CALAZANS, UNIFEMM/MG

FULVIA HELENA DE GIOIA, MACKENZIE. SÃO PAULO/SP

ITIBERÊ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES UFPEL/
RS.

IVANI CONTINI BRAMANTE, FDSBC/SP.

JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, PUC-PR.

JOÃO BATISTA OPTIZ NETO. UNIP/SP

JOSÉ ANTONIO SAVARIS, UNIVALI/SC

JULIANA TEIXEIRA ESTEVES, UFPE. RECIFE/PE

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS, UNI-BH

MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA, USP/SP

MARIA HELENA CARREIRA ALVIM RIBEIRO, UFMG/MG

OCÉLIO DE JESUS CARNEIRO DE MORAIS, UEL/PR

PAULO RICARDO OPUSZKA, UFPR/PR.

TUFFI MESSIAS SALIBA, UNA/MG, BRASIL

VALMIR CÉSAR POZZETI, UFAM/AM.

YNÊS DA SILVA FÉLIX, UFMS/MS.

CONSELHO CONSULTIVO

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO, ULBRA/RS

ALEXANDRE VICENTINE XAVIER, UFMT/MT

ALINE FAGUNDES SANTOS, UFVJM/MG

ANA MARIA ISQUIERDO, FURG/RS

ANA MARIA MAXIMILIANO, UFPR/PR

ANDRESSA FRACARO CAVALHEIRO, UNIOESTE/PR

BRUNO ALVES RODRIGUES, CEFET-MG

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA, DOM HELDER/MG

CLAUDIO PEDROSA NUNES, UFCG/PB

DENILSON VICTOR MACHADO TEIXEIRA, UEL/PR

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

EDER DION DE PAULA COSTA, FURG/RS

GABRIELA CARAMURU TELES, USP/SP

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, USP/SP

HECTOR CURY SOARES, FURG/RS

HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS, UNICAP/PE

JESUS NAGIB BESCHIZZA FERES. UNIVEM/SP

ISABELE BANDEIRA DE MORAES D'ANGELO, UPE/PE

IVAN SIMÕES GARCIA, UFRJ/RJ

JOÃO BATISTA LAZZARI, CESUSC/SC

JOÃO BATISTA OPTIZ JUNIOR, UMSA, ARGENTINA

JOÃO REZENDE ALMEIDA OLIVEIRA, UCB/DF

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA, FURG/RS

JULIANA DE CASSIA BENTO BORBA, PUC-MG.

JULIANA TORALLES DOS SANTOS BRAGA, FURG/RS

JULIANE CARAVIERI MARTINS, FURG/RS

LAURA SOUZA LIMA E BRITO, USP/SP

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO, FURG/RS

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA, UFS/SE

LUIZ CARLOS GARCIA, UFMG/MG

LUIZ GUSTAVO BOIAM PANCOTTI, UNIMEP/SP

LUMA CAVALEIRO DE MACÊDO SCAFF, UFPA/PA

MÁRCIA CAVALCANTE DE ARAÚJO, UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPANHA

MARIA AUREA BARONI CECATO, UFPB/PB

MIGUEL HORVATH JÚNIOR, PUC-SP

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

NADJA KARIN PELLEJERO, FURG/RS

PAULO AFONSO BRUM VAZ, UNISINOS/RS

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI, UFMG/MG

RAPHAEL SILVA RODRIGUES, UFMG/MG

RODRIGO GARCIA SCHWARZ, UNOESC/SC

RUBENS SOARES VELLINHO, UCPEL/RS

SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, UFRJ/RJ

VALENA JACOB CHAVES MESQUITA, UFPA/PA

RBDS	Belo Horizonte	v. 6	n. 1	p. 1-162	2023
------	----------------	------	------	----------	------

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pelo Bibliotecário Gilmar Gomes de Barros, CRB 14/1693

R454 Revista Brasileira de Direito Social [recurso eletrônico]:
RBDS / Editora do Instituto de Estudos Previdenciários,
Trabalhistas e Tributários. – Dados eletrônicos. – Vol. 6, n. 1
(jan./abr. 2023). – Belo Horizonte : Editora IEPREV, 2018-.

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

Título abreviado: R. Bras. Dir. Soc.

Editor: Marco Aurélio Serau Junior.

ISSN eletrônico: 2595-7414

1. Direitos sociais. I. Instituto de Estudos Previdenciários
Trabalhistas e Tributários.

CDU, 2ª ed.: 349.3

SUMÁRIO

EDITORIAL	04
Marco Aurélio Serau Júnior	
LIMITES INDENIZATÓRIOS EM TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO INTEGRAL DO CONSUMIDOR ANTE O PRINCÍPIO DA SUPERIORIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL	05-15
Letícia Lopes Borja	
A TRIBUTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA EM TEMPOS DE PANDEMIA	
Raphael Silva Rodrigues; Rodrigo Almeida Magalhães; Thiago Penido Martins	16-51
DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITO HUMANO	52-63
Roberta Kelly Silva Souza	
PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO, FAZENDA PÚBLICA E O ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA	64-73
Renato Barth Pires	
HÁ LUGAR PARA A CLASSE SOCIAL NO PLURALISMO JURÍDICO? UM DIÁLOGO COM A OBRA DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS	74-89
Débora Donida da Fonseca	
PREVIDÊNCIA SOCIAL NO CONTEXTO NEOLIBERAL: DEBATES SOBRE A NECESSIDADE DE UMA NOVA REFORMA DA PREVIDÊNCIA	90-104
José Ricardo Caetano Costa; Dandara Trentim Demiranda	
ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA	105-119
Nubia da Silva; Helio Ourem Campos	
A MIGRAÇÃO PARA A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E O DIREITO À ÚLTIMA REMUNERAÇÃO E A PARIDADE	120-129
Bruno Sá Freire Martins	
O RECONHECIMENTO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS DO TRABALHO RURAL DO MENOR DE 12 ANOS	130-144
Jaqueline Rodrigues de Oliveira	
DA LEI 13.135/2015 E SEUS REFLEXOS NO DIREITO À PENSÃO POR MORTE	145-162
João Vitor Barcelos Cortes	

APRESENTAÇÃO

Entregamos ao público leitor e todos que se interessam e pesquisam os temas de direitos sociais mais uma edição da RBDS – Revista Brasileira de Direito Social (v. 6, n. 1, 2023), que pode ser acessada integralmente e de forma gratuita através do site do IEPREV – Instituto de Estudos Previdenciários, entidade da sociedade civil voltada à difusão do conhecimento científico, em particular o campo dos direitos sociais.

Ainda muito felizes pela obtenção da respeitável classificação no extrato B2 da CAPES, apresentamos a primeira edição de 2023 deste periódico.

A revista abre com o artigo “Limites indenizatórios em transporte aéreo internacional: uma análise sobre a proteção integral do consumidor ante o princípio da superioridade do direito internacional”, de Letícia Lopes Borja.

Na sequência, temos o instigante artigo dos brilhantes tributaristas das Minas Gerais, Professor Doutor Raphael Silva Rodrigues, Rodrigo Almeida Magalhães e Thiago Penido Martins a respeito de “A tributação previdenciária em tempos de pandemia”, matéria que surte reflexos jurídicos e econômicos até hoje.

O terceiro artigo da revista é “Direitos culturais como direito humano”, de autoria de Roberta Kelly Silva Souza, enveredando para relevante e pouco explorada área dos direitos sociais.

O Processo Judicial Previdenciário, sempre imprescindível para a militância previdenciária, recebe estudo acadêmico de profundidade no trabalho de Renato Barth Pires: “Processo judicial previdenciário, fazenda pública e o ônus da impugnação específica”.

Débora Donida nos brinda com o interessante estudo de verniz sociológico: “Há lugar para a classe social no pluralismo jurídico? Um diálogo com a obra de Boaventura de Sousa Santos”.

O estimado professor José Ricardo Caetano Costa, primeiro editor deste periódico, em parceria com Dandara Trentim Demiranda”, retomam o tema central do neoliberalismo e o impacto nos direitos sociais: “Previdência Social no contexto neoliberal: debates sobre a necessidade de uma nova reforma da Previdência”

Nubia da Silva e Helio Ourem Campos estudaram o relevantíssimo tema do ativismo judicial em seu texto “Ativismo judicial no Direito Previdenciário: criação judicial de direitos versus segurança jurídica”.

“A migração para a previdência complementar e o direito à última remuneração e a paridade” de autoria do professor Bruno Sá Freire Martins, cuida, como tem sido recorrente na RBDS, do complexo temário do RPPS.

A nova edição da RBDS se encerra com dois artigos que tratam de temas bastante sensíveis, o trabalho dos menores e a questão da pensão por morte.

Assim, temos os artigos “O reconhecimento para fins previdenciários do trabalho rural do menor de 12 anos”, de Jaqueline Rodrigues De Oliveira, e “Da lei 13.135/2015 e seus reflexos no direito à pensão por morte”, de João Vitor Barcelos Cortes.

Com esse cartel de trabalhos científicos, desejamos a todas e todos uma excelente leitura, certos de ter entregue um ótimo material de pesquisa no campo dos direitos fundamentais sociais.

Marco Aurélio Serau Junior

Editor-Chefe da Revista Brasileira de Direito Social

Diretor Científico do IEPREV

LIMITES INDENIZATÓRIOS EM TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO INTEGRAL DO CONSUMIDOR ANTE O PRINCÍPIO DA SUPERIORIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL

Letícia Lopes Borja¹

Resumo

Partindo-se do Tema 210 do STF, o presente estudo formulou o seguinte questionamento: a concretização do princípio da superioridade do direito internacional prejudicou o direito fundamental à defesa do consumidor no que se refere ao sistema indenizatório de aviação civil? Para responder tal indagação, analisou-se a antinomia existente entre a Convenção de Montreal e o CDC, examinou-se a decisão proferida em sede do RESP 636331/RJ pela Suprema Corte e averiguaram-se os avanços e retrocessos advindos da tese fixada. Metodologicamente, realizou-se uma pesquisa bibliográfica dedutiva, exploratória e de abordagem qualitativa. Ao final, concluiu-se que as opiniões doutrinárias sobre o tema divergem, de modo que parte dos especialistas aponta um retrocesso às garantias do consumidor, enquanto outra aduz que a decisão reafirma o comprometimento do Brasil aos acordos firmados no plano internacional sem desamparar os destinatários vulneráveis.

Palavras-chave: Transporte Aéreo Internacional; Código de Defesa do Consumidor; Limites indenizatórios.

COMPENSATION LIMITS IN INTERNATIONAL AIR TRANSPORT: AN ANALYSIS OF INTEGRAL CONSUMER PROTECTION BEFORE THE PRINCIPLE OF SUPERIORITY IN INTERNATIONAL LAW

Abstract

Starting from Theme 210 of the STF, the present study formulated the following question: has the materialization of the principle of superiority of international law harmed the fundamental right to consumer protection with regard to the civil aviation indemnity system? To answer this question, the existing antinomy between the Montreal Convention and the CDC was analyzed, the decision rendered in the seat of RESP 636331/RJ by the Supreme Court was examined and the advances and setbacks arising from the established thesis were investigated. Methodologically, a deductive, exploratory and qualitative bibliographic research was carried out. In the end, it was concluded that doctrinal opinions on the subject diverge, so that part of the experts points to a setback to consumer guarantees, while another argues that the decision reaffirms Brazil's commitment to agreements signed at the international level without abandoning the consumer.

Keywords: International Air Transport; Consumer Defense Code; Compensation limits.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista de Iniciação Científica/CNPq no Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI). Pesquisadora no Grupo de Estudos em Direito da Internet e das Inovações Tecnológicas (GEDI). Membro do Corpo Editorial da Revista Jurídica In Verbis (UFRN) e da Revista Estudantil Manus Iuris (UFERSA). Estagiária no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (MP-RN).

1 INTRODUÇÃO

Diante da acelerada evolução tecnológica e dos imperativos de conectividade imediata da globalização, o transporte aéreo internacional tem assumido um papel cada vez mais relevante na economia mundial contemporânea, haja vista sua capacidade de otimizar o tempo e a qualidade das interações a nível transnacional.

Todavia, a popularização e mercantilização dessa indústria muitas vezes dá vazão a conflitos jurídicos, ensejando a responsabilidade civil das empresas que operam tais serviços. Nesse panorama, visando a harmonização e codificação das regras de transporte aéreo internacional, foi assinada a Convenção de Montreal em 28 de maio de 1999, sendo esta posteriormente ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.910.

O tema, no entanto, já se encontrava regulado, no âmbito do ordenamento brasileiro, pela Convenção de Varsóvia, pelo Protocolo da Haia, pelo Código Brasileiro de Aeronáutica e, especialmente, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Em relação a este último, vigoram discussões - tanto a nível doutrinário quanto jurisprudencial - relativas à antinomia existente em matéria de indenização decorrente de extravio de bagagem e atraso de voo internacional. Afinal, enquanto o CDC/1990 estabelece o princípio da proteção integral do consumidor, o tratado em questão estipula limites à responsabilidade das empresas aéreas, fazendo surgir, nesse cenário, um verdadeiro conflito entre as duas normas.

Em 2020, o assunto foi solucionado em sede de tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 636331/RJ (Tema 210), na qual se decidiu pela prevalência da norma internacional. Na ocasião, o julgamento se valeu dos critérios hermenêuticos tradicionais de hierarquia, cronologia e especialidade, bem como do princípio da reciprocidade e do *pacta sunt servanda*.

Nessa conjuntura, tendo em vista o caso concreto e a obrigação dos Estados de cumprir de boa-fé os tratados firmados, a presente pesquisa elege como problemática a seguinte indagação: a concretização do princípio da superioridade do direito internacional prejudicou o direito fundamental à defesa do consumidor no que se refere à indenização tarifada em transporte aéreo internacional?

Objetiva-se, assim, analisar se a prevalência do direito internacional lesa, de alguma maneira, as garantias consumeristas constitucionalmente positivadas pela Constituição. Para que tal objetivo seja alcançado, será averiguada, inicialmente, a antinomia existente entre a Convenção de Montreal e o CDC. Em seguida, será realizado um exame do RESP 636331/RJ, esclarecendo-se os fundamentos que levaram a Corte Suprema a decidir pela superioridade do direito internacional sobre o direito interno na situação em comento. Por fim, serão investigados os impactos concretos da tese jurisprudencial sobre a proteção conferida ao consumidor afetado pela ação das companhias aéreas, bem como sobre a responsabilidade internacional do Estado em caso de entendimento oposto ao firmado.

Metodologicamente, será conduzida uma pesquisa dedutiva, de natureza exploratória e de abordagem qualitativa, haja vista o conteúdo teórico do estudo a ser realizado e a linha de raciocínio que será estabelecida, a qual partirá de uma premissa maior, representada pelas linhas gerais do tema, à uma premissa menor, concretizada pelo objeto específico de apuração. Além disso, será adotado o levantamento bibliográfico

enquanto técnica de pesquisa, a partir da consulta de livros, artigos e teses de autores nacionais e estrangeiros referentes ao tema sob análise.

Ao final do trabalho, espera-se contribuir para a compreensão dos efeitos concretos da primazia do Direito Internacional sobre os direitos fundamentais do consumidor nacional, lançando luz sobre as consequências internas e externas da solução conferida à aludida antinomia.

2 A CONVENÇÃO DE MONTREAL E O CDC: UMA ANTINOMIA

A Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, também conhecida como “Convenção de Montreal”, foi celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999, por ocasião da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional. A entrada em vigor do acordo no Brasil, no entanto, só ocorreu em 2006, por meio do Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006, adquirindo, a partir daí, força obrigatória no âmbito interno.

Tal tratado é apontado como uma atualização da Convenção de Varsóvia, firmada ainda em 1929, a qual representou, à época, uma tentativa visionária de harmonizar o sistema de responsabilidade civil concernente ao transporte aéreo internacional e proporcionar maior segurança jurídica às empresas transportadoras e aos seus usuários, sem os conflitos inerentes ao reconhecimento das diferentes legislações de cada país (GONÇALVES, 2019).

Conforme se depreende de seus arts. 17, 18, 19 e 20, a Convenção de Montreal adota dois tipos de responsabilidade. Isto é, vale-se tanto da responsabilidade objetiva, nos casos de lesão ou morte de passageiros, quanto da responsabilidade subjetiva com presunção de culpa *juris tantum*, nos casos de dano, destruição, avaria ou perda de bagagens e cargas, e atrasos no transporte de passageiros, bagagens e cargas (SOUSA, 2019). No entanto, se comprovado que o transportador agiu diligentemente, que houve culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, a dita responsabilidade poderá ser excluída ou restringida.

Além disso, os arts. 21 e 22 do tratado apresentam um sistema de indenização tarifada, limitando a responsabilidade das empresas a determinado *quantum* pré-determinado, definido em “Direitos Especiais de Saque”, que correspondem à moeda convencional do Fundo Monetário Internacional (FMI). A conversão desses valores deverá ocorrer na data da sentença, seguindo o método de avaliação adotado pelo FMI (BRASIL, 2006, art. 23.1).

Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, por exemplo, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

Ademais, no transporte de bagagem, por efeito de destruição, perda, avaria ou atraso, a responsabilidade da empresa se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, salvo se passageiro houver entregado uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

Destaca-se que, segundo prevê a Convenção, os limites prescritos não constituem obstáculo para que o tribunal conceda, de acordo com sua lei nacional, uma quantia que corresponda a todo ou parte dos custos e outros gastos que o processo haja acarretado ao autor, inclusive juros. A disposição anterior não vigorará, quando o valor da indenização acordada, excluídos os custos e outros gastos do processo, não exceder a quantia que o transportador haja oferecido por escrito ao autor, dentro de um período de seis meses contados a partir do fato que causou o dano, ou antes de iniciar a ação, se a segunda data é posterior.

Além disso, nada impede que o transportador exclua os limites previstos ou que estipule outros mais elevados. Os limites mínimos, entretanto, são garantias dos passageiros, não podendo ser reduzidos.

Segundo Saliba e Souza (2017), a imposição de tais limites visou, à época da assinatura da Convenção, garantir certa dose de previsibilidade e uniformidade às companhias aéreas, evitando gastos excessivos com seguros por parte de uma indústria até então insipiente e inovadora. Para muitos autores, todavia, essas limitações já teriam perdido o sentido nos dias de hoje, uma vez que o sistema de aviação civil já se encontra consolidado, não mais se justificando os benefícios concedidos pelo tratado em comento (PEREIRA, 2020).

Fato é que, ao entrar em vigor no Brasil, a Convenção de Montreal encontrou diante de si um ambiente legislativo já ocupado pelo Código de Defesa do Consumidor, que consiste em uma norma de ordem pública e interesse social, aplicável de forma cogente a toda e qualquer relação de consumo.

Os contratos de transporte aéreo, nesse panorama, são indubitavelmente alcançados pela lei consumerista, haja vista que o fornecimento de transporte é uma atividade de prestação de serviços, enquadrando-se a transportadora na definição de fornecedor do art. 3º do CDC, e os passageiros, na posição de consumidores, conforme o art. 2º do mesmo diploma legal (FARIA; RIVABEM, 2017).

Nesse quadro, cabe ressaltar que o art. 6º do CDC, ao elencar os direitos básicos do consumidor, estabelece em seu inciso VI o direito à “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (BRASIL, 1990). Vislumbra-se, aqui, a positivação do princípio da reparação integral, pelo qual se prescreve que a reparação deve ser a mais completa possível, abrangendo os danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos. Conseqüentemente, não é possível aplicar, em sede de relações de consumo, regras de mitigação da responsabilidade dos fornecedores.

Mais que isso: além de não se permitir reduzir o valor da indenização, é terminantemente proibida a existência de cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar, conforme expressam os arts. 25 e 51, I do CDC.

No mesmo sentido aponta o art. 14 do referido Código, o qual preceitua que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores” (BRASIL, 1990). Portanto, percebe-se que o diploma consumerista adota um sistema de responsabilidade ilimitada e objetiva, em contraponto à Convenção de Montreal, cuja sistemática de responsabilização é limitada, de caráter subjetivo e objetivo, com culpa presumida (SOUSA, 2019).

Logo, enquanto a apreciação da responsabilidade do transportador sob a ótica do direito brasileiro é mais protetiva, assinalando que o risco da atividade econômica

deve ser arcado por quem a desenvolve, aquela preconizada pela Convenção é mais branda ao fornecedor. Surge daí, destarte, um conflito de normas: de um lado, o tratado internacional ratificado pelo Brasil permite que o passageiro seja indenizado em valor inferior ao necessário para a reparação do dano. Do outro, o CDC impõe a responsabilização integral, visto que os riscos são inerentes ao próprio contrato de transporte aéreo, daí não cabendo nenhuma limitação (POINTNER, 2017).

Diante de tal antinomia, perguntava-se: qual regramento deve prevalecer? Para parte dos juristas, o caráter especialíssimo do CDC, assim como suas vestes constitucionais (art. 5º, XXXII, CF), imporiam a aplicação da regra mais favorável ao consumidor. Para a outra parte, contudo, a Convenção de Montreal gozaria de primazia no ordenamento jurídico por força do princípio do *pacta sunt servanda* e do art. 178 da Carta Magna, o qual obriga a União a cumprir os acordos firmados quanto à ordenação do transporte aéreo internacional (BICHARA, 2015). O segundo posicionamento, como se verá a seguir, foi aquele adotado pelo STF por razão do julgamento do Tema 210, em contraponto à linha jurisprudencial que vinha sido construída até então.

3 UM OLHAR SOBRE O RESP 636331/RJ

A evolução jurisdicional no que diz respeito ao conflito existente entre o CDC e a Convenção de Montreal é tortuosa, haja vista os entendimentos oscilantes dos Tribunais Superiores sobre o tema ao longo dos anos. Na última década, entretanto, vinha sendo consolidada a posição das Cortes pela prevalência da norma consumerista. Este paradigma, contudo, foi recentemente modificado por ocasião do RESP 636331/RJ, no qual o STF optou pela aplicabilidade do tratado internacional, com base no art. 178 da Constituição.

Tal recurso assume importância digna de nota pois foi proferido em caráter de repercussão geral, tornando-se um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário perante a Corte Suprema (SOUSA, 2017).

Na ocasião, argumentou-se que o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor não é a única diretriz que orienta a ordem econômica e nem o único mandamento constitucional que deve ser observado pelo legislador. Afinal, é também o próprio texto constitucional que determina a observância dos acordos internacionais, quanto à ordenação do transporte aéreo internacional, em seu art. 178, cabendo ao intérprete buscar a compatibilização de ambos os mandamentos legais.

Desse modo, havendo uma regra constitucional que estatui de maneira diversa a um princípio constitucional, concluiu-se pelo dever de se aplicar a regra, em consonância à opção feita manifestada pelo constituinte. Sublinha-se, nesse quadro, não se tratar de uma nulificação da proteção do consumidor, mas sim de sua realização dentro da complexa tessitura da cooperação internacional.

Ademais, o dispositivo convencional está longe de deixar totalmente desprotegido o consumidor, pois embora limite a responsabilidade do transportador, permite que o usuário faça uma “declaração especial de interesse na entrega”, caso em que o transportador ficaria obrigado a pagar até a importância da quantia declarada, salvo se provar ser esta superior ao interesse real que o expedidor tinha entrega”. Entendeu-se, por conseguinte, que essa disposição é suficiente para assegurar proteção mínima ao consumidor, preservando o princípio do art. 170, inc. V, da Constituição.

Aduziu-se também que, por não versar sobre direitos humanos, a Convenção de Montreal se encontra no mesmo nível hierárquico-normativo do CDC, possuindo status de lei ordinária, conforme pacífica jurisprudência do STF. Se, do contrário, versasse sobre direitos humanos, adquiriria um status supralegal, prevalecendo ao CDC pelo critério da hierarquia.

No entanto, muito além dos critérios tradicionais de solução de antinomias existentes, entenderam os Ministros que o art. 178, ao prever que “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”, impõe uma verdadeira regra de sobredireito constitucional, indicando, assim, o modo de solução da controvérsia em comento. Com isso, visa, em suma, garantir a isonomia entre os consumidores e impor ao Brasil o respeito aos compromissos internacionais que tenha assumido.

Vale destacar, nesse ponto, que o princípio de direito internacional *pacta sunt servanda*, traduzido pelo art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (BRASIL, 2009), impõe aos Estados uma obrigação consuetudinária, no sentido de que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. Trata-se, com efeito, de uma norma de *jus cogens*, reconhecida como um mínimo legal de asseguramento da ordem mundial (MAZZUOLI, 2020).

Outra disposição prevista pela Convenção de Viena, em seu art. 27, é a proibição dos Estados alegarem lei interna para se escusar do compromisso internacional privado. Uma posição judicial nesse sentido, portanto, implicaria na violação de uma obrigação internacional pelo Brasil, o que poderia dar ensejo à desconfiança por parte da comunidade internacional e até mesmo à responsabilidade estatal no âmbito da Corte Internacional de Justiça (CANCIO; BARROS, 2021). Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia chega a mencionar sua preocupação, inclusive, com possíveis impactos econômicos advindos de uma decisão pela não prevalência do tratado internacional.

Entre outros aspectos, tal mandamento visa garantir a segurança jurídica dos atos praticados a nível internacional, impondo o respeito por parte do Poder Judiciário quanto aos compromissos assumidos pelo Estado.

Inclusive, consoante aponta Saliba e Souza (2017), a experiência jurisprudencial estrangeira também têm se mostrado atenciosa às obrigações internacionais contraídas por seus estados, tendo a Suprema Corte dos Estados Unidos e o Tribunal de Justiça da União Européia já se manifestado no sentido de que a Convenção de Montreal não perde aplicabilidade frente a legislações internas conflitantes.

Mesmo que não fosse priorizada a norma do art. 178, o critério da especialidade também seria suficiente para reafirmar a superioridade da Convenção no caso em voga, uma vez que, enquanto o art. 14 do CDC traz disposição geral sobre a responsabilidade do fornecedor de serviços por danos causados aos consumidores, o art. 22 da Convenção de Montreal regula especificamente a responsabilidade das empresas de transporte aéreo em caso de extravio de bagagens em voos internacionais, sendo, portanto, especial em relação àquele.

Com base nesses argumentos, o Tribunal fixou, ao final, a seguinte tese, vencido o Ministro Marco Aurélio:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor (STF, 2017, p. 137).

Nesse cenário, cabe frisar que a Convenção de Montreal regula apenas o transporte aéreo internacional, aplicando-se unicamente o CDC em caso de transporte aéreo nacional. Além disso, sublinha-se que o art. 22 do tratado não menciona claramente as espécies de danos aos quais se destina, parecendo razoável sustentar que cuida apenas de danos materiais. Assim, os prejuízos de ordem extrapatrimonial continuam se submetendo apenas ao CDC, e não à tarifação prevista pelo acordo internacional, até porque estes, por sua própria natureza, não admitem tabelamento prévio ou tarifação (STJ. 4ª Turma. AgInt no REsp 1.608.573/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23/8/2019).

Em adição, menciona-se que, como o CDC não foi revogado pelas convenções, continua sendo aplicado em tudo aquilo que, com elas, não for contraditório, a exemplo da possibilidade de se inverter o ônus da prova e da condenação por danos morais, já mencionada (CARVALHO, 2018).

Para mais, é evidente que as convenções internacionais só podem ser aplicadas para aqueles casos que estão expressamente nelas previstas, de modo que casos como cancelamento indevido da reserva e até mesmo o cancelamento do voo são exemplos de situações que estão fora do limite indenizatório das convenções, devendo-se aplicar o CDC (CARVALHO, 2018).

Obviamente, segundo menciona Pointner (2017), nada impede que o próprio STF, futuramente, mude seu entendimento por entender que o direito do consumidor é um direito fundamental diretamente derivado dos direitos humanos, ou ainda, que se deve aplicar a norma mais favorável ao ser humano enquanto sujeito de direitos.

4 A SUPERIORIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL: UM RETROCESSO?

Diante dos princípios acima discutidos e da decisão veiculada pelo Egrégio Tribunal, questiona-se se a concretização do princípio da superioridade do direito internacional, no presente caso, significa um retrocesso aos direitos do consumidor no tocante à indenização por danos materiais em transporte aéreo internacional.

Segundo Beraldo (2018), a vítima tem todo o direito de ser integralmente ressarcida pelos prejuízos que sofreu, sejam eles materiais, morais ou estéticos, por força do princípio constitucional da reparação integral. Para o autor, não é justo limitar o valor da indenização por danos materiais, pois, na prática, muitas vezes o valor não será suficiente para cobrir os gastos decorrentes do ato ilícito praticado pela companhia aérea, gerando o enriquecimento sem causa do ofensor. Igualmente para Carvalho (2018), a decisão em comento é contrária à ampla reparação dos danos aos direitos dos passageiros, bem como ignora a evolução histórica e das legislações mais benéficas aos consumidores

Ademais, o argumento utilizado à época da elaboração da Convenção, no sentido

de que tais limites seriam indispensáveis para o desenvolvimento da indústria de transporte aéreo no início do século XXI não mais persiste, na visão de Sousa (2017). Tanto que diversos países, a exemplo da Alemanha, Uruguai, Peru e México vêm se insurgindo contra as limitações do mencionado tratado.

Visualiza-se, portanto, um anacronismo entre a regulação da Convenção e a realidade da atual indústria de transporte, sendo o conflito jurídico julgado pelo STF um sintoma deste anacronismo. Assim, as mencionadas limitações de responsabilidade representam, hoje, um benefício imotivado à indústria, nas palavras de Saliba e Souza (2017).

No que diz respeito ao critério da especialidade, mencionado no julgamento do RESP 636331/RJ, Cancio (2021) afirma que a norma especial, de fato, tende a ser mais justa por compreender as especificidades da situação fática. Porém, na situação do julgado, o CDC parece proporcionar um patamar mais protetivo, promovendo mais justiça que o documento internacional. Da mesma forma, alega Targa (2020) que o próprio uso dos critérios clássicos de solução de antinomias é inadequado na seara do transporte aéreo internacional, haja vista que o CDC é uma norma de ordem pública e interesse social de origem constitucional, sendo, por essas razões, inviável o seu afastamento sobre quaisquer relações de consumo.

Vale destacar, todavia, que anteriormente à decisão de 2017 do STF, os limites de indenização estabelecidos pela Convenção foram muitas vezes ignorados pelas decisões judiciais, levando as empresas aéreas operadoras de voos internacionais no Brasil a demandarem respeito ao tratado firmado, uma vez que transportavam, no mesmo voo, passageiros com direitos bastante diferentes, causando uma rotineira imprevisibilidade do valor das indenizações (PEREIRA, 2020).

Afinal, apesar da solidez da doutrina nacional ao argumentar pelo afastamento da aplicabilidade da Convenção de Montreal, tal posição judicial implicaria, invariavelmente, na violação de uma obrigação internacional pelo Estado, uma vez que não é aceitável justificar o não cumprimento de uma obrigação contratual com base em normas do direito interno, ainda que de matriz constitucional, conforme já discutido, podendo este descumprimento, inclusive, permitir que outro Estado signatário proponha ação contra o Brasil junto à Corte Internacional de Justiça (SALIBA; SOUZA, 2017).

Nesse panorama, Pereira (2020) frisa que o desprezo de um acordo assinado internacionalmente pode gerar uma série de consequências sobre a indústria da aviação civil e sobre o consumidor nacional. Afinal, para que operem, as empresas aéreas são obrigadas a contratar seguros, cujo custo é proporcional aos riscos assumidos pela seguradora. Dessa forma, se o Brasil não respeita os limites estabelecidos pelas Convenções e se o Judiciário é imprevisível quanto aos valores de indenização, consequentemente o seguro para as empresas que operam voos internacionais no país será mais elevado, gerando, ao final, um encarecimento do valor da passagem, a redução do número de passageiros e o lucro da atividade. Computa-se esse custo suplementar ao já elevado “custo Brasil”, contribuindo para deixar o País menos atrativo para empresas internacionais que aqui cogitam operar (PEREIRA, 2020).

Por conseguinte, Pereira (2020, p. 60) acredita que a decisão do STF foi acertada, pois “ponderou todos os aspectos que envolviam tão espinhosa controvérsia, concluindo pelo respeito às Convenções reguladoras do transporte aéreo internacional, o que não

desampara o consumidor brasileiro e é benéfico ao País, assim como à indústria como um todo”.

Para Bichara (2015), semelhantemente, o objetivo de uniformização do comportamento dos Estados em relação ao transporte internacional não significa uma contradição com o direito fundamental de proteção ao consumidor, mas sim que essa relação de consumo é peculiar e se submete a um regime jurídico específico decorrente de um compromisso internacional de tipo universal, encontrando respaldo jurídico no já mencionado art. 178.

Vislumbrado o oblíquo conflito advindo da questão, resta clara a necessidade de que a ratificação de uma convenção internacional seja precedida de profundo estudo de compatibilidade com o ordenamento normativo pátrio, assim como que as leis posteriores sejam editadas em sintonia às convenções ratificadas pelo país. Consoante Gonçalves (2019), como os tribunais brasileiros não podem se furtar à aplicar as regras internacionais ratificadas pelo exercício pleno de sua soberania, a denúncia se mostra como a forma correta caso a opção fosse não fazer parte do regime internacional estabelecido, não aparenta ser a melhor alternativa para o Brasil. Afinal, o regime de responsabilidade civil estabelecido pela Convenção de Montreal, inegavelmente, propicia maior segurança jurídica para as partes envolvidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi apresentado, percebeu-se que a doutrina nacional não é uníssona quanto aos efeitos práticos da decisão proferida pelo STF em sede do Tema 210 sobre a realidade do consumidor pátrio. Enquanto parte dos autores colecionados alega que a prevalência da Convenção de Montreal sobre o CDC importou na violação do direito fundamental à proteção do consumidor, outra parcela advoga pela pertinência do julgamento, tendo em vista o compromisso assumido pelo Brasil no plano internacional e as possíveis consequências advindas de um entendimento contrário ao estabelecido.

Para a compreensão de tais posicionamentos, o presente trabalho apresentou também, em linhas gerais, as motivações, formalidades e aspectos veiculados pela Convenção de Montreal por ocasião de sua ratificação no ordenamento brasileiro, contrapondo-os aos direitos garantidos pelo CDC e pela Constituição, bem como ao regime de responsabilidade disposto pela norma consumerista.

Em seguida, foram traçadas as principais discussões desenvolvidas pelos Ministros da Suprema Corte no Recurso Extraordinário n. 636331/RJ, apresentando-se os argumentos e critérios que embasaram a tese proposta ao final do pleito.

Por fim, foram analisadas as reações doutrinárias à decisão do STF, partindo-se de duas perspectivas opostas, das quais se extrai um contínuo conflito entre dois valores fundamentais às bases do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a segurança jurídica internacional e a proteção do público consumidor, que assumem predominância ou secundariedade a depender da ótica adotada. Nessa linha, percebeu-se que, a despeito do julgamento ter buscado pacificar a matéria na esfera brasileira, a crítica especializada ainda conjectura mudanças no posicionamento veiculado, pugnando por novas discussões que possibilitem maior equilíbrio entre a norma protetiva interna e a norma internacional harmonizadora.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERALDO, Leonardo de Faria. A responsabilidade civil das companhias aéreas no transporte aéreo internacional: breves comentários acerca da inconstitucionalidade do acórdão do Recurso Extraordinário 636.331/RJ, do Supremo Tribunal Federal, no qual se decidiu que as Convenções de Varsóvia e de Montreal sobrepõem-se ao Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, p. 605-634, 2018.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O controle da aplicação do direito internacional pelo poder judiciário brasileiro: uma análise crítica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 958, p. 233-268, 2015.

CANCIO, Gustavo Santiago Torrecilha; BARROS, Lívia Cristina dos Anjos. O papel político do Supremo Tribunal Federal na interpretação do direito internacional consumerista: entre comércio e proteção do consumidor. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 21412-21438, 2021.

FARIA, Raphael Guilherme; RIVABEM, Fernanda Schaefer. Responsabilidade civil no transporte aéreo: caso fortuito e força maior como excludentes no contrato de transporte aéreo nacional de passageiros. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, [S.l.], v. 2, n.1, p. 1-53, 2017.

GONÇALVES, Raphael Magno Vianna. Contrato de transporte aéreo internacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 56, n. 222, p. 33-50, 2019.

PEREIRA, Jefferson Paulo. **Análise crítica da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à prevalência das Convenções de Varsóvia e Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor**. 2020. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharelado em Direito, Centro Universitário de Brasília - Uniceub, Brasília, 2020.

POINTNER, Liane. **A responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros por extravio de bagagem**: considerações sobre o Recurso Repetitivo 210 STF e seus efeitos para o consumidor. 2017. 96 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Direito do Consumidor, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

SALIBA, Aziz Tuffi; SOUZA, Alexandre Rodrigues de. A aplicabilidade da convenção de Montreal no direito brasileiro. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 2, p. 430-448, 2017.

SOUSA, Lícia Nascimento de. **Responsabilidade civil por danos em voos internacionais**: a questão da prevalência das Convenções de Varsóvia e de Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor. 2019. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharelado em Direito, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 636331**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 25 de maio de 2017.

TARGA, Maria Luiza Baillo. Transporte aéreo internacional: a repercussão da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal e a necessária aplicação do CDC em defesa dos interesses dos passageiros. **Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça**, [S.l.], v.1, n. 1, p. 439-474, 2020.

Data de submissão: 11 mar. 2023. Data de aprovação: 20 abr. 2023.

A TRIBUTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Raphael Silva Rodrigues¹
Rodrigo Almeida Magalhães²
Thiago Penido Martins³

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a legislação, a doutrina e a jurisprudência em seus conceitos gerais sobre o tema, para que no caso em específico, da Covid-19, seja possível trazer soluções às empresas que tiverem a eventual majoração do cálculo do FAP, de modo que possam impugná-lo amparadas pelas fontes do direito e, conseqüentemente, não ser responsabilizadas pelos efeitos da pandemia que assola o mundo.

Palavras-chave: Pandemia da Covid-19; Impacto da atividade econômica; Contribuição ao SAT/RAT ajustado pelo FAP.

Abstract

The purpose of this article is analyze the legislation, doctrine and jurisprudence in their general concepts on the subject, to that in the specific case of Covid-19, it is possible to bring solutions to companies that have the possible increase in the FAP calculation, so that they can challenge it supported by the sources of law and, consequently, not be held responsible for the effects of the pandemic that devastates the world.

Keywords: Covid-19 Pandemic; Impact of economic activity; Contribution to SAT/RAT adjusted by FAP.

1 INTRODUÇÃO

O *Seguro Acidente de Trabalho* (SAT), ou também conhecido como a contribuição em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos *Riscos Ambientais do Trabalho* (RAT) é uma espécie de contribuição previdenciária, paga pelo empregador e incidente sobre a folha de salário, a fim de custear eventuais ocorrências de acidente de trabalho ou doenças ocupacionais, em favor do segurado acidentado ou seu dependente.

A alíquota deste tributo é paga de conforme o grau de risco da atividade preponderante da empresa, que pode variar de 1%, 2% ou 3%. Pode ser reduzido ou majorado de acordo com o fator acidentário previdenciário (FAP), criado para estimular

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Tributário pela PUC/MG. Professor Universitário. Membro integrante de Bancas Examinadoras de Concursos Públicos. Autor e Coautor de livros, capítulos e artigos de revistas científicas. Advogado.

² Doutor e Mestre em Direito pela PUC/MG. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Titular do Centro Universitário Unihorizontes. Professor Associado da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado.

³ Doutor em Direito Privado pela PUC/MG. Mestre em Direito e Especialista em Direito pela FDMC/MG. Procurador Autárquico do Município de Belo Horizonte/MG. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG) e do Programa de Mestrado Profissional em Segurança Pública e Cidadania (UEMG).

as empresas a investirem em medidas de proteção à saúde e segurança do empregado.

O FAP é composto pelos índices de frequência, gravidade e custo, os quais definirão o cálculo dos eventos acidentários ocorridos na empresa informados pelas Comunicações de Acidentes de Trabalho (CAT) ou por meio da metodologia do Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) utilizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), de modo que a incidência de afastamento dos trabalhadores em razão dos acidentes de trabalho e das doenças ocupacionais poderá elevar o custo tributário das empresas, caso as medidas de proteção no ambiente laboral não tenham sido tomadas.

A pandemia de Covid-19, causada pelo vírus SARS-CoV-2 ou Novo Coronavírus, vem produzindo repercussões não apenas de ordem biomédica e epidemiológica em escala global, mas também repercussões e impactos sociais, econômicos, políticos, culturais e históricos sem precedentes na história recente das epidemias.

Como cálculo dos índices do FAP considera os acidentes de trabalho e as doenças ocupacionais ocorridas na empresa para aplicar a majoração ou a diminuição do tributo do SAT/RAT, esse trabalho examinará se a pandemia da Covid-19 pode ser caracterizada como doença ocupacional ou não, de modo que o contágio de empregados possa ser associado ao ambiente laboral.

A partir dos conceitos mencionados, irá investigar se a Covid-19 pode refletir no cálculo do FAP de 2022 e 2023, de modo a responsabilizar financeiramente as empresas à cobertura dos benefícios previdenciários custeados pela Previdência Social aos empregados que, continuaram em atividade durante a pandemia e foram contaminados pelo vírus da Covid-19.

Dessa maneira, através do método dedutivo de pesquisa, o objetivo deste ensaio é analisar a legislação, a doutrina e a jurisprudência em seus conceitos gerais sobre o tema, para que no caso em específico, da Covid-19, seja possível trazer soluções às empresas que tiverem a eventual majoração do cálculo do FAP, de modo que possam impugná-lo amparadas pelas fontes do direito e, conseqüentemente, não ser responsabilizadas pelos efeitos da pandemia que assola o mundo.

2 DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DO GRAU DE INCIDÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA DECORRENTE DOS RISCOS AMBIENTAIS DO TRABALHO (RAT)

A seguir, busca-se investigar como o fator acidentário previdenciário pode reduzir ou majorar a alíquota do seguro de acidente de trabalho ou contribuição em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa, no tocante a aplicação dos índices de frequência, gravidade ou custo.

Pretende-se, dessa forma, explorar fundamentos embasados nas fontes do direito como forma de questionar eventuais divergências quanto aos elementos que compor o fator acidentário previdenciário e considerar a Covid-19 como doença ocupacional, bem como analisar eventual alteração da atividade preponderante e a metodologia do nexo técnico epidemiológico para afastar a responsabilidade do empregador.

2.1 Contexto Histórico Do Seguro de Acidentes de Trabalho

A primeira menção sobre o seguro de acidentes de trabalho ocorreu na Carta Política de 1937 (art. 137, alínea *m*), que previa a “instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidente de trabalho”, decretada à época por Getúlio Vargas.

Apesar da sua criação ter sido consagrada em 1937, foi integrado à Previdência Social no ano de 1967, com a Lei nº. 5.316 de 14 de setembro de 1967, quando passou a ser estatizado, uma vez que anteriormente era contratado pelas empresas junto a entidades seguradoras.

Nessa linha, em 1967 o seguro de acidentes de trabalho se tornou tributo, mediante uma contribuição adicional a cargo exclusivo das empresas e com intuito de custear os acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais, em forma de prestações e serviços prestados aos segurados e dependentes.

À época, a alíquota variava entre 0,4% e 0,8% da folha de salários de contribuição, de acordo com a natureza da atividade da empresa, bem como acrescido de uma contribuição adicional incidente sobre a mesma folha e variável, considerando também a atividade da empresa.

As alíquotas ainda passaram por mais duas alterações antes da edição da Lei de Custeio da Seguridade Social, sendo uma delas com a Lei 6.367/1976, com um adicional variável entre 0,4% e 2,5% da folha de salário e a outra com a Lei nº 7.787/1989, sob a alíquota única de 2%.

Vale frisar que a alíquota trazida pela Lei nº 7.787/1989 não levava em consideração a atividade da empresa e o grau de risco, conforme o art. 3º II da legislação ora citada, mas com uma contribuição adicional de 0,9%, 1,2% ou 1,8% de acordo com índice de acidente e trabalho, dentro da média do setor da empresa.

A Lei de Custeio da Seguridade Social nº 8.213/1991 no art. 22, II trouxe alterações nas alíquotas, que passaram a ser de 1%, 2% e 3% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos.

As alíquotas trazidas pela Lei nº 8.213/1991 ainda estão vigentes até os dias atuais, porém, com a inovação do Fator Acidentário do FAP, instaurado pela Lei nº 10.666/2003 e atualmente regulamentado pelo Decreto nº 10.410/2020, que Regulamenta a Previdência Social.

Por fim, vale frisar que com a instauração do FAP, os critérios anteriormente citados nas Leis 5.316/1967 de caracterização do grau de risco da atividade da empresa e o índice de acidente de trabalho foram unificados, para fins de apuração da alíquota do SAT a ser paga pelo empregador.

2.2 Contribuição para o Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT)

O Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT) é um tributo destinado à cobertura de eventuais ocorrências de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, no qual o acidentado ou o seu dependente, em caso de morte, irá usufruir de prestações e serviços previstos na legislação.

Nessa linha, a Contribuição ao SAT é um direito destinado aos empregados e um tributo a cargo do empregador, que auferir proveito econômico de seus empregados. Essa contribuição previdenciária tem previsão na Constituição Federal, que assim dispõe: “*Art. 7º. XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;*”.

Destaca-se que diferente da contribuição básica de 20%, o SAT é uma contribuição que só incide para os empregados, trabalhadores avulsos, segurado especial e para o segurado doméstico, portanto, não será hipótese de incidência para o contribuinte individual.

Sobre a nomenclatura do tributo, o SAT também pode ser chamada de contribuição para o grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (RAT), nomenclatura trazida pela Lei nº 9.732/1998, sendo estabelecida no art. 22 da Lei nº 8.212/1991 da seguinte maneira:

Art. 22. II – para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998).

Os benefícios relacionados à incapacidade laborativa são: a) Pensão por morte acidentária (art. 74 da Lei nº 8.213/1991); b) Aposentadoria por invalidez acidentária (art. 42 da Lei nº 8.213/1991); c) Auxílio-acidente (art. 86 da Lei nº 8.213/1991); d) Auxílio-doença acidentário (art. 59 da Lei 8.213/1991).

Com relação aos benefícios dos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991 importa mencionar que a disposição inicial do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 não se referia ao financiamento da aposentadoria especial. Todavia, a Lei nº 9.732/1998 acrescentou essa imposição, destinando a contribuição do seguro de acidente de trabalho também à aposentadoria especial.

O Supremo Tribunal Federal inclusive se posicionou pela constitucionalidade do art. 22, II da Lei nº 8.212/1991, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.732/1998, incluindo a aposentadoria especial como finalidade específica do SAT (RE 365.913 – AgR-ED e AI 804423-BA):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. SAT. APOSENTADORIA ESPECIAL.

O Supremo Tribunal Federal decidiu ser constitucional o art. 22, II, da Lei n. 8.212/91, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n. 9.732/98, o qual expressamente estabelece que a contribuição destinada ao seguro de acidente de trabalho também custeará o benefício de aposentadoria especial. Embargos de declaração rejeitados. (RE 365913 AgR – ED, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/03/2006, DJ 23-06*2006 PP-0069 EMENT VOL-02238-02 PP-00423).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTARIO. LEI N. 9.732/1998. ART. 22, INC. II, DA LEI N. 8.212/1991. ART. 57, §§6º E 7º, DA LEI N. 8.213/1991. FINANCIAMENTO DA APOSENTADORIA ESPECIAL PELA CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AI 804423 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira turma, julgado em 23/03/2011, DJe-069 DIVULG 11-04-2011 PUBLIC 12-04-2011 EMENT VOL-02501-03 PP-00560).

Ainda sobre o tema do financiamento da aposentadoria especial, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no ARE nº 664.335 (Tema 555 de Repercussão Geral) que se o empregador adotar medidas de saúde e segurança aos segurados empregados para neutralizar a agressividade dos agentes nocivos, como o fornecimento dos equipamentos de proteção individual (EPI), ficará desobrigado do pagamento do adicional do SAT, com exceção do ruído, agente nocivo que não é eliminado mesmo com as medidas de proteção:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL – EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

[...] 10. Consectariamente, a primeira tese objetiva que se firma é: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. 11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a

relação nociva a que o empregado se submete. 12. In casu, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. O benefício previsto neste artigo será financiado com 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. 13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores. 14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual – EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria. 15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário. (ARE 664335, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015).

Com relação as alíquotas do SAT, como já dito no tópico anterior, atualmente elas podem variar entre 1%, 2% e 3%, de acordo com o grau de risco da atividade preponderante da empresa, conforme definido no art. 22, II, a), b) e c) da Lei n. 8.213/1991:

- 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.

No caso do financiamento da aposentadoria especial o art. 57, § 6º da Lei nº 8.213/1991 define que as alíquotas mencionadas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa:

§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. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.980). (Vide Lei nº 9.732, de 11.12.98).

De acordo com as alíquotas do SAT apresentadas, é possível notar que, a sistemática da incidência de contribuição será definida de acordo com o grau de risco da atividade preponderante, portanto, quanto maior o risco da atividade, maior será a alíquota a ser paga pelo empregador.

2.3 Do Conceito de Atividade Preponderante

Apesar do termo atividade preponderante ter sido mencionado na Lei nº 8.213/1991 na classificação dos graus de risco para a apuração da alíquota do SAT/RAT, o seu conceito foi somente previsto no Regulamento da Previdência Social, no Decreto nº 3.048/1999.

De acordo com o art. 202, § 3º do Decreto nº 3.048/1999 a definição de atividade preponderante é a seguinte: “§3º *Considera-se preponderante a atividade que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos;*”

Diante deste conceito, é possível compreender que a atividade preponderante é aquela que possui o maior número de empregados na empresa.

Porém, com a publicação da Emenda Constitucional nº 103/2019 que provocou a Reforma da Previdência Social, foi necessário um Novo Regulamento da Previdência Social nº 10.410, que foi publicado no Diário Oficial da União no dia 01 de julho de 2020, alterando o conceito de atividade preponderante no art. 202, § 3º, pois incluiu o termo “estabelecimento da empresa”: “§3º *Considera-se preponderante a atividade que ocupa, em cada estabelecimento da empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos;*”

Ainda, no mesmo dispositivo, o Decreto explica o que significa estabelecimento da empresa: “§3º-A *Considera-se estabelecimento da empresa a dependência, matriz ou filial, que tenha número de Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ próprio e a obra de construção civil executada sob sua responsabilidade.*”

A mudança do texto no atual Decreto veio ratificar a súmula nº 351 do STJ, que vincula o estabelecimento da empresa à um estabelecimento autônomo da empresa com inscrição do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Mas prevalece o entendimento que nos casos de possuir apenas um registro, a atividade preponderante será aquela da empresa como um todo:

Súmula n. 351: A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco de atividade preponderante quando houver apenas um registro.

A exigência do CNPJ para o estabelecimento autônomo da empresa seria para facilitar a fiscalização do Fisco acerca dos cumprimentos das obrigações tributárias por parte dos contribuintes.

No EREsp nº 478.100/RS o Superior Tribunal de Justiça inclusive sustentou que não tem como individualizar os graus de risco em função das unidades das empresas, pois isso faria com que as empresas deixassem de regularizar as suas filiais perante o Fisco:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL AO SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT. ALÍQUOTA. GRAU DE RISCO. ART. 22, II DA LEI 8.212/91. ESTABELECIMENTO DA EMPRESA. INSCRIÇÃO DA UNIDADE DO CNPJ. NECESSIDADE.

1. Entendimento pacificado na Corte de que, para fins de apuração da alíquota do SAT, deve-se levar em consideração o grau de risco da atividade desenvolvida em cada estabelecimento da empresa. Persiste, entretanto, a divergência no tocante ao registro da unidade no CNPJ para que seja obtido o grau de risco por estabelecimento da empresa, parâmetro aferidor da alíquota da contribuição para o SAT, razão pela qual devem ser conhecidos os embargos.

2. O Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ, sucessor do Cadastro Geral de Contribuintes – CGC, é a base de dados utilizada pela administração tributária, em todos os níveis, para identificar o sujeito passivo da obrigação fiscal.

3. Atento à evolução das práticas comerciais, o Fisco exige o registro no CNPJ de cada filial ou sucursal da empresa, para uma melhor fiscalização acerca do cumprimento das obrigações tributárias por parte dos contribuintes.

4. Não há como se impor ao INSS que individualize os graus de risco (art. 22, II, da Lei nº 8.212/91) em função de unidades da empresa que não estão sequer registradas no CNPJ. Tal imposição redundaria em premiar os que não providenciam a regularização de suas filiais perante o fisco, em detrimento das sociedades que, cadastrando suas sucursais, assume os ônus administrativos, fiscais e contábeis decorrentes da gestão de uma unidade devidamente registrada.

5. Embargos de divergência conhecidos e providos. (EREsp 478.100/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2004, DJ 28/02/2005, p. 182)

André Mendes Moreira e Juliana Junqueira Coelho (2010, p. 16) criticam essa interpretação de vincular o estabelecimento à inscrição do CNPJ:

[...] o STJ também entende que estabelecimento autônomo é somente aquele que possui CNPJ próprio. *Data máxima vênia*, este não é o entendimento que reputamos acertado, haja vista que o mero fato de um estabelecimento utilizar-se do CNPJ de outro (não possuindo um número próprio) não transmuda a sua natureza: o estabelecimento continua

existindo, de forma autônoma e possuindo características próprias, que exigem que o grau de risco do SAT seja apurado levando-se em consideração tão-somente os empregados que nele laboram (haja vista que os funcionários dos demais estabelecimentos da empresa não possuem correlação direta com o risco enfrentado pelos trabalhadores de uma unidade específica e apartada das demais);

Como visto no trecho dos autores, desconsiderar o estabelecimento autônomo por não possuir CNPJ próprio, é desprezar as condições próprias de trabalho de cada atividade, mas esse não é o entendimento que prevalece na lei e na jurisprudência, que visa à cultura de regularização das filiais junto ao Fisco.

Superado o conceito de atividade preponderante, é preciso identificar o grau de risco da mesma, para fins de apuração da alíquota a ser utilizada para o cálculo do SAT/RAT. O enquadramento deve ser realizado com base na Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco, prevista no Anexo V do Regulamento da Previdência Social, alterado pelo Decreto nº 10.410, de 2020.

Dessa maneira, após ter sido identificada a atividade preponderante do estabelecimento da empresa, o próximo passo é realizar o cálculo do Fator Acidentário Previdenciário para definir a alíquota efetiva do RAT ajustado a ser pago pelo empregador.

2.4 Fator Acidentário Previdenciário (FAP)

O art. 22, § 3º da Lei nº 8.213/1991 dispõe que o Ministério do Trabalho da Previdência Social poderia alterar o enquadramento das alíquotas do SAT/RAT, com base nas estatísticas de acidente de trabalho, a fim de que as empresas fossem estimuladas ao investimento em prevenção de acidentes.

Apesar de muitos projetos pós a legislação do custeio terem sido apresentados visando à redução da alíquota mediante o investimento em saúde e segurança do trabalho, bem como da edição dos Decretos nº 356/1991, nº 612/1992 e nº 2.137/1997, a criação de uma medida que pudesse estimular as empresas ocorreu somente em 2003, com a instituição do Fator Acidentário Previdenciário, previsto na Lei nº 10.666/2003, sendo que antes essa autorização havia sido disposta na Medida Provisória nº 83, de 12/12/2002.

De acordo com o art. 10 Lei nº 10.666/2003 a alíquota destinada ao financiamento da aposentadoria especial e de benefício de incapacidade laborativa poderia ser reduzida de até 50% (cinquenta por cento) ou majorada até 100% (cem por cento), conforme dispusesse o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo a metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

Apesar da sua criação, a Lei nº 10.666/2003 determinou que essa metodologia capaz de reduzir ou majorar a alíquota do SAT/RAT deveria ser regulamentada pelo Poder Executivo no prazo de trezentos e sessenta dias.

Nesse intervalo de tempo, o Conselho Nacional da Previdência Social criou a Resolução nº 1.236/2004 e a Resolução nº 1.269/2006, na tentativa de estabelecer a

metodologia para a geração do índice do FAP, contudo, sem obter sucesso, tendo em vista a complexidade de definição desse método.

Posteriormente, no dia 12 de fevereiro de 2007 foi editado o Decreto nº 6.042, com o objetivo de disciplinar a aplicação, acompanhar e avaliar o Fator Acidentário de Prevenção e o Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP), para apurar se a doença que afastou o empregado é ocupacional ou não, para fins de adequação ao benefício acidentário.

Apesar da regulamentação pelo Decreto nº 6.042, a metodologia do índice do FAP ainda não estava definida. A Resolução nº 1.308/2009, alterada pelo seu Anexo I pela Resolução nº 1.316 de 31 de maio de 2010, trouxe então a metodologia do FAP a ser utilizada pelos contribuintes à época.

A Resolução nº 1.329 de 25 de abril de 2017 alterou a Resolução nº 1.316 de 31 de maio de 2010, que passou a produzir efeitos a partir do cálculo do FAP de 2017, que teve vigência em 2018 e, atualmente, é a metodologia adotada pelos contribuintes.

Por fim, o Decreto nº 10.410 de 30 de junho de 2020 ratifica as alíquotas do FAP e a metodologia de cálculo da mesma, considerando os índices e critérios acessórios à composição do índice composto pelos índices de gravidade, de frequência e de custo.

2.4.1 A metodologia do FAP e a Resolução nº 1.329 de 25 de abril de 2017

Como visto no tópico anterior, a Resolução nº 1.329/2017 identifica qual é a metodologia atualmente adotada para a apuração do cálculo do FAP. No seu item 2.1 a Resolução em comento descreve as fontes de dados que devem ser consideradas para o cálculo do FAP:

- a) Registro da Comunicação de Acidentes de Trabalho CAT.
- b) Registros de concessão de benefícios acidentários que constam nos sistemas informatizados do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. O critério para contabilização de benefícios acidentários concedido é a Data do Despacho de Benefício – DDB dentro Período Base (PB) de cálculo.
- c) Dados de vínculos, remunerações, atividades econômicas, admissões, graus de risco, rescisões, afastamentos, declarados pelas empresas, por meio da Guia de Recolhimento do FGTS e Informação à Previdência Social – GFIP, ou por meio de outro instrumento de informações que vier a substituí-la.
- d) A expectativa de sobrevivência do beneficiário será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos, mais recente do Período-Base.

No item 2.2 a Resolução ainda engloba os conceitos utilizados para a apuração do FAP:

Evento: ocorrência previdenciária de cada um dos registros de benefícios das espécies de natureza acidentária: B91 – Auxílio doença por acidente de trabalho, B92 – Aposentadoria por invalidez por acidente de trabalho,

BP93 – Pensão por morte por acidente de trabalho e B94 – Auxílio-acidente por acidente de trabalho, independente se decorrentes de agravamento do mesmo evento. Os acidentes de trabalho sem concessão de benefícios, informados pelas Comunicações de Acidente de Trabalho – CAT, somente serão considerados eventos no caso de óbito. Em todos os casos, serão excetuados desta definição os acidentes de trajeto, assim identificados por meio da CAT ou por meio de outro instrumento que vier a substituí-la.

Período-Base – PB: período de tempo em meses ou anos cujos eventos serão considerados no cálculo do FAP.

Frequência: índice baseado no número de benefícios de natureza acidentária das espécies: B91 – Auxílio doença por acidente de trabalho, B92 – Aposentadoria por invalidez por acidente de trabalho, B93 – Pensão por morte por acidente de trabalho e B94 – Auxílio acidente por acidente de trabalho, com Data de Despacho do Benefício (DDB) compreendida no Período-Base, bem como o número de CATs de óbito por acidente de trabalho, com a Data do Cadastramento compreendida no Período-Base, das quais não haja concessão de B93 – Pensão por morte por acidente de trabalho. Para todos os eventos serão excetuados os decorrentes de acidente de trajeto, assim identificados por meio da CAT ou por meio de outro instrumento que vier a substituí-la.

Gravidade: índice baseado na intensidade cada registro de benefício acidentário ou morte, estabelecido a partir da multiplicação do número de registros de cada espécie de benefício acidentário por um valor fixo, representando os diferentes níveis de gravidade: 0,50 para pensão por morte e por CAT de óbito das quais não haja a concessão de B93 – Pensão por morte por acidente de trabalho; 0,30 para aposentadoria por invalidez por acidente de trabalho; 0,10 para auxílio-doença por acidente de trabalho; e 0,10 para auxílio-doença por acidente de trabalho; e 0,10 para auxílio-acidente por acidente de trabalho.

Custo: dimensão monetária do acidente que expressa as despesas da Previdência Social com pagamento de benefícios de natureza acidentária e sua relação com as contribuições das empresas.

Massa Salarial – MS anual: soma, em reais, dos valores de remuneração (base-de-cálculo das contribuições previdenciárias), incluindo o 13º salário, informados pelo empregador na GFIP.

Vínculo Empregatício: é identificado por um Número de Identificação do Trabalhador – NIT, um número no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ e uma data de admissão.

Vínculos Empregatícios – média: é a soma do número de vínculos mensais em cada estabelecimento, informados pela empresa, via SEFIP/GFIP dividido pelo número de meses do período.

Data de Despacho do Benefício – DDB: é a data (dia/mês/ano) em que é processada a concessão do benefício.

Data de Início do Benefício – DIB: é a data (dia/mês/ano) a partir da qual se inicia o direito ao benefício.

Data de Cessação do Benefício – DCB: é a data (dia/mês/ano), a partir da

qual se encerra o direito ao recebimento do benefício.

Idade: é a idade do segurado, expressa em anos, na data do início do benefício.

Salário-de-Benefício: valor que serve de base aos percentuais que calcularão a renda mensal dos benefícios (Mensalidade Reajustada – MR).

Renda Mensal Inicial – RMI (pura): valor inicial do benefício no mês.

CNAE: é a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE oficial adotada pelo Sistema Estatístico Nacional do Brasil e pelos órgãos federais, estaduais e municipais gestores de registros administrativos e demais instituições do Brasil. A CNAE é subdividida em seções, divisões, grupos, classes e subclasses. Para fins de cálculo do FAP, é utilizada a CNAE Subclasse.

A CNAE Subclasse utilizada no cálculo do FAP é a que mais se replica em todas as GFIPs válidas consideradas no Período-Base para fins de cálculo do FAP, declaradas na GFIP ou em outro instrumento que vier a substituí-la.

Caso a empresa declare uma CNAE não mais existente, o método de cálculo do FAP estabelecerá, quando possível, a correspondência CNAE (CNAE Correspondente), conforme tabela da CONCLA. Caso não seja possível estabelecer a correspondência, a CNAE inválida não será considerada para o cálculo do FAP, ficando o estabelecimento com o GAP 1,0000 por definição.

Apartir das fontes de dados e dos conceitos definidos pela Resolução nº 1.329/2017, é possível compreender de que forma serão apurados os índices de frequência, gravidade e custo, para então chegar ao cálculo do FAP que será utilizado.

2.4.2 Índices de frequência, gravidade e custo

O índice de frequência é apurado em função dos registros de acidente de trabalho, ou seja, tomará como base os registros de acidente de trabalho informados ao INSS por meio das CAT's, ou mesmo através do estudo do Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) realizado durante a perícia do INSS, que identificará o tipo do benefício concedido.

Segundo o item 2.3.1 da Resolução nº 1.329/2017, para apurar o índice de frequência será somado os benefícios acidentários (B91, B92, B93 e B94), acrescido do número de óbitos informados nos CAT's nos quais não houve a concessão de B93, por estabelecimento, excetuados os acidentes de trajeto, dividido pelo número médio de vínculos do estabelecimento, multiplicado por 1000 (mil): *“IF= nº de acidentes e benefícios acidentários (B91+B92+B93+B94) + óbitos informados no CAT sem B93 / nº de empregados x 1000;”*

Ou seja, a empresa com maior índice de frequência de acidentes e doenças do trabalho receberá o maior percentual para o cálculo do FAP de 100%.

Para o índice de gravidade, o item 2.3.2 da Resolução nº 1.329/2017 destaca que o cálculo a ser apurado deve considerar a gravidade de doença/morte cada tipo de benefício concedido (quantidade de B91 x 0,10 + quantidade de B92 x 0,30 + B93 + CATs

de óbitos que não houve a concessão de B93 x 0,50 + quantidade de B94 x 0,10, sem considerar os acidentes de trajeto), dividido pelo número médio de vínculos e multiplicado por 1000 (mil): *“IG= nº de acidentes e benefícios acidentários (B91+B92+B93+B94) + óbitos informados no CAT sem B93 / nº de empregados x 1000;”*

A lógica do índice desse índice é que a maior quantidade de benefícios caracterizados como mais graves, elevará o percentual do mesmo.

No índice do custo, o item 2.3.3 da Resolução nº 1.329/2017 explica que corresponde aos valores dos benefícios pagos ou devidos pela Previdência Social, no qual para os casos de B91 o custo é calculado com base no tempo de afastamento do empregado, considerando meses e fração de mês. Nos casos de B92 e B94 os custos são calculados mediante projeção de expectativa de sobrevivência do beneficiário a partir da tábua completa de mortalidade construída pelo IBGE, considerando a média nacional para ambos os sexos. Já no caso de B93 os custos serão calculados considerando as regras vigentes para a duração do benefício: *“IC= nº total de benefícios acidentários vinculados à empresa, excetuados os decorrentes de trajeto/valor total de remuneração paga pela empresa aos empregados x 1000;”*

Quanto maior a despesa da Previdência Social com os gastos em benefícios acidentários vinculados ao CNPJ do empregador, maior o índice de custo.

Desse modo, após definidos os índices de frequência, gravidade e custo, será possível alcançar o índice composto para o cálculo do FAP.

2.4.3 Geração do Fator Acidentário de Prevenção por Estabelecimento

De acordo com o art. 202-A, § 1º do Decreto 10.410/2020 o FAP consiste em multiplicador variável em um intervalo contínuo de 0,5000 (cinco décimos) a 2,0000 (dois inteiros), que será aplicado à respectiva alíquota, considerando o critério de truncamento na quarta casa decimal.

O mesmo dispositivo ainda continua no § 2º que para a redução ou majoração do índice do FAP, o desempenho da empresa, individualizada pelo CNPJ será discriminado em relação à sua atividade econômica, a partir da criação do índice composto pelos índices da gravidade, de frequência e custo.

Ressalta-se que o Ministério da Previdência Social elabora um ranking com as empresas da mesma subclasse da CNAE, atribuindo-lhes uma colocação de acordo com cada um dos respectivos índices obtidos. E a partir da colocação da empresa no ranking, lhe é dado seu número de ordem relativo a cada um dos três critérios, dentro do grupo de empresas da mesma classe. Estabelecido o percentil das empresas em relação a cada um dos três critérios, serão utilizados no cálculo final do FAP.

O item 2.4 da Resolução nº 1.329/2017 traz a fórmula do percentil de ordem para cada um desses índices para os estabelecimentos dessa subclasse:

$$\text{Percentil} = 100 \times (n. \text{ ordem} - 1) / (n - 1)$$

Onde: n = número de estabelecimentos na CNAE Subclasse, com todos os insumos necessários ao cálculo do FAP;

Nordem = posição do índice do ordenamento do estabelecimento na CNAE Subclasse.

Definido o percentil de ordem, é criado um índice composto, atribuindo ponderações aos percentis de ordem de cada índice.

Assim, o critério das ponderações transfere peso maior para o índice da gravidade (0,50), a fim de que os eventos de morte e invalidez tenham maior influência no índice. Na sequência, o segundo maior peso é atribuído à frequência (0,35). E, por último, o índice do custo (0,15).

Vale ainda frisar que o item 2.4 da Resolução nº 1.329/2017 deixa claro que apurado o índice composto da empresa, deverá ser multiplicado por 0,02, para a distribuição dos estabelecimentos dentro de um determinado CNAE Subclasse variar de 0,0000 a 2,0000: *“IC= (0,35 x percentil de ordem de gravidade + 0,5 x percentil de ordem de frequência + 0,15 x percentil de custo) x 0,02.”*

Quanto ao cálculo do FAP, a Resolução nº 1.329/2017 determina que serão utilizados os dados dos dois anos imediatamente anteriores ao ano do processamento, com exceção dos primeiros processamentos do FAP, que se utilizam os dados de abril de 2007 a dezembro de 2008.

Para o período posterior a janeiro de 2007, expõe que o FAP será calculado no ano seguinte ao que completar dois anos de constituição. Nesta linha, o art. 202-A, § 8º do Decreto nº 10.410/2020 ratifica essa disposição.

Por fim, como a Resolução nº 1.329/2017 foi elaborada no dia 25 de abril de 2017, previu que no cálculo do FAP de 2017, com vigência em 2018, haveria uma redução de 25% no FAP que exceder 1,0000, passando a ser de 15%. Porém, a partir do cálculo de 2018, com vigência em 2019, esta redução é excluída.

2.5 Do Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP)

O Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP) está previsto no art. 21-A da Lei nº 8.213/1991, foi criado pela Lei nº 11.430/2006 e recentemente alterado pela Lei Complementar nº 150 de 2015, para a inclusão do empregado doméstico na relação laboral, com a seguinte redação:

Art. 21-A. A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento.

Trata-se de uma metodologia utilizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) capaz de identificar se a causa da doença que determinou o afastamento do empregado é decorrente de doença ocupacional ou não, para fins de concessão de benefício acidentário ou de benefício previdenciário normal.

Através do NTEP, o médico perito do INSS faz um estudo da atividade da empresa, de acordo com a Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE), com a doença elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), a fim de verificar eventual relação existente entre elas.

O resultado da análise do NTEP repercute no índice de frequência, principalmente quanto às ocorrências de doenças ocupacionais não informadas no CAT, de modo a informar o real número de acidentes de trabalho. Além disso, reflete nos índices de gravidade e custo, por ampliar o universo de acidentes de trabalho ocorridos na empresa.

3 O REFLEXO DA PANDEMIA NO CÁLCULO DO FAP E NA CONTRIBUIÇÃO DO RAT/SAT

No presente tópico pretende-se demonstrar que as empresas que adotaram o sistema de *home office* ou investiram em saúde e segurança do trabalho não podem ser responsabilizadas pela contaminação da Covid-19 como doença ocupacional, conforme razões a seguir abordadas.

3.1 A Pandemia do Novo Coronavírus (COVID-2019)

A pandemia do Novo Coronavírus, também conhecido por seu nome técnico Covid-19, é da família de vírus SARS-CoV-2, que causa infecção respiratória nos humanos. O primeiro caso do Covid-19 foi descoberto no dia 31/12/2019, após casos registrados na China e não demorou muito para o surto da doença disseminar-se por todo o mundo. Por se tratar de uma infecção respiratória grave, podendo levar à morte e sequelas aos infectados, no dia 30/01/2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou Emergência Internacional, inclusive o Brasil foi notificado dessa determinação.

O primeiro caso confirmado no Brasil ocorreu no dia 26/02/2020 na cidade de São Paulo. Após a notificação de mais casos ao redor do país, no dia 11/03/2020 o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 356, cuja previsão estabeleceu medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da Covid-19.

No mesmo mês da publicação da Portaria nº 356/2020, de março de 2020, diversos Estados ao redor do Brasil decretaram quarentena, possibilitando apenas que serviços essenciais como supermercados e farmácias permanecessem abertos, para inibir a propagação do Covid-19, as atividades não essenciais que puderam adotar o trabalho em sistema de "*home office*", passaram a operar dessa maneira.

Diante desse novo cenário, diversas medidas tiveram que ser adotadas pelo Governo Federal para diminuir os efeitos do Covid-19 na vida dos brasileiros, dentre elas a Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020, que previu a opção de regime de trabalho presencial para teletrabalho, trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância, ações para manter o emprego de trabalhadores, bem como deixou expresso que o Covid-19 não poderia ser enquadrado como doença ocupacional para os trabalhadores de atividade essencial que continuassem na ativa, apenas se comprovado o nexo causal pelo empregado.

3.2 A Polêmica De Caracterização Do Novo Coronavírus Como Doença Ocupacional

Como visto no tópico anterior, a pandemia da Covid-19 trouxe nova configuração no ambiente laboral do Brasil. A MP nº 927/2020 adotou ações para que os empregadores pudessem manter o trabalho dos seus empregados mesmo fora do ambiente laboral, em que pese o momento de calamidade pública.

Quanto aos empregados que desenvolvessem atividades essenciais, o art. 29 MP nº 927/2020 optou por não responsabilizar os empregadores pelo contágio do Covid-19, caso um dos seus funcionários fosse contaminado pela doença, exceto se fosse comprovado o nexo causal: *“Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.”*

No dia 29/04/2020 o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6346, por sua maioria, suspendeu então a eficácia do art. 29, sob o fundamento de ir em desencontro com a art. 7º XXVIII da Constituição Federal, que prevê normas de saúde, higiene e segurança do trabalho em favor do empregado.

O julgamento ainda imputou aos empregadores a responsabilidade objetiva por danos decorrentes de acidente de trabalho.

Nessa linha, a Ministra Rosa Weber defendeu sobre a importância de estabelecer o nexo técnico epidemiológico (NTEP) entre o trabalho e o agravo para a Covid-19, cabendo ao empregador litigar em face do INSS, nos casos que entender não se tratar de doença ocupacional:

Acompanho o Ministro Relator. Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal”. A norma em questão exclui, como regra, a contaminação pelo coronavírus da lista de doenças ocupacionais, transferindo o ônus da comprovação ao empregado, isto é, cabe ao trabalhador demonstrar que contraiu a doença durante o exercício laboral, denotando o caráter subjetivo da responsabilidade patronal. No entanto, essa previsão vai de encontro ao recente julgamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em relação à responsabilidade objetiva do empregador em alguns casos. No julgamento do RE 828.040 (ata de julgamento publicada no DJe em 19/3/2020), sob o regime de repercussão geral, de minha relatoria, essa CORTE fixou a seguinte tese jurídica: “O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade”. Assim, o texto do art. 29 da MP 927/2020, ao praticamente excluir a contaminação por coronavírus como doença ocupacional, tendo em vista que transfere aos trabalhadores o ônus de comprovação, destoa, em uma primeira análise,

de preceitos constitucionais que asseguram direitos contra acidentes de trabalho (art. 7º, XXVIII, da CF). A norma, portanto, não se mostra razoável, de forma que entendo presentes os elementos necessários para a concessão da medida liminar.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal quanto ao art. 29 MP nº 927/2020 prevaleceu até o término da vigência da Medida Provisória, que ocorreu no dia 19 de julho de 2020, tendo em vista que a MP não foi convertida em lei, tendo sido esgotados os seus efeitos jurídicos.

No dia 28 de agosto de 2020 o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 2.309, publicada no dia 01 de setembro de 2020, alterando a Portaria de Consolidação nº 5/GM/MS, para incluir a Covid-19 na Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho (LDRT).

No dia 02 de setembro de 2020 foi publicada a Portaria nº 2.345 que tornou sem efeito a Portaria nº 2.309, excluindo a Covid-19 da LDRT.

Na sequência, o Ministério Público do Trabalho emitiu a Nota Técnica GT Covid-19 nº 20/2020, que caracterizou a Covid-19 como doença ocupacional. Dentre as disposições, determinou que os médicos do trabalho orientassem às empresas para emitirem o CAT, nos casos de empregados confirmados ou suspeitos pelo contágio da doença:

7. DEVERÃO os médicos do trabalho, sendo constatado por meio dos testes, a confirmação do diagnóstico de COVID-19, ou ainda que o teste consigne resultado “não detectável” para o novo coronavírus, mas haja suspeita em virtude de contato no ambiente do trabalho, mesmo sem sintomatologia, solicitar à empresa a emissão da Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT) dos casos confirmados e suspeitos (art. 169 da CLT); indicar o afastamento do (a) trabalhador (a) do trabalho e orientar o empregador quanto à necessidade de adoção de medidas de controle no ambiente de trabalho, utilizando-se do instrumental clínico-epidemiológico para identificar a forma de contágio e proceder à adoção de medidas mais eficazes de prevenção (NR 7, itens 7.2.2 e 7.4.8).

Posteriormente, no dia 17 de dezembro de 2020, o Ministério da Economia publicou a Nota Técnica SEI nº 56376/2020/ME de cunho orientativo, com a finalidade de trazer interpretação adequada aos arts. 19 a 23 da Lei nº 8213/1991 no que tange a análise e configuração donexo entre o trabalho e a Covid-19.

A Nota Técnica destacou que a Covid-19 pode ou não ser considerada doença ocupacional, a depender das características do caso concreto e da análise realizada pela perícia médica federal ou pelos médicos responsáveis pelos serviços de saúde das empresas.

Ainda, cumpre destacar o item da conclusão inserida na Nota Técnica, que sustentou a possibilidade da Covid-19 ser reconhecida como doença ocupacional nos casos que a doença resultar das condições especiais em que o trabalho é executado:

14. Ante o exposto, resta evidenciado que “à luz das disposições da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a depender do contexto fático, a co-

vid-19 pode ser reconhecida como doença ocupacional, aplicando-se na espécie o disposto no § 2º do mesmo artigo 20, quando a doença resultar das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relacionar diretamente; podendo se constituir ainda num acidente de trabalho por doença equiparada, na hipótese em que a doença seja proveniente de contaminação acidental do empregado pelo vírus SARS-CoV-2 no exercício de sua atividade (artigo 21, inciso III, Lei nº 8.213/1991); em qualquer dessas hipóteses, entretanto, será a Perícia Médica Federal que deverá caracterizar tecnicamente a identificação donexo causal entre o trabalho e o agravo, não militando em favor do empregado, a princípio, presunção legal de que a contaminação constitua-se em doença ocupacional.”.

Diante de todas essas alterações conceituais é possível notar que atualmente existe a presunção da Covid-19 ser caracterizada como doença ocupacional, principalmente quando o trabalho expõe o empregado às condições especiais.

Como visto, a Perícia Médica Federal que possui a função de identificar onexo causal entre o trabalho e o agravo, mas quem emite a Comunicação de Acidente do Trabalho é o empregador, conforme a determinação inclusive do Ministério Público do Trabalho.

Desse modo, o ônus da prova que antes era do empregado, passou a ser do empregador, que deverá demonstrar que a Covid-19 contraída não foi adquirida no ambiente laboral, apesar do resultado da Perícia Médica Federal realizada pelo INSS.

3.3 Covid-19 Caracterizada como Doença Ocupacional e os Reflexos no Cálculo do FAP

Relembre-se que o FAP foi criado com o objetivo de que os empregadores fossem estimulados a investirem em saúde e segurança do trabalho em favor dos seus empregados, fator que poderia refletir na queda do número de benefícios acidentários e doenças ocupacionais, conseqüentemente, na contribuição do SAT recolhido pela empresa.

Com a pandemia a grande questão para a apuração do FAP dos anos de 2022 e 2023 é se os benefícios previdenciários concedidos em razão do contágio da Covid-19 caracterizariam a doença como ocupacional, informação que impacta na natureza do benefício para fins trabalhistas, bem como na responsabilidade do empregador, inclusive no que atine às despesas tributárias.

O tópico anterior deixou claro que o fato da Covid-19 ser considerada presumidamente doença ocupacional levantou muitas polêmicas, principalmente quanto ao ônus da prova, que no início era do empregado, mas depois do posicionamento do STF passou a ser do empregador, desde que identificado nexo causal pela Perícia Médica Federal.

De acordo com os dados publicados pelo Ministério da Saúde até o dia 30 de março de 2021 foram computados mais de 12 milhões de casos confirmados, sendo que são 317.646 óbitos acumulados, considerando a fatalidade da Covid-19, números que

impactam muitas vidas de brasileiros e que infelizmente não param de crescer.

Nessa linha, muitas empresas podem ser responsabilizadas com a majoração da alíquota do FAP, principalmente aquelas caracterizadas como essenciais em tempos de pandemia, que mantiveram o seu funcionamento, incluindo Hospitais e demais estabelecimentos de saúde, onde a probabilidade de contágio do vírus se torna muito grande, considerando a condição especial do local de trabalho.

O índice do FAP que se refira aos anos de 2020 e 2021 ainda não foi publicado, mas as empresas já devem começar a se preparar para eventual contestação do cálculo na via administrativa ou judicial, principalmente implementando medidas de saúde e segurança do trabalho aos seus empregados, bem como de modo a adotar demais medidas que diminua a probabilidade de contágio com o vírus.

Esses são pontos cruciais para questionar a eventual majoração do FAP, já que se a empresa forneceu medidas de prevenção à saúde e segurança aos seus empregados no combate ao Covid-19, seja com a utilização dos equipamentos de proteção, ou fornecendo condições aos seus empregados para exercerem suas atividades em *home office*, não há razão para a majoração da alíquota.

Posto isso, é necessário que a empresa fique atenta divulgação do FAP de 2021, que levantará como dados os índices de frequência, gravidade, custo, bem como de rotatividade dos funcionários e, na eventualidade de majoração com a pandemia da Covid-19, apresentar a contestação administrativa ou ingressar em juízo, a fim de demonstrar que aplicou todas as medidas necessárias ao combate da pandemia.

3.4 Contestação Administrativa ao Cálculo do FAP

A contestação administrativa é a peça cabível para questionar eventuais divergências de informações e dados quanto aos elementos que compõe o FAP. Deve ser oferecida no prazo de 30 dias, contado da publicação no Diário Oficial da União das informações sobre a forma de consulta do FAP.

Atualmente está prevista no art. 305 do Decreto nº 10.410 de 30 de junho de 2020, que alterou o Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999. A Portaria 21.232/2020 é a mais recente, uma vez que disciplinou o FAP de 2020, com vigência no ano de 2021.

A contestação deve ser apresentada ao Conselho de Recursos da Previdência Social da Secretaria de Previdência (CRPS), exclusivamente por meio eletrônico, através de formulário que será disponibilizado nos sítios da Previdência Social e da Receita Federal do Brasil, conforme o art. 2º da Portaria 21.232/2020.

O art. 2º, § 2º da Portaria 21.232/2020 destaca quais são os elementos que compõe o FAP, passíveis de ser contestados administrativamente:

- I – Comunicação de Acidentes do Trabalho – CAT – seleção das CATs relacionadas para contestação.
- II – Benefício – seleção dos Benefícios relacionados para contestação.
- III – Massa Salarial – seleção da(s) competência(s) do período-base, inclusive o 13º salário, informando o valor da massa salarial (campo “REMUNERAÇÃO” – GFIP eSocial) que o estabelecimento (CNPJ completo) considera correto ter declarado em GFIP/eSocial para cada competência

selecionada.

IV – Número Médio de Vínculos – seleção da(s) competência(s) do período-base, informando as quantidades de vínculos (campo “EMPREGADOS E TRABALHADORES AVULSOS” – GFIP/eSocial) que o estabelecimento (CNPJ completo) considera correta ter declarado em GFIP/eSocial para cada competência selecionada.

V – Taxa Média de Rotatividade – seleção do(s) ano(s) do período-base, informando as quantidades de rescisões (campo “MOVIMENTAÇÕES” – GFIP/ e no eSocial), admissões (campo “ADMISSÃO” – GFIP/ e no eSocial) e de vínculos no início do ano (campo X GFIP/eSocial competência) que o estabelecimento (CNPJ completo) considera corretas ter declarado em GFIP/eSocial para cada ano do período-base selecionado.

Cumprido dizer que a apresentação da peça de contestação é dotada dos efeitos suspensivo e devolutivo, apesar do art. 308 do Decreto nº 10.410/2020 fazer referência à nomenclatura recursos, deve-se fazer uma interpretação extensiva ao art. 202-B, §3º do Decreto nº 3.048/1999.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem adotado o posicionamento de que a contestação, assim como os demais recursos, tem o condão de suspender a exigibilidade da parcela do crédito tributário abrangido na peça, isto é, até a decisão definitiva no âmbito administrativo, o contribuinte deverá pagar somente a alíquota do SAT referente ao seu estabelecimento:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL EMENTA TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FAP. GIL-RAT. ALÍQUOTA ALTERADA. IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA APRESENTADA PELO CONTRIBUINTE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE PARCIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 151, III, DO CTN C/C ARTIGO 202-B, CAPUT, § 3º, DO DECRETO 3.048/1999.

1. Remessa oficial de sentença que concedeu a segurança, para determinar que a autoridade coatora utilize o FAP equivalente a 0,5 para o cálculo da contribuição do GIL-RAT, referente ao estabelecimento da impetrante localizado em São Paulo, enquanto não definitivamente decidida, na esfera administrativa, a impugnação apresentada pela parte impetrante, em razão da suspensão da exigibilidade parcial do crédito tributário, até decisão definitiva na esfera administrativa, tão somente em relação à parte do crédito tributário resultante da diferença entre a aplicação do índice FAP anterior (0,5) e o questionado novo índice superior (0,9183), mantida a exigibilidade do crédito tributário resultante da aplicação do índice anteriormente adotado (0,5). Sem honorários advocatícios. 2. Na hipótese vertente, a empresa impetrante tenta sobrestar a aplicação do ato administrativo que, em razão da alteração promovida no Anexo V do Decreto 3.048/1999 pelo Decreto 6.042/2007, seguido do Decreto 6.957/2009, estabeleceu que a atividade por ela exercida (“fabricação, distribuição e comercialização de bebidas alcoólicas”) deve sofrer majoração em seu grau de risco (passando de 0,5 em 2019, recalculado,

e foi para 0,9183 em 2020). 3. Aduz a impetrante que, em que pese a contestação administrativa apresentada, foi surpreendida com a informação de que, apesar de a legislação atribuir efeito suspensivo à contestação ao FAP, conforme regra prevista no art. 202-B, § 3º, do Decreto nº 3.048/1999 (“Regulamento da Previdência Social”), a autoridade impetrada adota uma interpretação que restringe a aplicação do efeito suspensivo, daí gerando, em seu desfavor, uma cobrança indevida/majorada da GIL-RAT. 4. Tal interpretação diz respeito ao entendimento da RFB, exposto na Nota COSIT 92/2012, segundo o qual o efeito suspensivo da contestação ao FAP, previsto no art. 202-B do Decreto 3048/99, implica apenas a “neutralização” do fator, que passa a ser igual a 1,0, enquanto pendente de julgamento a contestação administrativa. 5. O art. 151, III, do CTN dispõe que “suspendem a exigibilidade do crédito tributário as reclamações e os recursos nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”. 6. Por seu turno, o referido art. 202-B, caput, do Decreto 3.048/1999 diz que “o FAP atribuído às empresas pelo Ministério da Previdência Social poderá ser contestado perante o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional da Secretaria Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, no prazo de trinta dias da sua divulgação oficial”. E mais, que “o processo administrativo de que trata este artigo tem efeito suspensivo” (§ 3º). 7. Conforme destacado na sentença, “Não há dúvida, a partir da interpretação conjugada do art. 151, III, do CTN e do art. 202-B, parágrafo terceiro, do Decreto nº 3.048/1999, que a contestação administrativa apresentada pelo contribuinte possui natureza de reclamação ou recurso administrativo, tendo o condão de suspender, até a superveniência da sua decisão definitiva na esfera administrativa, a exigibilidade da parcela do crédito tributário abrangida pela impugnação em questão. Tal suspensão deve se dar, por óbvio, na extensão e nos limites do quanto impugnado, não se podendo admitir que o efeito suspensivo, previsto pelo legislador como forma de proteção do contribuinte, seja interpretado pela Fazenda Pública de modo a gerar-lhe ônus ainda maior do que o ato administrativamente contestado”. 8. Vale ressaltar que “aplicar o FAP de 1,0 no caso, além de violar o CTN no ponto já exposto, ainda acarretaria uma injustificável majoração ilegal de tributo por via indireta, na medida em que tornaria ainda mais onerosa a situação do contribuinte do que a própria realidade por ele impugnada, qual seja, a aplicação do FAP estabelecido no valor de 0,9183”. (trecho da sentença) 9. Assim, considerando que o valor até então aplicado ao contribuinte era 0,5, restando pendente de apreciação a contestação administrativa, dotada de efeito suspensivo, ao ato que alterou tal índice (aumentando para 0,9183), até que ocorra uma decisão definitiva na esfera administrativa, impõe-se a suspensão da exigibilidade do FAP no que sobejar o percentual de 0,5, qual seja, a parcela sob discussão (0,4183). 10. Remessa oficial desprovida. nbs para determinar que a autoridade coatora utilize o FAP equivalente a 0,5 para o cálculo da contribuição do GIL-RAT, referente ao estabelecimento da impetrante localizado em São Paulo, enquanto não definitivamente decidida, na

esfera administrativa, a impugnação apresentada pela parte impetrante, nos termos da fundamentação, em razão da suspensão da exigibilidade parcial do crédito tributário, até decisão definitiva na esfera administrativa, tão somente em relação à parte do crédito tributário resultante da diferença entre a aplicação do índice FAP anterior (0,5) e o questionado novo índice superior (0,9183), mantida a exigibilidade do crédito tributário resultante da aplicação do índice anteriormente adotado (0,5). (PROCESSO: 08104009220204058300, REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE LUIS MAIA TOBIAS GRANJA (CONVOCADO), 2ª TURMA, JULGAMENTO: 23/02/2021)

A contestação tem efeito devolutivo, isto é, da decisão proferida pelo Conselho de Recursos da Previdência Social caberá recurso no prazo de 30 dias, que proferirá decisão em caráter terminativo, na forma do art. 3º, § 1º da Portaria nº 21.232/2020.

Por fim, cumpre dizer que o art. 6º do Decreto nº 10.410/2020 dispõe que a contestação deverá dispor exclusivamente, sobre razões relativas às divergências do FAP. Assim, a partir dessa previsão, caso haja a necessidade de produção de provas ou juntada de documentos para questionar os elementos do FAP, o contribuinte deverá ingressar em juízo.

3.4.1 A Eventual Alteração da Atividade Preponderante

No caso caracterização da Covid-19 como doença ocupacional pelo Médico Perito Federal o contribuinte deve demonstrar que a empresa forneceu todas as condições de trabalho necessárias para o empregado desenvolver as suas atividades, sem correr o risco de ser contaminado pela doença.

Antes da análise do nexo técnico epidemiológico do Médico Perito Federal, é preciso identificar se houve a alteração da atividade preponderante, tendo em vista que o cenário pandêmico alterou a configuração de trabalho de muitas empresas.

Nessa linha, segundo a pesquisa o IBGE em setembro de 2020 eram 7.9 milhões de brasileiros trabalhando em regime de *home office*. Em dezembro de 2018 esse número era de 3.8 milhões de brasileiros, ou seja, houve um aumento de mais de 100% com a pandemia.

Além da adoção do trabalho em regime de *home office*, muitos empregadores adotaram a MP n° 927/2020 para suspender o contrato de trabalho de seus funcionários impulsionados pela pandemia da Covid-19, pois tiveram que interromper as suas atividades não consideradas essenciais pelos Governos.

Dados do Governo Federal divulgados pelo site da Folha de São Paulo no dia 09 de junho de 2020 demonstram que ao menos 10 milhões de trabalhadores tiveram o contrato de trabalho suspenso ou o salário reduzido na pandemia.

Ou seja, com as atividades suspensas ou transferidas para o regime de *home office* pode ter ocorrido a alteração do número de empregados que determina a atividade preponderante de um estabelecimento, para que seja realizado o correto enquadramento do respectivo grau de risco, previsto no Anexo V do Regulamento da Previdência Social, alterado pelo Decreto nº 10.410, de 2020.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região em situação distinta a data pandemia, se posicionou no sentido da possibilidade de alteração da atividade preponderante nos casos de transferência da atividade laboral para o sistema de *home office*, mas o ônus da prova deve ser da empresa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SAT/RAT. ALTERAÇÃO DA ALÍQUOTA. EMPREGADOS EM REGIME DE HOME OFFICE. IMPOSSIBILIDADE.

- O RAT (Riscos Ambientais do Trabalho) é determinado pela atividade econômica desenvolvida pela pessoa jurídica contribuinte em relação a riscos de acidente laboral (leve, médio ou grave), mas o empenho pessoal do contribuinte é determinante para apuração do FAP (Fator Acidentário de Prevenção, multiplicador aplicado sobre o RAT) que permite a redução até a metade ou o aumento até o dobro da alíquota do adicional da contribuição. Art. 22, II, da Lei 8.212/1991 e art. 10 da Lei 10.666/2003 (resultante da conversão da MP 83, DOU de 13/12/2002).

- Os empregados autorizados a trabalharem em regime de home office são aqueles que já desempenhavam atividades em um estabelecimento específico da empresa (ao qual permanecem vinculados para fins de tarefas produtivas), o que não é suficiente para alterar a atividade preponderante para cálculo do FAP/RAT.

- Não bastasse, por certo as tarefas transferidas para o ambiente de home office em regra são as mesmas ou equivalentes às executadas nos estabelecimentos da empresa contribuinte, o que induz à manutenção de quantitativos para fins de cálculo da atividade preponderante que determina o FAP/RAT.

- Embora improvável, por hipótese é necessário admitir a possibilidade de atividades de risco (industriais ou comerciais) serem transferidas para home office em proporções suficientes para implicar na alteração do número de empregados que determina a atividade preponderante de um estabelecimento, mas o ônus da prova é da empresa. Mas aí a via processual eleita deve comportar a prova necessária, inclusive dilação probatória, se necessária.

- Agravo de instrumento desprovido. (TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5025004-31.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal JOSE CARLOS FRANCISCO, julgado em 25/02/2021, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 05/03/2021)

Dessa maneira, se o empregador demonstrar que grande parte dos funcionários foram realocados a condições de trabalho distintas das dependências do empregador, é capaz de alterar a atividade preponderante e, concomitantemente, o grau de risco da atividade.

3.4.2 A Análise do Nexu Técnico Epidemiológico

Relembre-se que o nexu técnico epidemiológico é uma metodologia utilizada pelo INSS capaz de identificar se a causa da doença que determinou o afastamento do empregado é decorrente de doença ocupacional ou não, para fins de concessão de benefício acidentário ou de benefício previdenciário normal.

Quanto à caracterização do nexu técnico epidemiológico o art. 337, § 3º do Decreto nº 3.048/1999 é expresso ao dizer:

§3º Considera-se estabelecido o nexu entre o trabalho e o agravo quando se verificar o nexu técnico epidemiológico entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID em conformidade com o disposto na Lista C do Anexo II deste Regulamento.

Nesse diapasão, o art. 21-A, caput da Lei nº 8.213/1991 já referido anteriormente, também acompanha essa definição, de que o nexu técnico epidemiológico é caracterizado na relação entre a atividade da empresa e a doença motivadora da incapacidade, prevista na CID.

Por outro lado, o art. 21-A, § 2º da Lei nº 8.213/1991 propõe a opção de recusa da aplicação do nexu técnico epidemiológico, cuja decisão caberá recurso. A recusa deverá ser acompanhada de fundamentos e provas, no sentido de que não há relação doença à atividade desempenhada.

Para desconfigurar a doença pandêmica da Covid-19 do ambiente laboral, o empregador precisa demonstrar que não se trata de doença ocupacional, isto é, que não há nexu causal como definido na Nota Técnica SEI nº 5.6376 do Ministério da Economia e no julgamento do STF na AD Nº 6.346.

Além disso, o art. 21, § 1º da Lei nº 8.313/1991 alínea d) prevê que as doenças endêmicas não são consideradas doenças ocupacionais. Esse dispositivo conceitua o termo doenças endêmicas como aquela que adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva.

Já a pandemia é mais abrangente, pois se trata de uma doença infecciosa que ameaça muitas pessoas ao redor do mundo simultaneamente, como é o caso da Covid-19. Ou seja, a hermenêutica literal do art. 21, § 1º da Lei nº 8.213/1991 pode ser aplicada ao caso da pandemia da Covid-19

Contudo, é importante frisar que o art. 21, 1º da Lei nº 8.213/1991 traz uma exceção de sua aplicação para os casos em que é comprovado que o contágio da doença se deu da exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho, como é o caso dos ambientes hospitalares ou demais locais de trabalho que foram considerados como essenciais durante a pandemia.

O Ministério da Saúde (2020, p. 19) recomenda acerca da necessidade de a empregadora cumprir todas as normas de segurança de trabalho, para a prevenção de transmissão de agentes infecciosos aos seus empregados. O uso de equipamentos de proteção e o treinamento para a utilização dos mesmos se tornam essenciais para tanto.

Nicole Hertzog Silva Rodrigues (2020, p. 03) destaca a importância de utilização

dos equipamentos de proteção no ambiente hospitalar para a gestão da Covid-19, tais como: óculos de proteção ou protetor facial, avental, luva de procedimento, máscara cirúrgica N95 e higienização das mãos na prestação de assistência aos casos suspeitos ou confirmados pela infecção do vírus.

Acrescenta ainda a importância dos treinamentos para a utilização dos equipamentos de proteção e a gestão da pandemia em ambiente hospitalar.

Além disso, convém dizer que em janeiro de 2021 o Governo Federal anunciou a campanha de vacinação contra a Covid-19 e os profissionais de saúde estariam na lista de prioridade em todo o território brasileiro a fim de receberem as primeiras doses da vacinação.

Nessa linha, as empresas que comprovarem ter realizado todas as medidas de prevenção contra a infecção pela Covid-19 devem ser eximidas da responsabilidade de eventual contaminação de seus funcionários, mesmo porque o cenário que se apresenta no mundo todo é de uma pandemia desenfreada.

Quanto à responsabilidade das empresas que fornecem todas as medidas de segurança aos seus funcionários, os Tribunais tem se pronunciado por não atribuir culpa aos empregadores nos casos de acidentes de trabalho, devendo se estender ao caso concreto da Covid-19:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA PELO INSS. ACIDENTE DE TRABALHO. NORMAS DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO DE SAT/RAT - NÃO EXCLUI OBRIGAÇÃO DA EMPRESA EM RESSARCIR O INSS. NEGLIGÊNCIA DA EMPREGADORA. NÃO CONFIGURADA. 1. É dever da empresa fiscalizar o cumprimento das determinações e procedimentos de segurança, não lhe sendo dado eximir-se da responsabilidade pelas consequências quando tais normas não são cumpridas, ou o são de forma inadequada. 2. O fato de as empresas contribuírem para o custeio do regime geral de previdência social, mediante o recolhimento de tributos e contribuições sociais, dentre estas aquela destinada ao seguro de acidente de trabalho - SAT, não exclui a responsabilidade nos casos de acidente de trabalho decorrentes de culpa sua, por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho. 3. Não restando demonstrada a negligência da empregadora quanto à adoção e à fiscalização das medidas de segurança do trabalhador, a ação regressiva proposta pela autarquia deve ser julgada improcedente. (TRF4, AC 5003464-98.2015.4.04.7104, TERCEIRA TURMA, Relatora CARLA EVELISE JUSTINO HENDGES, juntado aos autos em 24/06/2019)

Além disso, fornecer todos os equipamentos de proteção e treinamentos necessários para a prevenção da contaminação da Covid-19 assegura o direito fundamental de saúde aos empregados, previsto no art. 196 da Constituição Federal, no sentido de adotar medidas para a redução do risco de doença e de outros agravos.

Bruno Henrique Silva Santos (2020, p. 01) defende que o cumprimento desse dispositivo da Constituição Federal é aplicar o princípio da precaução, relacionado à prevenção da saúde. Acrescenta ainda que o art. 225, § 1º, incisos IV e V também são

disposições que enfatizam a importância de utilizar medidas técnicas que assegurem a proteção desse direito fundamental.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da importância de aplicação do princípio da prevenção no combate à pandemia da Covid-19:

Direitos fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19. Cautelares parcialmente deferidas. 1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias. 2. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial. Premissas da decisão 3. Os Povos Indígenas são especialmente vulneráveis a doenças infectocontagiosas, para as quais apresentam baixa imunidade e taxa de mortalidade superior à média nacional. Há indícios de expansão acelerada do contágio da COVID-19 entre seus membros e alegação de insuficiência das ações promovidas pela União para sua contenção. 4. Os Povos Indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Trata-se de direito assegurado pela Constituição de 1988 e pela Convenção 169 da OIT, que é norma interna no Brasil. 5. A análise aqui desenvolvida observou três diretrizes: (i) os princípios da precaução e da prevenção, no que respeita à proteção à vida e à saúde; (ii) a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo, em matéria de políticas públicas decorrentes da Constituição; e (iii) a imprescindibilidade de diálogo intercultural, em toda questão que envolva os direitos de povos indígenas. Pedidos formulados 6. Na ação são formulados pedidos específicos em relação aos povos indígenas em isolamento ou de contato recente, bem como pedidos que se destinam aos povos indígenas em geral. Tais pretensões incluem a criação de barreiras sanitárias, a instalação de sala de situação, a retirada de invasores das terras indígenas, o acesso de todos os indígenas ao Subsistema Indígena de Saúde e a elaboração de plano para enfrentamento e monitoramento da COVID-19. 7. Todos os pedidos são relevantes e pertinentes. Infelizmente, nem todos podem ser integralmente acolhidos no âmbito precário de uma decisão cautelar e, mais que tudo, nem todos podem ser satisfeitos por simples ato de vontade, caneta e tinta. Exigem, ao revés, planejamento adequado e diálogo institucional entre os Poderes. Decisão cautelar. Quanto aos pedidos dos povos indígenas em isolamento e de contato recente 8. Determinação de criação de barreiras sanitárias, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação, no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. 9. Determinação de instalação da Sala de Situação, como previsto em norma vigente, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos povos indígenas em isolamento e de contato recente, com participação

de representantes das comunidades indígenas, da Procuradoria-Geral da República e da Defensoria Pública da União, observados os prazos e especificações detalhados na decisão. Quanto aos povos indígenas em geral 10. A retirada de invasores das terras indígenas é medida imperativa e imprescindível. Todavia, não se trata de questão nova e associada à pandemia da COVID-19. A remoção de dezenas de milhares de pessoas deve considerar: a) o risco de conflitos; e b) a necessidade de ingresso nas terras indígenas de forças policiais e militares, agravando o perigo de contaminação. Assim sendo, sem prejuízo do dever da União de equacionar o problema e desenvolver um plano de desintrusão, fica determinado, por ora, que seja incluído no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da COVID-19 para os Povos Indígenas, referido adiante, medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa apta a evitar o contato. 11. Determinação de que os serviços do Subsistema Indígena de Saúde sejam acessíveis a todos os indígenas aldeados, independentemente de suas terras estarem ou não homologadas. Quanto aos não aldeados, por ora, a utilização do Subsistema de Saúde Indígena se dará somente na falta de disponibilidade do SUS geral. 12. Determinação de elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros, de comum acordo, pela União e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, com a participação das comunidades indígenas, observados os prazos e condições especificados na decisão. 13. Voto pela ratificação da cautelar parcialmente deferida. (ADPF 709 MC-Ref, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 06-10-2020 PUBLIC 07-10-2020)

Dessa maneira, é de extrema importância que as empresas comprovem a inexistência do nexos causal da Covid-19, por se tratar de um cenário de pandemia e modo a demonstrar que foram utilizadas todas as medidas de proteção e treinamentos para a garantia do direito à saúde de seus funcionários.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível concluir que a caracterização da Covid-19 como doença ocupacional pelo Ministério da Economia, pelo Ministério Público do Trabalho e pelo Supremo Tribunal Federal, pode trazer reflexos ao cálculo do FAP a ser computado para os anos de 2022 e 2023, inclusive de modo a majorá-lo.

A orientação é que os empregadores tomem as medidas necessárias para prevenção de seus empregados no contágio da Covid-19, seja com a utilização dos equipamentos de proteção orientados pelo Ministério da Saúde, com o devido treinamento para tanto, seja com a transferência do trabalho via *home office*.

A importância de adotar procedimentos de prevenção do contágio do vírus além de auxiliar no combate à pandemia da Covid-19, pode ser o principal elemento para questionar a eventual majoração do índice do FAP a ser apresentado no final do ano de

2021.

O empregador precisa se atentar a esse fato, para que no momento de divulgação do índice do FAP, possa apresentar contestação administrativa ou ingressar em juízo com o auxílio de um advogado, a fim de demonstrar que foram adotados os meios para a prevenção da transmissão do vírus no ambiente laboral.

Nessa linha, questionar a possível alteração da atividade preponderante ou a análise do nexo técnico epidemiológico, será necessário para comprovar que as medidas de proteção adotadas pela empresa foram suficientes para o combate do contágio do vírus nas instalações da empresa.

Não se pode olvidar que responsabilizar o empregador pela transmissão da doença da Covid-19, quando todas as medidas de proteção foram cumpridas no ambiente laboral, é injusto e deve ser questionado, com amparo na legislação e na jurisprudência, vez que se trata de um cenário pandêmico, que assola o mundo todo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo. Afastamentos por COVID-19 e a MP 927/20. **Genjurídico**, [s. l.], 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/27/afastamentos-covid-19-mp-927-20/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Previdência Social. **Resolução nº 1.236, de 28 de abril de 2004**. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/arquivos/office/3a_081117-171856-230.pdf. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Previdência Social. **Resolução nº 1.269, de 28 de abril de 2006**. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/arquivos/office/3a_081117-172624-099.pdf. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Previdência Social. **Resolução nº 1.308, de 27 de maio de 2009**. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/images/arquivos/office/3a_090630-163432-957.pdf. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Previdência Social. **Resolução nº 1.316, de 31 de maio de 2010**. Disponível em: <http://www2.dataprev.gov.br/fap/resolucao1316.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Previdência Social. **Resolução nº 1.329, de 25 de abril de 2017**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20184406/do1-2017-04-27-resolucao-n-1-329-de-25-de-abril-de-2017-20184187#:~:text=Representa%20as%20despesas%20da%20Previd%C3%AAncia,rela%C3%A7%C3%A3o%20com%20ascontribui%C3%A7%C3%B5es%20das%20empresas. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov>

br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.410, de 30 de junho de 2020.** Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10410.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.666, de 8 de maio de 2003.** Dispõe sobre a concessão de aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.666.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Regulamento da Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 356, de 7 de dezembro de 1991.** Aprova o Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0356.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.042, de 12 de fevereiro de 2007.** Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, disciplina a aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário Previdenciário – FAP e do Nexu Técnico Epidemiológico, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6042.htm. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 612, de 21 de julho de 1992.** Dá nova redação ao Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, aprovado pelo Decreto nº 356, de 7 de dezembro de 1991, e incorpora as alterações da legislação posterior. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0612.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015.** Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de

dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/2015/leicomplementar-150-1-junho-2015-780907-publicacaooriginal-147120-pl.html>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004**. Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.865.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.430/2006, de 26 de dezembro de 2006**. Altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, e 9.796, de 5 de maio de 1999, aumenta o valor dos benefícios da previdência social; e revoga a Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006; dispositivos das Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.444, de 20 de julho de 1992, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e a Lei nº 10.699, de 9 de julho de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11430.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967**. Integra o seguro de acidentes do trabalho na previdência social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5316.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976**. Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1976]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6367.htm#:~:text=LEI%20No%206.367%2C%20DE%2019%20DE%20OUTUBRO%20DE%201976.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20seguro%20de,Art. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.787, de 30 de junho de 1989**. Dispõe sobre alterações na legislação de custeio da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7787.htm. Acesso em 02 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios

da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998**. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9732.htm. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 83, de 12 de dezembro 2002**. Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2002/83.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. **Nota Técnica esclarece sobre caracterização da Covid-19 como doença ocupacional**. Brasília, DF: Presidência da República, [atual. 31 out. 2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/previdencia/dezembro/nota-tecnica-esclarece-sobre-caracterizacao-da-covid-19-como-doenca-ocupacional>. Acesso em: 21 jan. 2021

BRASIL. Ministério da Economia. **Secretaria de Previdência divulga Fator Acidentário de Prevenção (FAP) para mais de três mil estabelecimentos**. Brasília, DF: Presidência da República, [atual. 31 out. 2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/previdencia/setembro/secretaria-de-previdencia-divulga-fator-acidentario-de-prevencao-fap-para-mais-de-tres-mil-estabelecimentos>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Profissionais de saúde e idosos institucionalizados serão os primeiros a receber doses de vacina contra a Covid-19**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/profissionais-de-saude-e-idosos-institucionalizados-serao-os-primeiros-a-receber-doses-de-vacina-contr-a-covid-19>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Recomendações de proteção aos trabalhadores dos serviços de saúde no atendimento de Covid-19 e outras síndromes gripais**. Brasília,

DF: Presidência da República, [atual. 01 nov. 2022]. Disponível em: https://www.saude.gov.br/files/banner_coronavirus/GuiaMS-Recomendacoesdeprotecaotrabalhadores-COVID-19.pdf. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Geral do Trabalho. **Sobre medidas de vigilância epidemiológica nas relações de trabalho**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-mpt.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 2.309, de 28 de agosto de 2020**. Altera a Portaria de Consolidação nº 5/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, e atualiza a Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho (LDRT). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.309-de-28-de-agosto-de-2020-275240601>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 2.345, de 02 de setembro de 2020**. Torna sem efeito a Portaria nº 2.309/GM/MS, de 28 de agosto de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.345-de-2-de-setembro-de-2020-275488423>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 21.232, de 23 de setembro de 2020**. Dispõe sobre a disponibilização do resultado do processamento do Fator Acidentário de Prevenção - FAP em 2020, com vigência para o ano de 2021 e dos dos róis dos percentis de frequência, gravidade e custo, por Subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE 2.3, calculados em 2020, e sobre o julgamento de contestações e recursos apresentados pelas empresas em face do índice FAP a elas atribuído. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-21.232-de-23-de-setembro-de-2020-279711201>. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. **Portaria nº 356, de 11 de março de 2020**. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 478.100 (200071100040073, 200201343195)**. Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social. Embargado: Arrozeira Sanson de Andrade e outro(s). Relator: Min. Castro Meira. Data do julgamento: 27/10/2004. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 351**. A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho (SAT) é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_30_capSumula351.pdf. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6346 (00887681220201000000)**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 29/04/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754356103>. Acesso em 20 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 709 MC – Ref (00972270320201000000)**. Requerente: Articulação dos Povos Indígenas do Brasil e outros. Requerido: União e outros. Relator: Roberto Barroso. Data do julgamento: 05/08/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>) Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agenda 2020 Jurídica da Indústria**. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/04/agenda-jurida-cni-2020.pdf>. Acesso em 04 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 658576 AgR (2007/794703)**. Agravante: Suzana de Andrade e Outro (A/S). Agravado: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 27/11/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=503640>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 804423 (200133000024667)**. Agravante: Braskem S/A (Sucessora por incorporação de Trikem S/A). Agravado: União. Relator (a): Min. Cármen Lúcia. Data do julgamento: 23/03/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621893>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 664.335 (201072520042440)**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social- INSS. Recorrido: Antonio Fagundes. Relator: Luiz Fux. Data do julgamento: 04/12/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 138284-8(1991/5002344)**. Recorrente: União Federal. Recorrida: Petróleo Dois Irmãos Ltda. Relator: Min. Carlos Velloso. Data do julgamento: 01/07/1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208091>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 365913 AgR – ED (199971100086240)**. Recorrente: Companhia Telefônica Melhoramento e Resistência – CTMR. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Min. Eros Grau. Data do julgamento: 28/03/2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=44430>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rejeitadas liminares em mais quatro ADIs contra alterações trabalhistas durante a pandemia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440732&ori=1>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (5025004-31.2020.403.0000). Agravante: Banco C6 S.A Agravado: União Federal – Fazenda Nacional. Relator: Carlos Francisco. Data do julgamento: 05/03/2021. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/153241754>. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (5003464-98.2015.4.04.7104). Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Apelado: Alberto Angelo Tagliari. Relator: Rogerio Favreto. Data do julgamento: 24/06/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001043145&versao_gproc=3&crc_gproc=8d4d9491.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (08104009220204058300). Impetrante: Pernod Ricardo Brasil Indústria e Comércio Ltda. Impetrada: Fazenda Nacional. Relator: André Granja. Data do julgamento: 23/02/2021. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idProcessoDocumento=7056ccd2b7bb1919d0b916481fd0fccf>. Acesso em: 01 abr. 2021.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CAVALLINI, Marta. Home office ganha adesão no país; veja direitos, cuidados e dicas para produtividade. **G1 News**, Rio de Janeiro, RJ, 03 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/03/03/home-office-ganha-adesao-no-pais-veja-direitos-cuidados-e-dicas-para-productividade.ghtml>. Acesso em: 02 abr. 2021.

CAVALLINI, Marta. Mais de 9,8 milhões de trabalhadores tiveram jornada reduzida ou contrato suspenso em 2020. **G1 News**, Rio de Janeiro, RJ, 28 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/01/28/mais-de-98-milhoes-de-trabalhadores-tiveram-jornada-reduzida-ou-contrato-suspenso-em-2020.ghtml>. Acesso em: 02 abr. 2021.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **O IBGE apoiando o combate à pandemia**. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>. Acesso em: 02 abr. 2021.

LEITAO, André Studart. SANT'ANNA MEIRINHO, Augusto Grieco. **Manual de Direito Previdenciário**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEITE, Jorge Batalha. A Covid-19, o empregador e o empregado. **Conjur**, [s. l.] , 25 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-25/jorge-leite-covid-19-empregador-empregado>. Acesso em: 26 jan. 2021.

LOBO, Lucas; LAZARO, Rodrigo. Riscos e oportunidades relacionadas às contribuições previdenciárias decorrentes da pandemia da Covid-19. **Conjur**, [s. l.] , 10 jun. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83032/riscos-e-oportunidades-relacionadas-as-contribicoes-previdenciarias-decorrentes-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 15 jan. 2021.

LUCK, Alan Saldanha. A classificação dos tributos e as teorias bipartite, tripartite, quadripartite e pentapartite. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, SP, 01 out. 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/a-classificacao-dos-tributos-e-as-teorias-bipartite-tripartite-quadripartite-e-pentapartite/>. Acesso em: 05 fev. 2021.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MANDELA, Nelson. **Pensador**, [s. l.], [1995]. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MTMOMTI4OA/>. Acesso em: 08 abr. 2021.

MATSUMOTO, Cristiane I. DIAS, Henrique Wagner de Lima, LEON, Pedro Javier M. Uzeda. Os impactos do Decreto 10.410/20 no índice FAP 2021. **Migalhas**, [s. l.] [atual. 24 set. 2020]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333375/os-impactos-do-decreto-10-410-20-no-indice-fap-2021>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MOREIRA, André Mendes. COELHO, Juliana Junqueira. Algumas ilegalidades da Contribuição para o SAT – Seguro de Acidentes do Trabalho. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 126, p. 7-19, 2006. Disponível em: <http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/10/Algumas-Ilegalidades-da-Contribuicao-para-o-SAT-Seguro-de-Acidentes-do-Trabalho.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2021.

RODRIGUES, Nicole Hertzog. SILVA, Luana Gabriela Alves da. Gestão da pandemia Coronavírus em um hospital: relato de experiência profissional. **Journal of Nursing and health**, v. 10, n. 4, 2020.

SANTANA, Benick Taypto de Santana. Inconstitucionalidade do artigo 29 da MP 927 não causa grande impacto. **Conjur**, [s. l.], [14 maio 2020]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/santana-inconstitucionalidade-artigo-29-mp-927>. Acesso em: 25 jan. 2021.

SANTORO, José Jayme de Souza. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: 2015.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. Precaução e prevenção no direito à saúde: âmbitos de incidência e sua aplicação pelo STF. **Direito Hoje**, [s. l.] 2020. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2104. Acesso em: 04 abr. 2021.

SANTOS, Rafa. **Covid pode ser caracterizada como doença laboral e preocupa empresas**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-02/covid-19-caracterizada-doenca-laboral-preocupa-empresas>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. Limites da caracterização de Ntep e seus efeitos no Fator Acidentário de Prevenção. **Conjur**, [s. l.], 21 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-21/paulo-coimbra-efeitos-ntep-fator-acidentario-prevencao>. Acesso em: 12 jan. 2021.

SILVEIRA, Daniel. Home office bateu recorde no Brasil em 2018, diz IBGE. **G1 News**, São Paulo, SP, 19 dez. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/12/18/home-office-bateu-recorde-no-brasil-em-2018-diz-ibge.ghtml>. Acesso em: 02 abr. 2021.

VELLOSO, Andrei Pitten Velloso. A contribuição acidentária (SAT/RAT) e o polêmico FAP. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 37, 2010. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao037/andrei_velloso.html. Acesso em: 13 jan. 2021.

Data de submissão: 27 mar. 2023. Data de aprovação: 28 jun. 2023.

DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITO HUMANO

Roberta Kelly Silva Souza¹

Resumo

Como parte integrante dos direitos humanos, os direitos culturais possuem uma dinâmica que proporciona autonomia ao indivíduo, em especial aqueles considerados mais vulneráveis, razão pela qual, torna-se objeto de grande relevância jurídica. A segunda guerra mundial tornou mais evidente a essencialidade da cultura como elemento essencial à dignidade humana. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a proteção e a promoção dos direitos humanos ganham destaque em âmbito global. O direito à cultura obteve grande destaque na Constituição Federal de 1988 ao possuir uma seção específica a respeito e, portanto, tal direito é protegido no ordenamento jurídico por diversos instrumentos jurídicos, judiciais e legislativos. O objetivo geral do presente artigo é abordar os principais tratados internacionais que versam a respeito dos direitos humanos e os direitos culturais, bem como das Constituições Brasileiras e, como objetivo específico demonstrar a importância do tratamento dos direitos culturais como direito humano fundamental. O reconhecimento e a concretização dos direitos culturais envolvem os direitos humanos como um todo, tendo em vista que são fundamentais para a afirmação da dignidade humana, sejam direitos civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais.

Palavras-chave: Direitos culturais. Direito Humano. Direito Fundamental.

CULTURAL RIGHTS AS A HUMAN RIGHT

Abstract

As an integral part of human rights, cultural rights have a dynamic that provides autonomy to the individual, especially those considered more vulnerable, which is why it becomes an object of great legal relevance. World War II made more evident the essentiality of culture as an essential element to human dignity. With the 1948 Universal Declaration of Human Rights, the protection and promotion of human rights gained prominence at the global level. The right to culture gained great prominence in the Federal Constitution of 1988, having a specific section about it and, therefore, this right is protected in the legal system by various legal, judicial and legislative instruments. The general objective of this article is to address the main international treaties that deal with human rights and cultural rights, as well as the Brazilian Constitutions and, as a specific objective, demonstrate the importance of treating cultural rights as a fundamental human right. The recognition and realization of cultural rights involve human rights as a whole, considering that they are fundamental for the affirmation of human dignity, whether civil, political, economic, social or cultural.

Keywords: Cultural rights. Human right. Fundamental right.

¹ Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino, ITE. Doutorado em andamento em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

1 INTRODUÇÃO

A evolução dos direitos humanos, no decorrer de seu processo histórico de consolidação, elevou a cultura ao patamar de direito peculiar à condição de humano. Os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação brasileira garantem ao seu povo a oferta de cultura por intermédio do poder estatal e da sociedade civil.

Dentro da concepção de garantia de direitos humanos, os direitos culturais seriam obrigação do Estado, revestidos de caráter universal. No entanto, sabe-se que, ainda hoje existem sociedades que sequer possuem o mínimo para a sobrevivência.

Ademais, é preciso cautela ao se acreditar que os direitos culturais se encontram plenamente assegurados e resguardados pelo Poder Público por estarem previstos em leis e tratados internacionais, tendo em vista que os processos de luta e reivindicação constantes pelos direitos humanos em determinadas sociedades, ainda são pontos de partida para se conseguir direitos fundamentais mínimos.

A cultura está no rol de direitos humanos que devem ser assegurados pelo Estado e são objetos de lutas e reivindicações populares, uma vez que seus benefícios são essenciais para o desenvolvimento político, social e econômico de uma nação.

Na legislação brasileira, os direitos culturais foram elevados ao patamar máximo de direitos fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988, que reservou capítulo próprio para tratar da cultura, observando-se não apenas eventuais comandos diretos, mas a própria lógica de uma Constituição cidadã para a adoção de políticas públicas culturais, encetadas por parâmetros democráticos e por autoridades que conquistam legitimamente o exercício

O fomento público à cultura é um dever estatal que encontra fundamento constitucional tanto no artigo 23, inciso V, quanto no artigo 215, os quais buscam estabelecer o dever de apoio às diversas manifestações como medida garantidora do acesso à cultura. No entanto, a carência e a concentração de recursos para o desenvolvimento das políticas públicas, por vezes, não permitem o exercício democrático dos direitos culturais.

Nesse sentido, o problema de pesquisa pode ser redigido da seguinte forma: a partir da evolução dos direitos culturais no âmbito internacional e nacional, é possível afirmar que os direitos culturais é um direito humano fundamental?

O presente estudo terá, portanto, como objetivo geral abordar os principais tratados internacionais que versam a respeito dos direitos humanos e dos direitos culturais, bem como das Constituições Brasileiras. Oportunamente, menciona-se que o objetivo específico deste trabalho é demonstrar a importância do tratamento dos direitos culturais como direito humano.

Assim, visando alcançar os objetivos supracitados, por intermédio de pesquisa bibliográfica, bem como observa-se o critério dedutivo metodológico, o primeiro capítulo aborda acerca da evolução dos direitos culturais no âmbito internacional, onde será abordado os principais documentos internacionais que versam a respeito, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema.

O segundo capítulo, trata a respeito dos direitos culturais no ordenamento jurídico brasileiro, com especial destaque a Constituição de 1988, a qual reservou um capítulo próprio para tratar da cultura, bem como possui referência a cultura durante todo o texto constitucional.

Por fim, o último capítulo, disserta sobre o tratamento dos direitos culturais como direito humano fundamental. Com efeito, as dimensões evolutivas dos direitos humanos são examinadas como conquistas sociais históricas, assim como os direitos culturais, os quais são compreendidos como expressão da constitucionalização do direito internacional.

Ao lutar pela afirmação dos direitos culturais como pressuposto da dignidade humana, mais propriamente no aspecto da autodeterminação, significa contribuir para fortalecer a participação comunitárias de indivíduos ou grupos. Dessa forma, a fundamentalidade dos direitos culturais é imanente à sua condição de elemento indispensável à integração dos povos, tendo em vista que se implementa a globalização das fontes culturais entre as nações e tais direitos tendem também a se perpetuar entre essas nações.

2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS CULTURAIS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Inicialmente, cumpre destacar que o termo “cultura” é um termo polissêmico, que pode ser utilizado em diferentes contextos e com diferentes significados. Com isso, não é possível delimitar um entendimento único, mas convém apenas nortear uma compreensão de cultura que interesse ao mundo do direito (CUNHA FILHO, 2018, p. 22).

Nesse sentido, acerca da multiplicidade de significações que esse vocábulo pode assumir, Humberto Cunha Filho (2018, p. 22-23) ensina que:

Os significados mais correntes atribuídos ao termo, utilizando-se um critério crescente de abrangência dos seres e eventos abarcados por ele, podem ser simplificados em seis grandes núcleos, a saber: 1) aquele que reposta ao *conjunto de conhecimentos de uma única pessoa*; mais utilizado para se referir aos indivíduos escolarizados, conhecedores das ciências, línguas e letras, embora, ultimamente, também se direcione a focar o saber dito homem popular; 2) um segundo núcleo que confunde *expressões como arte, artesanato e folclore, como sinônimas de cultura*, algo que muito lembra figuras da linguagem como a sinédoque e a metonímia, uma vez que se percebe claramente a substituição do todo pela parte, do continente pelo conteúdo; 3) outro viés marcadamente antropológico e sociológico, que concebe *cultura como o conjunto de crenças, ritos, mitologias e demais aspectos imateriais de um povo*; 4) mais um que direciona o significado de *cultura para o desenvolvimento e acesso às mais modernas tecnologias*; 5) ainda o que distingue o *conjunto de saberes, modos e costumes de uma classe, categoria ou de uma ciência* (cultura burguesa, cultura dos pescadores, cultura do Direito...); 6) por último, nesta modesta lista, aquele vinculado a antropologia em sua dimensão mais abrangente, que se reporta a *toda e qualquer produção material e imaterial de uma pessoa ou coletividade específicas, ou até mesmo de toda a humanidade*.

O processo de ampliação, discussão e a própria obrigação estatal de garantir a cultura a seu povo transcorreu de maneira gradativa e mediante contestação e luta popular. Elevar a cultura ao patamar máximo de valorização e difusão, contribui no

alcance dos propósitos de evolução, crescimento econômico e coesão social.

O direito autoral foi o primeiro direito cultural internacionalmente estabelecido e nasceu dos processos revolucionários na Inglaterra (1688), Estados Unidos (1776) e França (1789), as quais resultaram em atos legais que reconheceram a criação intelectual e artística como a mais legítima e mais pessoal das propriedades (CAVALCANTE, 2011, p. 243).

O primeiro documento a consagrar universalmente o direito dos autores sobre as suas obras foi a Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, proclamada em um encontro realizado em 1886 (CAVALCANTE, 2011, p. 243).

A Segunda Guerra Mundial, oportunizou o destaque de importantes questões culturais, como o genocídio de grupos étnicos, a destruição de patrimônios culturais, as novas configurações sócio geográficas geradas pelos movimentos migratórios e os apátridas, os movimentos de independência das colônias, entre outras. Assim, as consequências do conflito bélico tornaram mais evidente a essencialidade da cultura como elemento essencial à dignidade humana.

Com isso, a expressão “direitos culturais” foi positiva na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos artigos 22, 26 e 27. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, que antecedeu a Declaração Universal, já trazia o tema da cultura em seu texto, no preâmbulo, nos artigos XIII e XV.

A partir das mencionadas Declarações, os direitos culturais foram incorporados efetivamente aos demais tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ambas de 1966; e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, de 1969.

Nesse sentido, é importante destacar o Comitê dos direitos econômicos, sociais e culturais da ONU, o qual é o responsável por acompanhar, monitorar as ações do Estado e as possíveis violações de direitos culturais. Esse acompanhamento é feito por meio de relatórios apresentados pelos Estados e, atualmente, permite também o monitoramento da sociedade civil através de informes alternativos, podendo, inclusive, contestar os informes dos relatórios estatais, enriquecendo-os com notícias da situação relativa à proteção, promoção e violação de direitos humanos.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, praticamente repete o previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois dispõe acerca da participação na vida cultural, o benefício por meio do progresso científico e a proteção dos interesses morais e materiais.

O protocolo facultativo do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 2008, entrou em vigor somente em 2013, e sua importância se deve ao fato de que permite queixas individuais e dispõe sobre a competência para o recebimento delas. Assim, depois de ratificado pelos Estados, o Comitê passa a receber diretamente queixas sobre violações e instalam inquérito para apuração das alegadas violações.

No âmbito do Sistema Interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, adotada pelo Brasil desde 1992, refere-se à necessidade dos Estados buscarem progressivamente, a plena

efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e culturais. Referida Convenção, ainda possui um protocolo adicional e vários documentos normativos que garantem a proteção, a promoção, a tutela dos direitos humanos e, especificamente, dos direitos culturais.

No escopo da ONU é destacado a importância da Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura (UNESCO) que, entre outros documentos, produziu a Convenção Universal sobre Direito de Autor, a qual foi resultado da Conferência Intergovernamental sobre Direitos de Autor em 1952. Posteriormente, em 1967 foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual transformada em órgão especializado das Nações Unidas em 1974 e a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural de 2001 (CAVALCANTE, 2011, p. 243).

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005, da UNESCO, trata da diversidade cultural como realidade constitutiva da condição humana e a concebe como uma característica essencial da humanidade a ser valorizada e cultivada em benefício de todos (OLIVEIRA, 2014, p. 32).

Ademais, os direitos culturais, na sua relação para com os indivíduos, englobam o direito de participação cultural, bem como a contribuição e o acesso, partes de um todo no que confere a fruição plena destes. A Observação Geral nº 21 da ONU, dispõe acerca do direito de toda pessoa participar da vida cultural do seu país.

Em que pese o conceito cultura, em sua vastidão, denote por vezes, a leiga percepção de unidade cultural em grupos específicos. Os direitos culturais são exercidos de maneira individual, pois ainda que uma pessoa faça parte de uma comunidade específica, com práticas culturais comuns, cada ser humano tem o direito de exercer, pleitear ou reivindicar a proteção dos direitos culturais de forma singular. Caberá ao Estado de Direito, portanto, mantê-los o mais próximo possível da população, sem limitar as particularidades que nele existem (SILVA, 2019, p. 238-239).

2 OS DIREITOS CULTURAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A referência dos textos constitucionais à cultura permaneceu vaga e pontual até mais da metade do século XX. No Brasil, a referência constitucional à cultura é notada com mais precisão a partir da Constituição de 1934, sendo que a Constituição de 1937 promoveu uma abrangente regulamentação conjunta “da educação e da cultura”, no que foi seguida pela Constituição de 1946. A Constituição de 1967, por sua vez, criou o “Título IV: Da Família, da Educação e da Cultura”, a mesma regulamentação foi mantida pela Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967 e de 1969 (AMATO, 2012).

A proteção aos Direitos Culturais está prevista na atual Constituição Federal. O próprio preâmbulo faz a previsão dos Direitos Sociais, os quais são gênero do qual aqueles são espécie. O termo “cultura” também está previsto no parágrafo único do art. 4º, o qual prevê que o Brasil buscará a criação de uma comunidade latino-americana de nações por meio, dentre outros, da cultura.

No art. 5º da Constituição Federal, o sentido de cultura está presente em diversos incisos, por exemplo, a liberdade de expressão, no inciso IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988) - e a garantia dos direitos autorais no inciso XXVII

– “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (BRASIL, 1988).

O dever de garantir e a competência de legislar sobre os Direitos Culturais são outorgados à União, aos Estados e aos Municípios, conforme o previsto nos artigos 23 e 24 da Constituição. Ao tratar da Educação, o art. 210, menciona o respeito à cultura como conteúdo mínimo para o Ensino Fundamental.

A cultura também está presente no art. 210 da Constituição, ao fixar os conteúdos mínimos para o ensino fundamental: “formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais” (BRASIL, 1988).

Posteriormente, a Constituição possui uma seção específica, a partir do art. 215, e determina taxativamente o pleno exercício dos Direitos Culturais, ou seja, a promoção cultural não é um mero “favor”, senão uma obrigação em todas as esferas, cuja supressão pode inclusive, ser objeto de ação específica, a Ação Popular, parte, inclusive do rol dos direitos fundamentais do art. 5º, LXXIII.

O art. 215, da Constituição Federal, assim prevê, *in verbis*:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais.

§1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II – produção, promoção e difusão de bens culturais;

III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV – democratização do acesso aos bens de cultura;

V – valorização da diversidade étnica e regional. (BRASIL, 1988)

É importante destacar que a Constituição, no parágrafo 1º do art. 215, ao especificar as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, demonstra preocupação especial com a reparação histórica das injustiças sofridas por esses grupos sociais.

O art. 216 da Constituição por sua vez, destaca a importância do patrimônio cultural brasileiro, composto de bens de natureza material e imaterial, bem como dispõe sobre a proteção jurídica do patrimônio cultural, a qual é realizada pelo poder público com a ajuda da comunidade, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, dentre outras formas de acautelamento e preservação.

Nesse sentido, a Constituição Federal destaca a relevância de se respeitar os modos de criações artísticos, científicos e tecnológicos juntamente dos espaços de

construções com seu valor imaterial como a memória e identidade daquele espaço, entendendo-se, assim, a capacidade de salvaguarda dos patrimônios históricos e todo o seu simbolismo cultural. Assim, é um reflexo do extrato subjetivo que está nos direitos culturais constitucionais, representando a multiplicidade das interpretações brasileiras em diversos grupos com seus costumes, hábitos e modos de agir (GOMES; PEREIRA, 2021).

Em que pese, os direitos culturais estejam distantes em 210 artigos do famoso art. 5º da Constituição, o qual possui como título *Dos Direitos e das Garantias Fundamentais*, a localização topográfica não é suficiente para eliminar o enquadramento dos direitos culturais no rol dos direitos fundamentais (CUNHA FILHO, 2018, p. 49-50).

Ao serem caracterizados como direitos fundamentais, as principais consequências, segundo Humberto Cunha Filho (2018, p. 49), são:

[...] proteção especial em face de possíveis tentativas de suprimi-los do ordenamento jurídico; aplicabilidade imediata, cuja decorrência mais importante é a proteção contra as doutrinas que justificam postergações de implantação, com base em conceitos e compreensões defasadas do que sejam normas de eficácia limitada ou programática, segundo as quais certo direitos previstos na Constituição somente são exigíveis por seus titulares depois que forem editadas normas inferiores que os tornem operacionais. [...]

O Programa Nacional de Apoio à Cultura foi instituído pela Lei nº 8.313, de 1991, e possui como objetivo o fomento da cultura pelo país, dando a capacidade das diversas expressões regionais e nacionais de terem suporte de conseguir realizar seus espetáculos ou manifestações culturais, bem como proporcionar a possibilidade de execução dos mais diversos projetos culturais que existem pelo país, o que permite que as tradições e costumes de grupos locais possam ser mantidos (GOMES; PEREIRA, 2021).

Nesse sentido, é importante destacar que o apoio governamental é de suma importância na manutenção dos projetos culturais, pois fazem parte da formação da cidadania e educação de crianças e adolescentes devido à presença de atividades e projetos nas escolas que atraem o interesse desse público.

Nesse sentido, destaca Humberto Cunha Filho (2018, p. 149):

Em termos macroestruturais, a Constituição contempla garantias que visam combater problemas históricos da gestão e da falta de eficácia dos direitos culturais observados em seu conjunto, como a falta de recursos financeiros, a ausência de continuidade de políticas que demandam essa característica e a baixíssima integração dos distintos atores com responsabilidades constitucionais pela cultura.

Ademais, o Estado deve fomentar políticas públicas de cultura, os quais podem se dar por diversos meios, tanto por atuação indireta, como na construção de equipamentos públicos de cultura, tais como museus e centros culturais, quanto na atuação direta, como o repasse realizado por meio de editais públicos.

A execução de leis sobre a temática cultural é definida como competência comum de todos os entes da federação, conforme o disposto no art. 23, incisos III, IV e V da Constituição, mas nesse caso, inversamente, o município que se acredita ser detentor da plenitude executória sofre restrição, pois o art. 30, inciso IX da Constituição, prevê que o município observará a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual, ao promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local (CUNHA FILHO, 2018).

Entretanto, no que tange o desenvolvimento das tarefas administrativas, o papel de cada ente federado não prevê nenhuma regra. Com isso, o Sistema Nacional de Cultura cresceu de importância no país, tendo em vista que é por ele que se distribuem e se racionalizam as tarefas culturais, com o intuito de evitar omissões ou atividades repetidas, muito frequentes quando uma mesma atribuição é confiada a mais de uma pessoa (CUNHA FILHO, 2018).

A cultura ao longo do texto constitucional foi tratada conforme sua transversalidade temática. Uma pluralidade multifacetada de direitos e garantias da lei maior são, portanto, irrigadas pela subjetividade, inventividade e ancestralidade da cultura. Desse modo, pode-se afirmar que a cultura é componente estrutural e estruturante da Constituição.

3 OS DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Os direitos humanos são conquistas históricas decorrentes de lutas sociais que foram inseridas politicamente nas declarações de direitos e posteriormente positivados juridicamente nas constituições dos Estados nacionais, transformando gradativamente, em direitos fundamentais em muitos países (OLIVEIRA, 2014).

A compreensão da importância dos direitos culturais inicia-se quando se percebe que a reivindicação em prol desses direitos não se limita a um período, tendo em vista, que na contemporaneidade, ainda existe uma efervescente luta em prol da significação do que sejam os direitos culturais, da sua relevância no processo de construção da identidade de um povo, da sua importância como ferramenta de progresso social (SILVA, 2019).

A participação popular quando nos referimos aos direitos culturais é essencial, pois constitui a espinha dorsal dos direitos humanos. A inserção dos direitos culturais na categoria de direitos humanos, como mencionado anteriormente, dá-se a partir do período posterior a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em Paris, em 1948, a qual marcou uma nova era no campo dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz duas alusões ao papel da cultura na vida do ser humano, tanto para dizer que *“todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade”*, como para destacar que *“a todo ser humano, como membro da sociedade, é garantido os direitos culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”* (ONU, 2021).

Existem ainda, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos de 1966 (AMATO; COSTA, 2014, p. 119).

Assim, ao longo das décadas, inúmeros tratados internacionais de direitos

humanos trouxeram disposições com referência a direitos culturais, como: a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), que se referiu ao “desenvolvimento cultural”; a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); a Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992); as Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências (1993) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) (AMATO, 2012).

Mais recentemente, destacam-se no âmbito internacional dos direitos humanos, a Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, de 2011 e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade de Expressões Culturais, de 2005, ambas no âmbito da UNESCO. Esses dois instrumentos legais, sintetizam bem os valores e princípios previstos em outros diplomas internacionais sobre a diversidade (AMATO; COSTA, 2014, p. 119).

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, marca uma importante mudança hermenêutica na política do início deste século, tendo em vista que anteriormente a diversidade cultural era vista como um obstáculo à modernidade e transformou-se em fator preponderante para o desenvolvimento e criatividade (OLIVEIRA, 2014).

Em 2003, houve a adoção da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, em razão dessa Convenção, foi criado na UNESCO, o Comitê Intergovernamental para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, responsável por monitorar a concretização das medidas previstas na Declaração Universal sobre Diversidade Cultural, contando inclusive com a consultoria de organizações não governamentais especializadas no setor e devidamente credenciadas (AMATO, 2012).

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, por sua vez, possui como um dos princípios diretores a afirmação da soberania dos Estados na adoção de medidas políticas destinadas à proteção e promoção da diversidade das expressões culturais em seus territórios, bem como busca proteger e promover a diversidade das expressões culturais e equilibrar o livre fluxo de ideias e obras de modo apropriado por meio do princípio da abertura e do equilíbrio (OLIVEIRA, 2014).

A aplicação de um conceito amplo de cultura nas políticas culturais e nas normas que as definem e regulam constitui um caminho mais democrático, tendo em vista que compreende todos os indivíduos e grupos sociais como sujeitos culturais. Assim, as ações do Estado para promover e proteger os direitos culturais, permitem o respeito à dignidade mais profunda, a partir do reconhecimento da identidade do indivíduo e do aproveitamento de todas as suas capacidades (OLIVEIRA, 2014).

Ao integrar os direitos culturais ao rol dos direitos humanos, ou seja, como aqueles direitos inerentes ao ser humano acarreta importantes consequências ao seu tratamento, como por exemplo, não poderão sofrer qualquer tipo de distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza. Assim, a cultura torna-se um dos campos da análise para a compreensão dos direitos humanos, entre a ideologia e suas práticas na relação de mais diversas sociedades e entre si próprias (CAMILLOTO; BRUSADIN, 2018).

Ademais, o dever de apoiar as diversas manifestações artísticas e culturais é inafastável para todos os entes federados, os quais deverão permanecer, inclusive, com a decretação de estado de calamidade, pois trata-se de direito fundamental e humano,

ter o acesso à cultura e de participar da vida cultural, conforme clara disposição do art. 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (RABÊLO, 2021).

A vida do indivíduo está imersa em uma vida cultural, construindo-a e sofrendo suas influências. Com isso, os direitos culturais são instrumentos importantes para a construção contínua da própria humanidade e elemento integrador dos direitos humanos. Assim, é de suma importância a promoção do diálogo intercultural, que permite que grupos minoritários dentro da sociedade, tais como, étnicos e religiosos, possam ser adequadamente respeitados, e que todos possam lembrar dos deveres culturais como condutas próprias de respeitar, dialogar e não impedir o acesso dos outros aos direitos culturais.

Nesse sentido, a Declaração da UNESCO, em seu art. 4º, prevê que a diversidade cultural é inseparável do respeito pela dignidade da pessoa humana, bem como ninguém poderá invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance. Com isso, aspectos particularistas da cultura não podem ofender os direitos humanos como um todo (UNESCO, 2021).

Outrossim, a negação dos direitos culturais ou a ausência dos recursos necessários para a sua concretização, impossibilita que o sujeito, individual ou coletivamente, viva com liberdade o seu processo permanente de identificação e reconhecimento, tendo em vista que as violações aos direitos culturais atingem a integridade da identidade dos sujeitos, o que acaba impedindo o respeito a qualquer outro direito.

Os direitos culturais, assim como os demais direitos humanos, necessitam de proteção integral da comunidade, uma ação integrada por parte da sociedade nas ordens política, jurídica e social. O fato de existirem inúmeros documentos internacionais, bem como pela previsão constitucional dos direitos fundamentais e dos direitos culturais, não asseguram que tais direitos estariam por si só garantidos, uma vez que é necessário ações integradas e urgentes nas ordens política, jurídica e social.

4 CONCLUSÃO

Os direitos culturais, de maneira congênere, se diferenciam em suas prestações e varia suas formas de aplicação social. Direito de acesso, participação, gozo e fruição são formas dos indivíduos se valerem dos direitos culturais enquanto humanos.

Nesse sentido, os direitos culturais já vêm sendo construídos há algum tempo, mas com dificuldades adicionais relativamente aos demais blocos de direitos. A proteção aos direitos culturais confere a possibilidade de toda e qualquer pessoa pleitearem sua oferta, uma vez que eles são resguardados internacionalmente e assegurados a todo e qualquer indivíduo, única e exclusivamente pela condição de ser humano.

Os direitos humanos e os direitos culturais são frutos da consolidação, crescimento e evolução da sociedade e encontram-se vinculados a um processo de luta social contínuo e constante. Entretanto, pensar que a positivação, ou mesmo a proteção dos direitos culturais, sem pensar nas particularidades e nas formas diferentes de ser dos indivíduos perante sociedades diversas, ocorreram apenas a partir de uma Declaração Universal de Direitos é falho, pois o processo de ampliação, discussão e a própria obrigação estatal de garantir a cultura a seu povo transcorreu de maneira gradativa e mediante contestação e luta popular.

A cultura, por meio dos direitos culturais, está presente em todas as dimensões dos direitos humanos, na medida em que se manifesta mediante direitos garantidores da dignidade e do desenvolvimento das potencialidades humanas.

Na legislação brasileira, os direitos culturais foram elevados ao patamar máximo de direitos fundamentais a partir da Constituição Federal de 1988, a qual reservou capítulo próprio para tratar da cultura. Entretanto, a ideia constitucional de cultura e dos direitos culturais, vai além dos artigos 215 e 216 e permeia por todo o texto da Constituição, tendo em vista que em todos os seus títulos há alguma ou até mesmo farta disciplina jurídica sobre o assunto.

O papel do Estado na promoção dos direitos culturais é amplo e exercido sempre com respeito ao direito fundamental da liberdade cultural. Com isso, a atuação positiva do poder público é também uma garantia dirigida a favor da democratização do acesso à múltiplas culturas, e não só à própria cultura local, nacional ou à cultura global dos meios de comunicação de massa, tendo em vista que ainda é uma atuação dirigida contra a submissão direta do âmbito comunicacional cultural ao sistema econômico e contra a dominação da privatização da cultura, altamente restritiva à concretude e realidade dos direitos culturais.

O direito à cultura possui um caráter eminentemente coletivo, o que não exclui o direito subjetivo individual a que faz jus cada cidadão. Dessa forma, seja no plano internacional, seja no Constitucional interno dos Estados, os direitos culturais configuram um amplo complexo de direitos públicos. Esses diversos direitos fundamentais, subsumidos ao gênero do direito humano fundamental à cultura, demandam um equilíbrio entre prestações e não-interferência por parte, principalmente, do Estado, mas também pelos particulares.

REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci; COSTA, Luisa Maffei. Direitos culturais e o direito internacional dos direitos humanos: o caso de um tratado bilateral entre Argentina e Brasil. **Revista Direito e Desenvolvimento**, v. 5, n. 9, p. 115-143, jan./jun. 2014.

AMATO, Lucas Fucci. Os direitos culturais no direito internacional, na União Europeia e no constitucionalismo brasileiro. Mimeo. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/10263805/Os_direitos_culturais_no_direito_internacional_na_Uni%C3%A3o_Europeia_e_no_constitucionalismo_brasileiro. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

CAVALCANTE, José Estênio Raulino. Direitos culturais e direitos humanos: uma leitura à luz dos tratados internacionais e da Constituição Federal. **Revista Eletrônica Díke**, v. 1, n. 1, p. 243-267, jan./jul. 2011.

CAMILLOTO, Bruno; BRUSADIN, Leandro Benedini. Direitos humanos e educação: o

poder simbólico e a construção de uma cultura de paz. **Revista Libertas**, v. 4, n. 1, p. 72-83, ago./set., 2018.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Teoria dos direitos culturais**: fundamentos e finalidades. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018. 176 p.

OLIVEIRA, Danilo Júnior de. **Direitos culturais e políticas públicas**: os marcos normativos do sistema nacional de cultura, 2014. Tese (Doutorado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GOMES, Deyvson Ivam do Nascimento; PEREIRA, Renan Farias. O cinema de rua como um elemento de afirmação dos direitos culturais e humanos. **Revista Estudantil Manus Iuris**, v. 1, n. 2, p. 169-185, jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01 ago. 2021.

RABÊLO, Cecília Nunes. Fomento à cultura e às artes em tempos de pandemia: um desafio. *In*: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; LINS, Mateus Rodrigues; AGUIAR, Marcus Pinto (coords.). **Direitos Culturais**: múltiplas perspectivas (vol. V) – impactos da pandemia. Fortaleza: UECE, 2021.

SILVA, João Paulo da. O teatro do boi como espaço público para a promoção dos direitos culturais. *In*: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires *et al.* **Direitos humanos**: diálogos interdisciplinares. Rio de Janeiro: Grupo Multifoco, 2019.

UNESCO. **Declaração Universal sobre a diversidade cultural**. Disponível em: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

Data de submissão: 04 fev. 2023. Data de aprovação: 07 maio 2023.

PROCESSO JUDICIAL PREVIDENCIÁRIO, FAZENDA PÚBLICA E O ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA

Renato Barth Pires¹

Resumo

O trabalho examina a aplicação do ônus da impugnação específica dos fatos às causas previdenciárias. Discute a decisão judicial como fruto de um processo colaborativo, bem como a existência (ou não) de um ramo autônomo do conhecimento jurídico (o Direito Processual Previdenciário).

Palavras-chave: Direito Previdenciário; Direito Processual; Ônus da impugnação específica; Fazenda Pública; INSS.

SOCIAL SECURITY JUDICIAL PROCESS, PUBLIC TREASURY AND THE BURDEN OF THE SPECIFIC CHALLENGE

Abstract

The paper examines the application of the burden of specific challenge of facts to social security causes. It discusses the judicial decision as the result of a collaborative process, as well as the existence (or not) of an autonomous branch of legal knowledge (Procedural Social Security Law).

Keywords: Social Security Law; Procedural Law; Burden of the specific challenge; Public farm; INSS.

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é examinar o denominado ônus da impugnação específica (ou “especificada”), com as particularidades do processo civil aplicado a questões previdenciárias, especialmente quanto às suas implicações para a Fazenda Pública.

Este ônus é tradicionalmente atribuído ao réu, no processo civil, consistindo em uma imposição de que, ao contestar o feito, se manifeste “precisamente sobre as alegações de fato constantes da inicial” (artigo 341 do CPC).

Pretende-se verificar se ainda são válidas, à luz do CPC, as conclusões segundo as quais a Fazenda Pública estaria dispensada de impugnar especificamente os fatos narrados na inicial, bem como as consequências decorrentes da adoção de uma (ou outra) solução nas lides previdenciárias.

O estudo tem início, assim, pela análise da existência (ou não) de um Direito Processual Previdenciário, como ramo autônomo do conhecimento jurídico, que possa justificar uma reinterpretação das regras do processo civil tradicional.

Em seguida, será examinado o ônus da impugnação específica nas causas em que a Fazenda Pública é parte, na sua disciplina fixada pelo CPC e também a partir da natureza do direito material em discussão, espécie de direito fundamental social.

¹ Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP. E-mail: renatobp@uol.com.br.

2 TEMOS UM “DIREITO PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO”? OU APENAS UM PROCESSO CIVIL ADAPTADO ÀS CAUSAS PREVIDENCIÁRIAS E ASSISTENCIAIS?

Há uma controvérsia doutrinária importante, desenvolvida nos últimos anos, que tem por objeto avaliar se existe, de fato, um “Direito Processual Previdenciário”, distinto do Direito Processual Civil “tradicional” (“clássico” ou “ortodoxo”).

É sabido que o reconhecimento da autonomia científica de diferentes ramos da Ciência Jurídica não é algo isento de contradições. Há aqueles que sustentam a pertinência de estabelecer tal autonomia apenas para fins didáticos (ATALIBA, 2011). Outros supõem que a existência de regras, princípios e metodologia específicos são os pressupostos indispensáveis para que se possa falar realmente em uma autonomia científica. Trata-se de uma discussão extensa, que remonta à antiga distinção entre Direito Público e Direito Privado, já presente no Direito Romano e que desafia ainda hoje inúmeros juristas (DINIZ, 2019).

Para os fins deste estudo, é importante apontar que as ações judiciais relativas a benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social – RGPS são regidas por algumas regras específicas (por exemplo, artigos 74, §§ 3º e 4º, 103, parágrafo único, 104, 129-A e 131 da Lei nº 8.213/91), além de atraírem a aplicação do Código de Processo Civil, inclusive das regras e princípios que tratam da Fazenda Pública. Afinal, como o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é uma autarquia federal, é também titular de todas as prerrogativas processuais próprias da Fazenda Pública.

Se é verdade que não existe todo um conjunto normativo **exclusivo** para as lides previdenciárias, há uma compreensão sedimentada de que, nestas causas, as normas processuais gerais são merecedoras de uma **reinterpretação**, iluminada pela garantia constitucional do devido processo legal em sentido material (artigo 5º, LIV). Esta reinterpretação autorizaria reconhecer a existência de um Direito Processual Previdenciário, como sub-ramo do Direito Processual Civil (SERAU JR, 2014, p. 27 e 99 e seguintes). Por outras vezes, invoca-se a garantia constitucional da proteção judicial efetiva (artigo 5º, XXXV) para fixar uma autonomia relativa do Direito Processual Previdenciário em relação ao Direito Processual Civil “clássico” (SAVARIS, p. 54).

Mesmo que não se chegue ao ponto de reconhecer uma verdadeira autonomia científica ao Direito Processual Previdenciário, há um aspecto decisivo na solução dessas questões, que diz respeito à **natureza do direito material** envolvido nessas ações. De fato, como insistentemente temos proclamado, não é possível realizar uma interpretação constitucionalmente adequada das questões previdenciárias sem considerar que a Previdência Social foi elevada à categoria de **direito fundamental social**, como decorre inequivocamente do artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Portanto, só é possível compreender integralmente o direito à Previdência Social atribuindo a este o **regime jurídico-constitucional dos direitos e garantias fundamentais**.

Como já observamos em trabalho anterior, a interpretação dos direitos e garantias fundamentais, quaisquer que sejam, deve ser realizada à luz do **princípio da máxima efetividade**. Esse princípio impõe que, na interpretação desses direitos e garantias, deve ser adotada a solução que resulte na sua maior eficácia possível (PIRES, 2023; SERAU JR., 2019).

A máxima efetividade do direito fundamental à Previdência Social exigirá, em muitas situações, a superação da ortodoxia do processo civil tradicional e a flexibilização de certas regras. É o que fez o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, na sistemática dos recursos especiais repetitivos, ao reconhecer que, em matéria previdenciária, a improcedência decorrente de falta de provas deve ser considerada como verdadeira extinção do processo, sem resolução do mérito (**Tema 629**)², autorizando que a ação seja novamente proposta. Trata-se de entendimento de observância obrigatória nos demais graus de jurisdição, na forma do artigo 927, III, do CPC.

Portanto, é razoável supor que a estatura constitucional do direito material em discussão possa mitigar, inclusive, certas prerrogativas processuais deferidas à Fazenda Pública. Em casos assim, as prerrogativas podem se assemelhar a verdadeiros privilégios processuais, incompatíveis com o princípio da isonomia³.

Vale também acrescentar que o próprio Código de Processo Civil permite ao juiz “dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à

² “DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO Nº 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL PARA COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO. 1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários. 2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado. 3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas. 4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e a inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social. 5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa. 6. Recurso Especial do INSS desprovido. (RESP 1352721/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 28.4.2016). Os artigos citados são do CPC/1973 e correspondem aos artigos 320, 485, IV e 486 do CPC/2015.

³ A respeito dessa dicotomia prerrogativas/privilégios da Fazenda Pública, BUENO, 2022, p. 46 e seguintes.

tutela do direito” (artigo 139, VI). O artigo 190, ao tratar dos denominados “negócios jurídicos processuais”, também autoriza que as partes possam estipular “mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

Tais normas reconhecem, assim, que as particularidades da relação jurídica de direito material possam levar a uma mitigação das regras processuais. Em nosso entender, tal possibilidade não se esgota com os casos explicitamente indicados nesses dispositivos, assumindo a feição de verdadeira **norma-princípio**.

3 A FAZENDA PÚBLICA E O ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA NO CPC

O ônus da impugnação específica é instituto bastante tradicional no direito processual civil brasileiro. Na dicção do artigo 341 do CPC, já citado, atribui-se ao réu, ao oferecer sua contestação, o ônus de impugnar a veracidade dos fatos narrados na inicial.

Há um claro paralelismo entre a necessidade de que o autor, na petição inicial, exponha os fatos que alicerçam seu pedido (artigo 319, III, do CPC), e o ônus que se atribui ao réu de impugnar tais fatos, sob pena de se considerar **verdadeiras** tais alegações de fato. Trata-se de uma materialização evidente, no plano da lei, da garantia constitucional do contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988), bem como do princípio da igualdade processual. É uma expressão, portanto, da ideia da **paridade de armas** que o artigo 7º do CPC tão didaticamente expõe⁴.

Como bem reconhece a doutrina, esta presunção de veracidade é meramente **relativa**, pois pode ser afastada por outros elementos de fato provados nos autos, inclusive se produzidos pelo próprio autor. Além disso, tal presunção aplica-se relativamente aos **fatos**, mas não às **consequências jurídicas** extraídas a partir desses fatos (BUENO, 2017, p. 56). Portanto, mesmo que o réu não tenha se desincumbido do ônus de impugnar especificamente os fatos alegados pelo autor, isto não levará automaticamente à procedência do pedido.

O cumprimento (ou não) desse ônus também tem a importante consequência de **delimitar os fatos controversos**, de que decorrem (ao menos) dois efeitos processuais práticos: em primeiro lugar, **circunscreve os fatos sobre os quais irá recair a atividade probatória**, mediante delimitação a ser realizada por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo (artigo 357, II do CPC). Tendo-se presente a ideia de que “não dependem de prova os fatos ... admitidos no processo como incontroversos” (artigo 374, III, do CPC), a presunção de veracidade decorrente do descumprimento daquele ônus abreviaria significativamente a instrução processual. Além disso, o descumprimento daquele ônus leva à possibilidade de concessão da **tutela provisória de evidência**, na hipótese do artigo 311, IV, do CPC⁵.

⁴ “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

⁵ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. [...] Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz,

Nos casos em que a Fazenda Pública é parte na relação processual, a interpretação tradicional que se faz é que a ela **não se aplica tal ônus**, por se tratar de ente que tutela em Juízo **direitos indisponíveis**. O raciocínio é, digamos, circular: o CPC estabelece que o ônus da impugnação específica não se aplica se não for admissível a **confissão** a respeito daquele fato (artigo 341, I); não cabe **confissão sobre direitos indisponíveis** (artigo 392); logo, se a Fazenda Pública tutela **direitos indisponíveis** (pois pertencentes a toda coletividade), não cabe **confissão**, nem tem ela o ônus de impugnar especificamente os fatos narrados na petição inicial (TALAMINI, 2019,; CUNHA, 2021).

A mesma linha de justificativa é adotada quando se trata de não atribuir à Fazenda Pública os **efeitos da revelia**. Mesmo quando a Fazenda Pública é revel (quando não contesta, por exemplo), a ela não se aplicariam os efeitos da revelia, na forma dos artigos 344 e 345, II, do CPC⁶.

Tal linha de pensamento está refletida em inúmeros julgados⁷ e espelha uma interpretação da lei processual que está a merecer uma reflexão renovada, à luz da realidade forense colhida pela vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Vê-se que tal solução vem sendo alcançada a partir de uma interpretação sistemática do Código, que supõe o cotejo de diversos preceitos (ou textos normativos) para formação de uma única norma. Isto é, alcança-se um resultado interpretativo mediante uso de uma das técnicas mais recomendadas pela Hermenêutica, que enfatiza a necessidade de uma análise do **todo**, daquele sistema ou subsistema normativo, com a melhor forma de se chegar a um resultado interpretativo adequado (MAXIMILIANO, 1961; FERRAZ JR., 2019).

Embora a interpretação sistemática seja, de fato, a mais segura para evitar compreensões parciais ou inadequadas das normas jurídicas, temos aqui um raro exemplo em que a conjugação de diferentes dispositivos legais, a pretexto de identificar a norma jurídica, acaba por conduzir a um resultado interpretativo que não foi desejado pelo legislador e, em particular, resultou incompatível com o sistema processual instituído pelo Código de 2015. Quando menos, tal interpretação não é compatível com as características de um Direito Processual Previdenciário (ou de um Direito Processual Civil ajustado às causas previdenciárias). É o que se verá em seguida.

4 A DECISÃO JUDICIAL COMO CONCLUSÃO DE UM PROCESSO COLABORATIVO

O Código de Processo Civil enuncia, com bastante clareza, que “todos os sujeitos

em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; [...]”.

⁶ “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor. Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: [...] II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; [...]”.

⁷ Nesse sentido, STJ, AGRESP 1187684, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 29.5.2012; TRF 1ª Região, AC 0024045-45.1996.4.01.0000, Rel. Rogéria Maria Castro Debelli, DJ 29.10.2008; TRF 2ª Região, ApCiv 0001993-57.2010.4.02.5102, Rel. Des. Federal Guilherme Bollorini Pereira, DJ 08.9.2014; TRF 3ª Região, ApCiv 5000037-21.2018.4.03.6133, Rel. Des. Federal Inês Virgínia Prado Soares, DJe 05.8.2021; RemNecCiv 0113796-57.1999.4.03.9999, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, e-DJF3 15.3.2010, p. 840; ApCiv 0035799-75.2011.4.03.9999, Rel. Des. Federal Otávio Peixoto Junior, e-DJF3 30.10.2019.

do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (artigo 6º). Trata-se de preceito inserido dentre as “normas fundamentais do processo civil”, instituindo, a um só tempo, um **modelo** e um **princípio**. É um modelo ao estabelecer a organização das tarefas de todos aqueles que tomam parte na relação processual. Como princípio jurídico, estabelece uma finalidade a ser perseguida por esses mesmos atores (MITIDIERO, 2017).

Daí decorre a conclusão de que a própria decisão judicial é construída a partir de um processo colaborativo, que exige atuação proativa de todos os partícipes. Nestes termos, não parece ser compreensível a conduta de alguns membros do Ministério Público, que, por exemplo, deixam de oferecer pareceres em mandados de segurança, sob a alegação de que a causa em discussão não tem relação com suas finalidades institucionais. Se a Lei nº 12.016/2009 estabelece a intervenção obrigatória do Ministério Público, o dever de colaboração iria exigir uma manifestação expressa quanto ao mérito (PIRES, 2023).

Por identidade de razões, não se defere ao réu, mesmo Fazenda Pública, a possibilidade de adotar uma postura comodista, que procura atribuir ao Juiz a tarefa de promover sua “defesa em Juízo”. Trata-se de conduta que desequilibra a relação processual e leva a distorções como as contestações “padrão” depositadas nas Secretarias das Varas Federais (e Juizados Especiais Federais). Esses modelos padronizados acabam sendo anexados aos autos pelos próprios serventuários da Justiça, sendo um tipo de contraditório meramente figurativo. Este proceder ainda leva a outra distorção: as razões de fato e de direito que deveriam estar na contestação acabam sendo inseridas **apenas na apelação** (ou no **recurso inominado** dos JEFs). Algumas dessas alegações são realmente relevantes e, não raro, podem levar à declaração de nulidade da sentença. Enfim, o prejuízo é significativo.

A estruturação da Advocacia Pública, três décadas e meia desde a vigência da Constituição de 1988, já não é mais compatível com um tipo de “paternalismo judiciário” em favor da Fazenda Pública, em particular quando em discussão direitos fundamentais (como é o caso da Previdência Social, como visto).

Como ensina Fredie Didier Jr., referindo-se ao ônus da impugnação específica:

Não há razão para dispensar os advogados públicos deste ônus, até mesmo por uma questão ética: ao advogado particular cabe a tarefa de manifestar-se precisamente sobre o que afirma a parte adversária; o advogado público, qualificado após a aprovação em concursos públicos concorridíssimos, poderia, simplesmente, não manifestar-se sobre as afirmações da parte adversária, sem qualquer consequência... **O papel do advogado na construção da decisão judicial justa não pode ser desprezado; a incidência da regra aos advogados entes públicos seria verdadeira *capitis deminutio* desses profissionais.** (DIDIER Jr, 2009, p. 514, grifo nosso).

Portanto, quer nas causas envolvendo particulares, quer a Fazenda Pública, o dever de colaboração é uma exigência inafastável.

5 A NECESSÁRIA REVISÃO DO ÔNUS DA IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA NAS CAUSAS PREVIDENCIÁRIAS

A partir das noções apresentadas nos itens anteriores, cremos ter chegado o momento de revisitar aquelas compreensões mais tradicionais a respeito do tema.

Veja-se que alguns autores têm assentado que **nem todos os direitos titularizados pela Fazenda Pública têm natureza de indisponíveis**. Estas conclusões decorrem da distinção clássica entre **interesse público primário** (da coletividade) e o **interesse público secundário** ou **estatal** (da pessoa jurídica de direito público interno) (MARINONI *et al*, 2016; DIDIER JR., 2009, p. 492). Assim, só seriam verdadeiramente indisponíveis os direitos relacionados com o interesse público primário.

Ora, nas causas previdenciárias, o interesse da Fazenda Pública tem um caráter predominantemente **patrimonial** e, nessa medida, muito mais estatal do que coletivo. É certo que o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de previdência foi elevado à categoria de princípio constitucional (artigos 40 e 201 da Constituição de 1988). Mas se trata de diretriz claramente imposta ao legislador para efeito de instituir os benefícios e suas respectivas fontes de custeio.

Assim, é razoável sustentar que o interesse do INSS em discussão não é verdadeiramente indisponível e, nessa medida, não afastaria o ônus da impugnação específica.

Mesmo que afastada tal tese, o próprio Código de Processo Civil, interpretado corretamente, sinaliza no mesmo sentido. É que o artigo 341, parágrafo único, ao indicar os casos em que não se aplica o ônus da impugnação especificada, menciona apenas o **defensor público**, o **advogado dativo** e o **curador especial**. Trata-se de um verdadeiro **silêncio eloquente**: quisesse a lei incluir a Fazenda Pública (ou seus procuradores), por qual razão não o teria feito expressamente?

Observe-se que há uma comunhão de situações de fato que congrega os profissionais indicados explicitamente por esta regra: de fato, tanto o defensor público (inclusive quando atua como curador especial) como o advogado dativo patrocinam interesses de pessoas carentes, quando não de pessoas com as quais não mantêm qualquer contato (caso dos citados por edital, por exemplo). Também é notório que as defensorias públicas têm uma estrutura de apoio e condições de trabalho muito mais difíceis do que a generalidade dos órgãos da Advocacia Pública⁸. Tais razões justificam a dispensa legal do ônus da impugnação específica, orientação que não se estende, pelos fundamentos já vistos, à Advocacia Pública.

Vale ainda observar que, pelas mais diversas razões, a jurisprudência tem exigido da Fazenda Pública, em grau de recurso, o ônus de impugnar todos os fundamentos da decisão judicial recorrida, por força do que habitualmente se denomina “dialeticidade recursal”⁹. Tal entendimento restritivo tem se aplicado mesmo diante da amplitude do

⁸ Estas deficiências estruturais da Defensoria Pública já levaram o STF, inclusive, a reconhecer a constitucionalidade de certas prerrogativas de seus membros, fazendo uso da técnica de julgamento da “lei ainda constitucional” (HC 70.154/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.7.1993; RE 135.328, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.4.2001).

⁹ STF, AI 631.672 AgR-segundo, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30.10.2012; HC 209857 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 02.6.2022.

âmbito da devolução fixado no artigo 1.013, §§ 1º e 2º, do CPC, relativamente ao recurso de apelação¹⁰ e muito embora o artigo 1.002 do Código seja explícito ao admitir que as decisões judiciais sejam impugnáveis “no todo ou em parte”. Este grau de exigência decorre muito mais de uma construção jurisprudencial do que da lei e, por similitude de razões, poderá ser aplicada às questões de fato e ao ônus de impugnação fixado no artigo 341 do CPC.

6 CONCLUSÕES

1. Discute-se no âmbito da doutrina a respeito da existência de um Direito Processual Previdenciário como ramo autônomo do conhecimento jurídico. Posições respeitáveis reconhecem tal autonomia, ou, quando menos, a necessidade de uma interpretação das regras processuais à luz da natureza do direito material em discussão.

2. O direito à previdência social tem a estatura de direito fundamental social e goza do regime jurídico próprio dos direitos e garantias fundamentais. Neste regime jurídico, chama a atenção a aplicação do princípio de hermenêutica da máxima efetividade. Por força deste princípio, deve-se interpretar um direito fundamental de forma a atribuir a este a maior efetividade possível. Para alcançar essa máxima efetividade, é possível mitigar o rigor das regras processuais, inclusive das prerrogativas da Fazenda Pública, para que estas não se transformem em verdadeiros privilégios ofensivos à isonomia.

3. O ônus da impugnação específica (ou “especificada”) é instituto tradicional do Direito Processual Civil, que impõe ao réu que, ao contestar o feito, se manifeste “precisamente sobre as alegações de fato constantes da inicial” (artigo 341 do CPC). Este ônus tem um paralelismo com o dever do autor de indicar, na petição inicial, os fatos que alicerçam seu pedido (artigo 319, III, do CPC).

4. O descumprimento do ônus tem, como consequência, a presunção da veracidade das alegações de fato contidas na petição inicial. Esta presunção é relativa e se aplica apenas aos fatos, não às consequências jurídicas extraídas a partir desses fatos. Logo, o descumprimento do ônus não levará automaticamente à procedência do pedido.

5. O cumprimento (ou descumprimento) desse ônus também delimita os fatos controvertidos, o âmbito da atividade probatória e poderá autorizar a concessão da tutela provisória de evidência (artigo 311, IV, do CPC).

6. O entendimento tradicional da doutrina e da jurisprudência é de que tal ônus não pode ser imposto à Fazenda Pública (incluindo o INSS), dado que esta tutela direitos indisponíveis, sobre os quais não cabe a confissão. Similitude de orientação que se aplica aos efeitos da revelia.

7. A decisão judicial deve ser construída como conclusão de um processo colaborativo. A colaboração no processo é instituída como um modelo de organização

¹⁰ “Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”. Acrescente-se que o artigo 932, III, do CPC, autoriza que o relator não conheça de recurso “que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida”. Este preceito, sintomaticamente, não menciona “todos” os fundamentos.

e um princípio a ser alcançado por todos os atores da relação processual. Em consequência, não se defere ao réu, mesmo Fazenda Pública, o direito de assumir uma postura comodista e de transferir ao Juízo a tarefa de promover sua defesa em Juízo. A boa estruturação da Advocacia Pública, ao longo de décadas, exige que se abandonem comportamentos de “paternalismo judiciário” em favor da Fazenda Pública.

8. É necessária uma revisão da concepção tradicional quanto ao ônus da impugnação específica para a Fazenda Pública, quer para reconhecer que nem todos os direitos que tutela são indisponíveis, quer para concluir que sequer o CPC dispensa tal ônus de forma expressa. O elevado grau de exigência da jurisprudência quanto à impugnação específica dos fundamentos das decisões judiciais, quando da interposição de recursos, pode ser perfeitamente aplicado às questões de fato a serem impugnadas em contestação.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Anotações propedêuticas de Direito Financeiro. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**. v. 6, p. 109-140, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil** (arts. 318 a 538). v. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella, **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito** (técnica, decisão, dominação). 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 7. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MITIDIERO, Daniel. Princípio da colaboração. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/206/edicao-1/principio-da-colaboracao>. Acesso em: 08 dez. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PIRES, Renato Barth. **Mandado de segurança em matéria previdenciária**. 5. ed., Salvador: Juspodivm, 2023.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 7ª ed., Curitiba: Alteridade, 2018.

SERAU JR, Marco Aurélio. **Curso de processo judicial previdenciário**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SERAU JR, Marco Aurélio. **Seguridade social e direitos fundamentais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em Juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória). **Revista de Processo**, v. 264/2019, p. 83-103, fev. 2017.

Data de submissão: 16 mar. 2023. Data de aprovação: 14 abr. 2023.

HÁ LUGAR PARA A CLASSE SOCIAL NO PLURALISMO JURÍDICO? UM DIÁLOGO COM A OBRA DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Débora Donida da Fonseca¹

Resumo

O presente artigo busca contestar a teoria desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos em torno do tema do pluralismo jurídico, a partir de uma relação entre os resultados encontrados pelo autor nas obras selecionadas e a ausência da classe social como uma lente analítica. O método escolhido é o hipotético dedutivo, empregado através da abordagem da obra selecionada de Santos comparativamente a três eixos conceituais: o Estado, as classes sociais e a Ideologia. Os resultados colhidos apontam para a conclusão de que é o descarte da visão da classe social como uma categoria capaz de unificar o horizonte das lutas sociais globalmente é o que faz com que a via revolucionária deixe de ser uma opção para Santos. Assim, a opção teórica e política pelo abandono da abordagem materialista e das soluções de transformação radical resultaram em sugestões que serviriam para adiar, mas não para solucionar uma situação de colapso social.

Palavras-chave: Boaventura de Sousa Santos; Pluralismo Jurídico; Classe Social; Movimentos Sociais; Marxismo.

IS THERE A PLACE FOR SOCIAL CLASS IN LEGAL PLURALISM? A DIALOGUE WITH THE WORK OF BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Abstract

This article seeks to challenge the theory developed by Boaventura de Sousa Santos around the theme of legal pluralism, drawing a relationship between the results found by the author in the selected works and the absence of social class as an analytical lens. The method chosen is the hypothetical deductive method, employed through an approach to the selected work of Santos comparatively to three conceptual axes: the State, social classes, and Ideology. The results obtained point to the conclusion that it is the discarding of the view of social class as a category capable of unifying the horizon of social struggles globally that makes the revolutionary path no longer an option for Santos. Thus, the theoretical and political option of abandoning the materialist approach and radical transformation solutions resulted in suggestions that would serve to postpone but not solve a situation of social collapse.

Keywords: Boaventura de Sousa Santos; Legal Pluralism; Social Class; Social Movements; Marxism.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. E-mail: deboradonidaa@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A segunda metade do século XX assinala um momento de crise simbólica da tradição jurídica eurocêntrica, que gera o fortalecimento de paradigmas da periferia global construídos fora dos limites dos Estados modernos e das estruturas coloniais. A este projeto ambicioso, que tem como objetivo promover um giro descolonial do direito, ao passar a tratá-lo a partir da organicidade da própria estrutura social, dá-se o nome de pluralismo jurídico.

A preocupação desta pesquisa se concentra em questionar algumas teorias do pluralismo jurídico, especificamente o trabalho desenvolvido por Boaventura de Sousa Santos², aferindo em que medida ele acaba por incorporar em suas próprias propostas a característica ideológica do discurso judicial. Pretende-se identificar, para tanto, a relação entre a escolha de não utilizar a classe social como uma lente de análise para o pluralismo jurídico em Santos (1990, 2003), e as sugestões apresentadas pelo autor ao fim desses textos.

A defesa conduzida por Andréia Galvão (2011), de que ainda não há uma teoria marxista dos movimentos sociais plenamente articulada, nos fornece pistas de que a retirada da luta de classes do centro das análises sobre os movimentos sociais pode ser uma das causas da insuficiência teórica de alguns modelos do pluralismo, levando em conta que os movimentos constituem parte importante da ação coletiva que engaja a construção de concepções jurídicas alternativas.

Como técnica de pesquisa, abordarei a obra selecionada de Santos de forma comparativa com outras chaves teóricas escolhidas, a partir de três eixos conceituais: o Estado, as classes sociais e a Ideologia. Buscarei identificar os aspectos que são destacados pelo autor e que produzem, em sua visão, fenômenos completamente novos a partir do século XX.

Para explorar este ponto de vista, farei o seguinte trajeto analítico: inicialmente, serão apresentadas as visões de Santos que constituem o seu argumento de que a modernidade teria chegado a um fim, abordando suas visões sobre o contrato social e o Estado. Em seguida, tentarei relacionar os problemas identificados ao longo dessas visões com algumas conceituações sobre o caráter ideológico da forma jurídica.

Ainda, enfrentarei a questão da incompletude da contribuição marxista à teoria dos movimentos sociais, e como esse fato se relaciona à minha hipótese de reposicionamento da categoria da classe social a um lugar central na teorização sobre pluralismo jurídico.

Após, traçarei relações entre as chaves teóricas apresentadas e as sugestões de Santos para a luta contra a globalização neoliberal. Ao fim, espero que tenha restado evidenciada a necessidade da união entre pluralismo jurídico e teoria marxista para que se chegue à almejada superação do direito na sua forma burguesa.

² A análise se concentra nos textos “O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna”, publicado inicialmente em 1990, e “Poderá o direito ser emancipatório?”, publicado em 2003.

2 UM FIM PARA A MODERNIDADE?

O fenômeno do pluralismo jurídico é comumente definido como a situação em que sistemas jurídicos diversos coexistem no mesmo espaço geográfico. De acordo com Merry (2005), é relevante compreender o pluralismo jurídico a partir da ideia de que ele não se refere somente à sobrevivência de algumas formas de direito pré-colonial, mas à sua existência em todas as sociedades atuais. Faz coro a essa ideia Boaventura de Sousa Santos (2003), que em seu artigo “Poderá o direito ser emancipatório?”, entende o pluralismo jurídico além da manifestação de formas jurídicas pré coloniais e das relações jurídicas circunscritas fora da sociedade civil capitalista.

A perda do monopólio da jurisdição pelo Estado pós-moderno é o que faz Santos (2003) afirmar que este ente não possui mais o papel de protagonista das questões jurídicas e de regulador da vida social, como parte do momento de “transição e destruição” vivido na pós-modernidade. Para o autor, a mudança que ocorre na função que o Estado ocupa na sociedade é tão significativa que podemos, de fato, falar de um novo Estado, não mais adequado às definições que lhe cabiam pelas teorizações modernas.

O declínio da função do Estado como protagonista das relações jurídicas é o que ocasionaria a “crise do contrato social moderno”. Esse contrato, se é que continua existindo, se faz apenas nos países centrais. Para todo o restante da sociedade, ele se concretiza como uma série de condições inescapáveis, fora das quais a existência é impossível ou insuportável, devido a um predomínio estrutural dos processos de exclusão sobre os de inclusão. (SANTOS, 2003).

A “crise do contrato social” se fundaria, então, no aprofundamento da lógica capitalista de exclusão, que aqui é apresentada como uma dinâmica nova, e não um acirramento de contradições que sempre existiram sob o capital. A percepção de vínculos orientados por “status” é tida pelo autor como um retorno ao pré-moderno, um aspecto estranho ao funcionamento “equilibrado” do sistema capitalista, e que, por essa razão, sinalizaria uma crise. (SANTOS, 2003).

Ainda, a afirmação de Santos (2003) de que a crise do contrato social ocorre em razão da imposição de um “falso contrato” intui para o enunciado de que o que se tinha antes era um “verdadeiro contrato”. Importa esclarecer, portanto, que a ideia de que existiu um contrato social que fundou as sociedades modernas, supõe que, em algum momento histórico, seres humanos livres e iguais, proprietários de si mesmos e da sua força de trabalho, optaram por se submeter às estruturas que compõem a vida em sociedade. Essa dedução, própria das teorias contratualistas, foi fundamental para que, em seus primórdios, as democracias modernas se firmassem sob bases ideológicas seguras. (HOBBS, 2003; LOCKE, 1823).

Cumprе assinalar que o desafio de pôr em dúvida a narrativa do contrato social é tão antigo quanto a sua própria narrativa. David Hume, em seu *“Of the Original Contract”*, escrito em 1752, já assevera que os “contratos” que originaram todos os governos de que temos registros históricos foram impostos através da usurpação, da conquista, ou de ambas as técnicas, sem qualquer pretensão de existir uma subordinação voluntária dos conquistados.

Dando um salto à contemporaneidade, Gatens (2008), concordando com a ideia de Pateman (1988) de que o contrato social não passa de uma ficção política, afirma que

a ideia de que as relações capitalistas são contratualmente pactuadas constitui mais um dos paradoxos inescapáveis desse sistema. Isso porque cria-se a contradição de que indivíduos dotados de direitos, proprietários de coisa alguma além da própria força de trabalho, livremente estariam escolhendo se submeter a um empregador em troca de salário.

A dificuldade política e científica de lidar com essa ficção faz com que se recorra, como no texto em tela, ao esforço argumentativo de afirmar que a situação atual, em que em boa parte das sociedades globais os mecanismos de exclusão superam os de inclusão, reflete uma “falha” do sistema, e não um acirramento da forma como ele sempre operou.

Como sinalizado por Pateman (2008), o que as sociedades modernas criaram, longe de nos libertar das “hierarquias pré-modernas”, foi a contratualização das relações de subordinação que já existiam para formalizar a defesa da propriedade. O “retorno ao pré-moderno”, assim, não é um fato novo, mas uma transformação imposta pelo capital desde seu surgimento para que relações de hierarquia pudessem ser forjadas na forma de relações de consumo, preservando a propriedade privada.

O fenômeno da morte do Estado moderno, ao ser constatado por Santos (2003), faz com que desapareçam também as velhas nomenclaturas que podiam ser utilizadas para explicar a sociedade. O autor propõe, então, a divisão da sociedade estratificada sob o neoliberalismo em classes, deixando claro que esse fenômeno sempre se deu em todas as sociedades modernas.

Ao proceder à classificação do que denomina de “sociedade civil íntima”, Boaventura acaba por descrever o que poderia ser compreendido, pelas lentes materialistas e marxistas, como burguesia. Seria a sociedade civil íntima, assim, uma camada da sociedade que mantém um vínculo estreito com o mercado, além de uma proximidade do Estado tamanha que faz com que tenham acesso a recursos públicos muito mais do que outras parcelas da sociedade, promovendo uma verdadeira “privatização” do Estado.

Aqui é interessante perceber dois aspectos da teorização do autor: o primeiro, que ainda que ele admita a estratificação da sociedade em classes como um produto tipicamente moderno, que com a globalização propiciada pelo neoliberalismo se intensificou em um ritmo sem precedentes, rejeita a utilização das terminologias modernas para descrevê-la; e o segundo, que a descrição da interação da sociedade civil com o Estado, que se assemelha ou até se sobrepõe perfeitamente à relação da burguesia com o mesmo, acaba por admitir o aspecto “privado” do Estado como um fenômeno moderno.

Quanto ao primeiro aspecto, me sustento em Lipovetsky (2004) para sugerir que a opção por neologismos não é uma questão meramente terminológica, mas uma escolha conceitual que reflete a apresentação do paradigma contemporâneo como uma superação da modernidade anterior, em vez de um aprofundamento das condições que já existiam.

Isto é, essa modernidade de novo gênero, longe de representar o fracasso de quaisquer dos pressupostos modernos, proporciona uma verdadeira consumação dos princípios liberais, que antes se concretizavam em versões limitadas. A “mercantilização quase generalizada dos modos de vida, exploração da razão instrumental até a morte desta, a individualização galopante” (LIPOVETSKY, 2004, p. 52-53), são amostras do sucesso do projeto liberal, não de seu óbito.

O segundo aspecto merece um olhar mais atento, a ser desenvolvido no tópico seguinte, pois se refere à própria compreensão da formação do Estado contemporâneo, o qual refletirá diretamente no entendimento do direito que é produzido e reconhecido por esse Estado, de forma que se atrela fortemente ao problema de identificar os obstáculos teóricos e práticos que se impõem ao pluralismo jurídico.

3 ESTADO PÓS-MODERNO E ESTADO CAPITALISTA

A visão de Boaventura de Sousa Santos sobre o Estado pós-moderno é melhor desenvolvida no texto “O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito” (1990). Nesta obra, o autor descreve a crise do reformismo, ocorrida a partir dos anos 60, como o fenômeno impulsionador da relativização do Direito estatal que se tem na atualidade, descrita pela perda do monopólio da jurisdição.

Para o autor, a ocorrência de uma oscilação antirreformista, formada por fluxos de desregulação e principalmente de informalização da justiça, levam à crise da forma jurídica do Estado. Ele descreve essa crise através do declínio do fetichismo jurídico, isto é, do direito e legalidade estatais como únicos mecanismos de transformação e regulação social. O direito pós-moderno seria dotado, então, de uma relativização, pois partilharia sua juridicidade com outras formas não estatais. (SANTOS, 1990).

Estas ideias estão implícitas na defesa feita por Santos (1990) de que existe uma perda do monopólio da jurisdição do Estado. Contudo, neste ponto, um salto interessante é operado a partir da percepção, pelo próprio autor, de que esses movimentos não são acompanhados por um recuo do orçamento dos Estados globalmente. Do contrário, os Estados estão se expandindo em um molde distinto do que ocorria com o Estado providência, mas não menos interventor que ele.

Santos (1990) entende que isso se dá porque o Estado passa a se expandir através da sociedade civil e do mercado: ele desresponsabiliza-se financeiramente das prestações sociais, mas não perde sobre elas seu poder simbólico, pois tende a submeter à justiça informal a mesma lógica formal da burocracia do Estado. Assim, mesmo a justiça informal nunca deixou de ser uma justiça oficial, pois ela opera sob o olhar vigilante do Estado que passa a ter como função primordial a estabilização das relações que se dão sob seu domínio.

A penetração do Estado nas relações de mercado, e, de forma espelhada, a entrada de representantes da burguesia nas cúpulas estatais não é um fenômeno estranho à teoria marxista do Estado. Poulantzas (1980) atualiza a visão de Engels (2019) sobre o Estado, entendendo-o, tal qual o capital, como uma relação social: a “condensação material” da relação de forças entre as classes e frações numa dada sociedade. (CODATO, 2008; JESSOP, 2009).

Observando empiricamente os tipos capitalistas de Estado, Poulantzas (1980, p. 260) visualizou a criação de focos de interesses econômicos dentro da administração, “em que as frações do capital monopolista, e principalmente os dirigentes de empresas, são considerados pela administração como seus interlocutores privilegiados”, enquanto ela própria apresenta-se como legítima representante dos interesses monopolistas.

É interessante perceber que essa descrição também se conecta à classificação de

Boaventura de sociedade civil íntima, como uma criação que faz parte do processo de transição que extinguiu a unicidade do Estado. Aqui, esse processo é apresentado como uma transformação do Estado moderno que, contudo, não altera sua função primordial de garantir o consenso da sociedade de classes.

Essencialmente, a penetração das atividades do Estado nas instituições da sociedade civil e do mercado, como interpretada por Santos (1990), é percebida por Poulantzas (1980) como parte da modificação das funções do mesmo Estado capitalista de antes. Assim, o Estado continua sendo, como colocado por Marx (1959 *apud* KONDER, 2020), uma necessidade da sociedade do Capital, que o produz como um sintoma da alienação dos seres humanos submetidos à cisão do trabalho material e espiritual, isto é, ao regime da propriedade privada.

Cumprе ressaltar que o momento de crise paradigmática, que impulsionou a reorganização estrutural de Estados ao redor do mundo para garantir a sobrevivência do capital e a manutenção da ordem social, também pode ser compreendido como uma quebra de hegemonia, na compreensão gramsciana. (GRAMSCI, 2001).

O fracasso do empreendimento político de determinada classe dominante causa, para Gramsci, o interregno: o momento em que o velho morre e o novo ainda não pode nascer. O declínio do Estado providência na Europa da segunda metade do século XX, unido ao fator de desorganização das massas, fez com que o neoliberalismo se estabelecesse mais firmemente através da maior exploração do trabalho e da expansão do Estado.

Este olhar distinto sobre o fenômeno de transformação do Estado coloca em dúvida o próprio entendimento de que ocorreu uma perda do monopólio de jurisdição em sua fase moderna, pois passamos a visualizá-lo não mais como objeto, mas como uma relação social que é produto da luta de classes, e o direito estatal como uma espécie de síntese normativa da ideologia burguesa.

O problema agora surge para nós de forma invertida ao que se tinha antes: o monopólio da jurisdição e da violência, ou, dito de outra forma, o poder de arbitrar sobre os conflitos sociais, não foi perdido pelo Estado liberal para dar lugar ao direito produzido por empresas que representam o capital monopolista. Na verdade, o direito estatal, nos Estados nacionais, sempre se focou em consolidar a ideologia da classe dominante e normatizar os interesses dessa classe, e o que ocorre a partir do neoliberalismo é que, de forma bem mais evidente que antes, o Estado assume as características de uma empresa (DARDOT; LAVAL, 2016).

A diversificação de formas de juridicidade para além das fronteiras burocráticas estatais, inicialmente, nos apontou para a direção de uma perda de protagonismo do Estado na regulação da sociedade. Em um segundo momento, ao visualizar a sua expansão e dinamização como um momento de alicerçamento do projeto de Estado moderno, podemos intuir em que medida as juridicidades não-estatais estão, na verdade, mimetizando a própria forma jurídica burguesa.

Por essa razão, se mostra analiticamente vantajoso um estudo da forma jurídica e seus entrelaçamentos com a ideologia, a fim de atingir o objetivo geral de questionar em que medida o caráter ideológico do discurso judicial é um enfrentamento que vem sendo ignorado por algumas teorias do pluralismo jurídico.

4 IDEOLOGIA E FORMA JURÍDICA

Ainda que o conceito de Ideologia não seja nominalmente citado nos trabalhos de Boaventura de Sousa Santos considerados nesse estudo, isso não significa que ele não seja considerado de forma implícita. Por isso, pretendo delinear um referencial teórico de Ideologia e fenômeno jurídico, para poder relacioná-lo às experiências citadas pelo autor com que dialogo.

A conexão entre o fenômeno jurídico e a subjetividade humana é analisada por Pachukanis (2017) através das lentes da Ideologia. Para ele, pode-se falar em uma subjetividade jurídica, que seria a condição necessária no campo simbólico para que as trocas mercantis sejam possíveis. Tais representações de caráter ideológico não devem ser confundidas com figuras ilusórias. A Ideologia, esclarece Marx, é uma verdadeira necessidade do capital para que os homens não se reconheçam em comunidade e incorporem a defesa dos interesses burgueses como universais. (MEW, 1959 *apud* KONDER, 2020).

Isto é, a Ideologia possui um caráter material, não meramente simbólico, pois surge a partir da divisão social do trabalho, momento da história em que aparecem classes sociais com interesses conflitantes. Marx esclarece, ainda, que atribuir a origem da Ideologia à divisão do trabalho equivale a atribuí-la à propriedade privada, pois ambos os processos decorrem do estranhamento dos homens em relação ao produto de seu próprio trabalho. (MEW, 1959 *apud* KONDER, 2020).

Konder (2020) afirma que decorre desse estranhamento a visão do Estado como uma figura racional e independente da sociedade de classes. Surge como produção normativa desse Estado o direito moderno, enquanto organização sistemática criada para conferir uma moldura burocrática condizente com os objetivos do capital. Nesse paradigma, o ofício desempenhado pela forma jurídica é o de criar representações ilusórias das relações sociais, para que representem o interesse da classe dominante, proprietária dos meios de produção. (MEW, 1959 *apud* KONDER, 2020).

A forma jurídica, essencial à regra de previsibilidade do direito, inaugura uma barreira invisível que contém o maior desafio levantado por este trabalho: como reivindicar um direito que vá além da forma jurídica que conhecemos pelo direito estatal, envenenada em definitivo pela defesa da propriedade capitalista (MEW, 1959 *apud* KONDER, 2020)?

Como discutir os pressupostos da territorialidade, do comunitarismo e da renda básica universal, se os limites formais da retórica são colocados pela propriedade privada, pelo matrimônio e pelo contrato de trabalho? E mais, se esses pressupostos nunca forem discutidos, estaremos sempre à mercê da chegada de um interregno que coloque a perder tudo que foi conquistado?

Uma contribuição importante a esta preocupação é posta por Tarso de Melo (2009), que esclarece que a construção jurídica do Estado moderno não equivale à Ideologia jurídica, ainda que estes dois conceitos habitem em constante tensão. Assim, o Direito existe na materialidade e se implica de forma dialética nas relações sociais, mas é fetichizado³ através da Ideologia Jurídica como uma forma ideal, emanada de uma

³ “Fetiche” aqui é entendido nos limites marxianos do termo, como se apreende do conceito de fetichismo da mercadoria, abordado por Marx (2013) como o fenômeno decorrente da alienação espiritual dos

razão pura. (FONSECA, 2022).

Isso nos revela algo fundamental: por mais que Direito e Ideologia estejam diretamente entrelaçados, eles não são uma única coisa, o que significa que dentro do Direito há margem para manifestação de discursos que estejam fora da Ideologia dominante (FONSECA, 2022). É neste campo de possibilidades que surgiriam as manifestações do pluralismo jurídico que buscam a construção de sociedades autônomas: em um direito que emerge de relações sociais que superaram a alienação capitalista, por terem se construído na coletividade e na experiência de identidades coletivas.

Santos (1990) se aproxima desse debate ao abordar um estudo que conduziu, no qual analisou comparativamente as possibilidades retóricas do direito das favelas e do direito oficial brasileiro, concluindo que no primeiro elas são muito mais amplas. Conclui, a partir disso, que existe uma relação de proporcionalidade inversa entre grau de institucionalização e poder coercitivo, de um lado, e a amplitude do espaço retórico do discurso jurídico, do outro. Seria possível acrescentar a essa interpretação que tal relação se deve ao número reduzido de conceitos que, ao passarem para o tratamento jurídico de institutos, sobrevivem ao molde ideológico do discurso judicial⁴.

Em um segundo exemplo, ao reconhecer que as justiças informais nunca deixaram de ser uma forma de justiça oficial, Santos (1990) cita um estudo que constatou que em Nova York, após entrarem em funcionamento os tribunais informais, aumentaram o número de decisões que decretaram o despejo de moradores. Conclui, a partir disso, que a informalização da justiça executa um prolongamento da justiça formal do Estado, duplicando em suas práticas o dia-a-dia da justiça estatal.

Nesse sentido, Santos (1990) observa, ainda, de sua experiência acompanhando a criação de tribunais populares em Cabo Verde, formados por juízes leigos escolhidos entre os membros mais ativos das comunidades, posturas que também indicavam uma aproximação desta justiça com a oficial. Como exemplos dessas posturas por parte dos juízes leigos, cita o recurso à presença da polícia, o uso de símbolos de tribunais oficiais, a aspiração a status e profissionalização, e o distanciamento entre o julgador e as partes.

Torna-se nítida a tendência de que, ao se institucionalizarem, as justiças informais passem a incorporar as práticas do discurso judicial oficial. Contudo, permanece imprecisa a explicação de por qual razão isto aconteceria. Enquanto Santos (1990) imputa esse fenômeno a uma infiltração do Estado na sociedade civil, que provoca o desaparecimento das dicotomias, minha hipótese é de que a institucionalização das práticas, isto é, a aproximação de seus significados da justiça formal, carrega consigo, ainda que de forma estranhada, a defesa da propriedade privada.

Isto é, as práticas que compõem o discurso judicial contêm em si essa defesa. O silenciamento das partes e a interdição de manifestações incompatíveis ao judiciário são elementos do discurso judicial que foram descritos por Sara Cortes (2017) como condicionantes para sua produção. Assim, a invalidação de certos discursos e o distanciamento de um interlocutor do processo judicial fazem parte dos atributos de um juiz, enquanto agente que encarna em si a jurisdição do Estado.

homens, que passam a ver as relações sociais como relações entre coisas, não entre pessoas.

⁴ Entendido aqui no sentido do que é posto por Cortes (2017, p. 96), como o “efeito de sentido entre interlocutores presentes e ausentes, silenciados ou esquecidos no processo judicial”.

A replicação das posturas que compõem o discurso judicial da justiça burguesa em justiças não estatais poderia ser corretamente chamada de duplicação, ainda que, ao meu ver, esse tratamento não transmita toda a causalidade do fenômeno. Isto porque parece atribuí-lo a uma espécie de acidente de percurso, que o autor relaciona à “crise das dicotomias modernas”, em que polos opostos passam a existir como equivalentes.

Ou seja, a replicação das lógicas formais na justiça informal é descrita como um movimento de penetração do Estado nas performances não estatais. É como se houvesse um discurso judicial estatal, posicionado de forma dicotômica a um discurso judicial produzido pela sociedade civil, e a partir de um momento de crise das dicotomias modernas, o primeiro passasse a infectar o segundo.

Essa leitura dá um direcionamento distinto à ideia que apresentei acima de que a forma jurídica e o discurso judicial são ideológicos, pois contém em sua substância a defesa da propriedade privada. Se o discurso não oficial vem sendo impregnado de elementos hierárquicos e violentos do discurso oficial, seria necessário expelir esses elementos através de uma descolonização da justiça alternativa, ou até mesmo, do diálogo entre os polos para criação de soluções partilhadas (SANTOS, 1990).

Se, contudo, identificamos no discurso judicial algo mais além do próprio direito, relacionado a um compromisso profundo firmado com a propriedade capitalista, não será suficiente incentivar a mediação entre polos dicotômicos a fim de criar novos consensos, pois ambos partirão de um discurso alinhado à defesa da propriedade. Seria necessária a construção de um novo discurso judicial, baseado em categorias que rejeitem a propriedade privada.

Trabalhando com a segunda hipótese, entendo que se faz necessário resgatar o elo perdido no estudo do discurso judicial conduzido por Santos (1990, 2003), decorrente da ausência da classe social como um fator constitutivo do direito moderno. Esse resgate servirá para compreendermos o impacto que possui essa ausência nas análises pluralistas, relacionando-as a uma teoria marxista dos movimentos sociais que nunca foi plenamente amadurecida.

5 A CONTRIBUIÇÃO DO MARXISMO À TEORIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

No artigo “Marxismo e Movimentos sociais”, Andréia Galvão (2011) apresenta a hipótese de que, embora não exista uma teoria marxista dos movimentos sociais plenamente consolidada, nós dispomos dos elementos necessários para vir a realizar essa tarefa. A razão principal para não abrir mão da criação desta teoria estaria, para a autora, no reposicionamento da luta de classes no centro das análises sobre as experiências dos movimentos sociais.

Santos (2003), ao revés, defende que o caminho a ser trilhado deve passar pelo abandono do marxismo e de qualquer teoria unificada que se proponha a explicar os movimentos sociais ao redor do mundo. Para o autor, os elementos que unem os movimentos de ação coletiva são muito mais culturais do que políticos e econômicos, razão pela qual a categoria “classe” perde a centralidade: as relações de poder ao redor do mundo são tão plurais que não seria possível abordá-las por uma lente que unisse todas as lutas, como é o caso da proposta marxista de unificar as lutas por meio do horizonte de destruição do capital.

Ao propor o descarte de uma teoria unificada, Santos (2003) não exclui a necessidade da solidariedade internacional para os movimentos sociais, mas dá a ela outro nome: o de “cosmopolitismo subalterno”. Esse cosmopolitismo descreveria, assim, os “projectos emancipatórios cujas reivindicações e critérios de inclusão social se projectam para além dos horizontes do capitalismo global” (SANTOS, 2003, p. 29). Isto é, ainda que estejam unidos por um horizonte de superação do capitalismo, esta união advém de um carácter simbólico e particular a cada movimento, e não de uma condição de classe que seria comum a todos os subalternizados globalmente.

Cumprе ressaltar que a compreensão de Galvão (2011) acerca da classe não se restringe a critérios materiais, pois compreende uma multideterminação que passa por fatores políticos, econômicos e ideológicos. A categoria de classe (ou classes) média(s) é um exemplo de definição dada principalmente pelas implicações ideológicas, isto é, pela normalização da ideia de meritocracia pela classe trabalhadora, que faz com que se visualize as desigualdades sociais como fruto da diferença de esforço ou capacidade entre os que vendem sua força de trabalho.

Assim, a defesa da autora em nenhum momento desconsidera que as contradições que se formulam a partir do desenvolvimento do capitalismo em sua etapa neoliberal não se reduzem aos conflitos de classe, e que esses conflitos não se encerram no universo do trabalho. O que se afirma categoricamente, contudo, é que não se pode compreender qualquer movimento social que seja sem que se considere a centralidade da oposição capital-trabalho na composição das sociedades contemporâneas. (GALVÃO, 2011).

Aqui, proponho a sobreposição da ideia de Galvão (2011) ao pensamento de Wolkmer (1995), que defende que o legítimo questionamento da legalidade posta somente poderá ser feito pelos movimentos sociais comprometidos à criação de uma sociedade autônoma, ou seja, não estatal. Isto é, os movimentos sociais se situam no centro do debate sobre a legitimidade das práticas jurídicas pluralistas, e não haveria como ser de outra forma, pois são o principal expoente do sujeito coletivo, que volta seus interesses aos interesses do povo.

Faz-se repercutir, neste ponto, o conceito de sujeito coletivo de direito, como definido por José Geraldo de Sousa Jr. (1990). O professor entende que a emergência do sujeito coletivo como uma categoria sociológica, que diz respeito a “uma coletividade onde se elabora uma identidade”, superando a noção burguesa e individualista e atingindo um patamar de reconhecimento mútuo entre membros de um movimento social, que passam a agir em conjunto.

A existência de um sujeito coletivo de direito, forjado na experiência dos movimentos sociais, pode inaugurar um novo modo de produção do jurídico, isto é, o pluralismo jurídico. A emergência de normatividades extra-estatais através da ação coletiva em favelas, assentamentos e comunas, amplamente analisada por Santos, torna-se mais rica ao se alinhar com o que José Geraldo entende por sujeito coletivo:

A análise da experiência da ação coletiva dos novos sujeitos sociais que se exprime no exercício da cidadania ativa, designa uma prática social que autoriza estabelecer, em perspectiva jurídica, estas novas configurações, tais como a determinação de espaços sociais a partir dos quais se iniciam direitos novos, a constituição de novos processos sociais e de

novos direitos e a afirmação teórica do sujeito coletivo de direitos. (1990, p. 8).

Assim, o que se apreende das visões citadas é que os movimentos sociais nunca deixaram de estar no centro da criação de novos direitos e da reivindicação de um projeto de sociedade progressista. Ainda que, como explicita Andréia Galvão (2011), a teorização marxista dos últimos anos tenha deixado de lado a categoria dos movimentos sociais para dedicar-se prioritariamente à discussão das formas partido e sindicato, por entender como movimento social por excelência o movimento operário, o qual se vincula fortemente à condição da classe operária enquanto elo que se materializa na tensão entre capital e trabalho.

Os movimentos sociais como produto de tensões de classe foram, assim, em parte esquecidos pela teoria marxista, o que resultou na cooptação do termo pelos teóricos não-marxistas. Essa compreensão, de um direito emancipatório construído além da classe, influencia frontalmente a construção teórica sobre o pluralismo jurídico, bem como as sugestões de enfrentamento às políticas neoliberais.

Tendo compreendido as implicações da ausência da classe social enquanto categoria analítica em Santos (1990, 2003), cumpre agora dialogar com suas sugestões de enfrentamento ao avanço do neoliberalismo, usando como referência as chaves teóricas já desenvolvidas neste trabalho.

6 SUGESTÕES DE SANTOS PARA A LUTA CONTRA A GLOBALIZAÇÃO NEOLIBERAL

Ao fim do texto “Poderá o Direito ser emancipatório?”, Santos (2003) propõe cinco possíveis caminhos que podem ser empenhados, através do direito, para uma resistência contra o avanço do neoliberalismo. Cabe ressaltar aqui duas dessas propostas que se associam mais explicitamente ao mundo do trabalho e à exposição feita até aqui, com o objetivo de visualizar relações entre elas e a ausência da classe social como uma categoria analítica.

De início, é relevante analisar a sugestão de Santos (2003) de reivindicar globalmente a flexibilização de métodos e processos laborais, que fazem parte do caráter “polimórfico” da relação de trabalho, pois eles não implicariam necessariamente em uma precarização da relação laboral, desde que se exija um limiar mínimo de inclusão.

De pronto, entendo que o ensejo de fazer com que o trabalho “continue a ser critério de inclusão” (2003, p. 57) é incompatível com a aceitação das condições de trabalho inerentemente alienantes sob o capitalismo, como introduzido no tópico 2 deste trabalho. Retorna-se à noção de cidadania condicionada a poder de consumo, como preleciona o individualismo liberal⁵, sem que sequer se especifique exatamente como seria possível delimitar um “limiar mínimo de inclusão”.

Em segunda análise, percebo que a proposta de inverter as “formas atípicas

⁵ Sobre o tema da relação entre flexibilização das relações trabalhistas e políticas de austeridade, recomendo o artigo “É melhor ter emprego do que direitos? A ascensão do discurso neofascista no governo brasileiro”, publicado nos Anais do Evento de 30 anos do Direito achado na Rua. Disponível em: <https://direitoachadonarua.files.wordpress.com/2020/07/artigo-amanda-e-brena.pdf>.

de trabalho” (2003, p. 57) para que elas sirvam a um propósito de inclusão traduz o abandono do autor de uma abordagem materialista. Historicamente, a flexibilização e a informalização dos meios de trabalho serve diretamente aos interesses da ditadura do capital, a partir do momento em que o capitalista tem o poder de “fazer uso da força de trabalho, no ambiente de produção, como lhe convier, apenas respeitando os limites e condições impostas pelas instituições (regras jurídicas, nível de representação dos trabalhadores etc).” (GOMES, 2009).

Não se pretende aqui negar a realidade das recentes transformações do mundo do trabalho, mas, ao contrário, reconhecer que a flexibilização da relação de trabalho, enquanto uma relação inescapavelmente pautada pela desigualdade, é muito mais facilmente cooptada pelos interesses da classe burguesa que dos trabalhadores. A ideia de que poder-se-ia reverter esse quadro pela simples vontade dos trabalhadores de fazê-lo parece vir de um lugar de desconhecimento de que as relações de trabalho não se dão sob condições de igualdade, mas de dominação.

Igualmente, causa um estranhamento a sugestão de Santos, na mesma obra, de fomentar uma partilha global do trabalho através da fixação de padrões internacionais de legalidade, o que serviria para incentivar fluxos migratórios de países periféricos para países centrais.

Em primeiro lugar, porque sugerir o aumento de fluxos populacionais de países periféricos para países centrais em nada subverte, e na verdade ajuda a oficializar o acúmulo capitalista de mão de obra precarizada⁶. E em segundo lugar, por desconsiderar o peso da reprodução social, isto é, o trabalho majoritariamente feminino de manutenção da vida, que nunca é incluído no cálculo da dívida do Terceiro mundo, ainda que seja crucial para o acúmulo de riqueza por países centrais (FEDERICI, 2019). Para a autora, a mercadoria mais importante que países periféricos exportam para países centrais, hoje, é o trabalho:

Isso significa que uma parte expressiva do trabalho necessário para reproduzir a força de trabalho metropolitana é realizada por mulheres vindas da África, Ásia, América Latina ou dos antigos países socialistas, principais pontos de origem dos movimentos migratórios contemporâneos. Esse é um fato que as feministas precisam identificar, tanto para desmascarar o que a “integração na economia global” oculta quanto para desmistificar a ideologia da “ajuda ao Terceiro Mundo”, que esconde uma imensa apropriação do trabalho feminino. (pp. 152-153).

Federici (2019) esclarece, ainda, que a criação de políticas econômicas que incentivam a migração faz parte do planejamento do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial para que os países centrais solucionem suas crises internas referentes ao trabalho doméstico, possibilitando que ele seja realizado por trabalhadoras imigrantes e “liberando” milhares de mulheres para o mercado de trabalho.

A partir de agora, é possível preludiar uma conexão entre ambas as sugestões

⁶ Sobre o tema da teoria marxista da dependência, recomendo a leitura de “Capitalismo Dependente e Classes Sociais na América Latina, de Florestan Fernandes (1973).

citadas e a ausência da categoria social como uma lente para compreender o mundo. Percebo que o descarte da visão materialista, e, por conseguinte, das categorias que são complementares a ela, como Estado capitalista, divisão social do trabalho e classe social, resulta em uma tentativa de partir de formas ideais para explicar uma realidade concreta que é extremamente complexa.

O resgate da classe social como uma categoria que merece centralidade, como defendido por Galvão (2011), se traduz na conclusão de que qualquer possibilidade jurídica de resistência ao neoliberalismo precisa passar pelas necessidades contemporâneas da classe trabalhadora a nível global, sob pena de servir de auxílio à manutenção dos problemas que se afirma combater.

7 CONCLUSÕES

O presente trabalho teve como objetivo questionar em que medida os trabalhos desenvolvidos por Boaventura de Sousa Santos (1990, 2003) foram capazes de subverter a semântica ideológica do discurso judicial em suas formulações. Investigou-se, para tanto, a relação existente entre a ausência da classe social como uma categoria central e as possibilidades encontradas pelo autor para a construção de um direito emancipatório. Concluiu-se que a escolha pelo abandono da abordagem materialista histórica e das soluções de transformação radical culminou em sugestões que poderiam servir para adiar, mas não solucionar uma situação de colapso social.

Em um primeiro momento, percebi com uma dose de desconfiança a relutância do autor em se apropriar retoricamente de categorias que já existem, em razão de sua justificativa não parecer suficientemente convincente. Isto porque, ao fim, ele termina por apenas inaugurar uma série de nomenclaturas que descrevem os mesmos fenômenos modernos que ele afirma não reconhecer.

Entendo, ainda, que a defesa de um suposto fim para estruturas e valores modernos como o Estado e o contrato social foi suficientemente sobreposta pelas teorizações que demonstram que o estado neoliberal está cada vez mais próximo de uma consumação do que antes era parcial, tendo em vista que o projeto da modernidade nunca foi derrotado. Disso resulta que as ficções que sustentam o projeto colonial moderno continuam irreversivelmente ligadas à defesa da propriedade privada.

Nesse sentido, verificou-se que o discurso judicial, em sua forma institucionalizada, e de forma contingente, na justiça informal, carrega consigo a defesa fetichizada da propriedade capitalista, por estar o direito moderno entrelaçado, desde sua formação, a este princípio. Disto decorre que a solução para a construção de um direito emancipatório não se encontra propriamente em extirpar os sinais de institucionalidade, mas em construir um discurso judicial que se posicione radicalmente contra a propriedade privada.

O abandono da classe como uma categoria que poderia unificar o horizonte das lutas globalmente é, assim, o que faz com que a via revolucionária deixe de ser uma opção para Santos (1990, 2003). O desvanecimento do horizonte revolucionário como uma possibilidade política real - ou até mesmo a única alternativa possível - é um sintoma que em muito se relaciona à despolitização das massas e aos efeitos da Ideologia burguesa.

Concluo que deve existir alguma relação entre ater-se a essa visão, em razão do abandono da análise materialista da formação e evolução das sociedades modernas,

e a delimitação de possibilidades que não desafiam, e, na verdade, podem ajudar a normalizar os processos de violência provocados pela estrutura neoliberal contra as classes trabalhadoras.

REFERÊNCIAS

CHAVES, Brena Monice Fernandes; CABRAL, Amanda Menezes. É MELHOR TER EMPREGO DO QUE DIREITOS? A ASCENSÃO DO DISCURSO NEOFASCISTA NO GOVERNO ATUAL BRASILEIRO. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL O DIREITO COMO LIBERDADE, 30., 2019, Brasília. **Anais [...]**. Brasília: Editora Unb, 2019. p. 1-17.

CODATO, Adriana. Poulantzas, o Estado e a Revolução. **Revista Crítica Marxista**, Campinas, v. 27, p. 65-85, out. 2008. Disponível em: https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo156Artigo4.pdf. Acesso em: 19 set. 2022.

CÔRTEZ, Sara da Nova Quadros. **Análise do Discurso Judicial nos conflitos por terra referentes às desapropriações para fins de reforma agrária e ações possessórias: in dubio pro "proprietário"**. 2017. 461 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

DE MELO, Tarso. **Direito e Ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

ENGELS, Friedrich. 2019. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo, Boitempo.

FEDERICI, Sílvia. **O ponto zero da Revolução**. São Paulo: Elefante, 2019.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. Rio de Janeiro: Zahar. 1973

FONSECA, Débora Donida da. **A judicialização da questão agrária: um debate sobre direito e ideologia a partir de decisões monocráticas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte**. 2022. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/46412/1/AJudicializacaoDaQuestaoAgraria_Fonseca_2022.pdf. Acesso em: 22 set. 2022.

GALVÃO, Andréia; VARELA, Paula. Sindicalismo e direitos. **Politeia: História e Sociedade**. Vitória da Conquista, v. 11, n. 1, p. 241-257, jan./jun. 2011.

GATENS, Moira. Paradoxes of Liberal Politics: Contracts, Rights, and Consent. In: O'NEILL, Daniel; SHANLEY, Mary Lyndon; YOUNG, Iris Marion. **Illusion of consent**. University Park: The Pennsylvania State University Press, 2008. p. 31-48.

GOMES, Fábio Guedes. Mobilidade do trabalho e controle social: trabalho e organizações na era neoliberal. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba , v. 17, n. 32, p. 33-49, 2009.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001. (v. 3).

HOBBS, Thomas. **Leviatã** [1651]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUME, David. **Of the original contract**. Disponível em: <https://cpb-us-w2.wpmucdn.com/blogs.cofc.edu/dist/8/406/files/2014/09/David-Hume-Of-the-Original-Contract-1kif9ud.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

JESSOP, Bob. O Estado, o poder, o socialismo de Poulantzas como um clássico moderno. **Revista de Sociologia e Política**, [S.L.], v. 17, n. 33, p. 131-144, jun. 2009. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-44782009000200010>.

KONDER, Leandro. **A questão da Ideologia**. São Paulo: Expressão Popular, 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. Disponível em: <https://www.yorku.ca/cominel/courses/3025pdf/Locke.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política: o processo de produção do capital**. São Paulo: Boitempo, 2013. (Livro I).

MELO, Tarso de. **Direito e Ideologia: um estudo a partir da função social da propriedade rural**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MERRY, Sally Engle. Legal Pluralism. *In*: SCHIFF, Berman Paul. **The globalization of International Law**. London: Routledge, 2005. p. 29-56.

PACHUKANIS, Evgeni. **Teoria geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

PATEMAN, Carole. **The Sexual Contract**. Cambridge: Polity, 1988.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1968.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 30, p. 13-44, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 65, p. 3-76, maio de 2003.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Movimentos sociais**. A emergência de novos sujeitos – o sujeito coletivo de direitos. ANAIS DA XIII CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB. Belo Horizonte: Conselho Federal da OAB, 1990, p. 307-315.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito. **Revista Direito e Práxis**, [S.L.], v. 10, n. 4, p. 2711-2735, dez. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2019/45686>.

Data de submissão: 14 abr. 2023. Data de aprovação: 23 maio 2023.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO CONTEXTO NEOLIBERAL: DEBATES SOBRE A NECESSIDADE DE UMA NOVA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

José Ricardo Caetano Costa¹
Dandara Trentim Demiranda²

Resumo

A Previdência Social diz respeito ao ramo da Seguridade que se preocupa com a proteção dos trabalhadores em momentos de dificuldade. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o país já passou por sete reformas da Previdência – a última ocorreu no ano de 2019. Inobstante seja uma reforma recente, já iniciaram as discussões sobre a necessidade de realização de uma nova alteração das regras previdenciárias. Diante de tal possibilidade, surge a necessidade de debater o assunto, que possui potencial para impactar toda a sociedade brasileira. A fim de debater o tema, o artigo foi dividido em três seções. Na primeira parte será realizado um breve resgate histórico acerca da Seguridade Social. Na segunda seção, serão abordados os diversos regramentos para a concessão de benefícios no período da redemocratização. Ao final, na terceira seção, será feita uma análise acerca das principais alterações sugeridas, e os impactos sobre a proteção social dos brasileiros. Como metodologia, destacamos que se trata de pesquisa teórica, em que foram empregadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: previdência social; justiça social; neoliberalismo; direitos sociais.

SOCIAL SECURITY IN THE NEOLIBERAL CONTEXT: DEBATES ON THE NEED FOR A NEW SOCIAL SECURITY REFORM

Abstract

Social Security concerns the branch of Security that is concerned with the protection of workers in times of difficulty. Since the enactment of the Federal Constitution of 1988, the country has undergone seven Social Security reforms – the last one occurred in 2019. Despite being a recent reform, discussions have already begun on the need to carry out a new amendment to social security rules. Faced with this possibility, there is a need to debate the subject, which has the potential to impact the entire Brazilian society. In order to discuss the topic, the article was divided into three sections. In the first part, a brief historical review of Social Security will be carried out. In the second section, the various rules for granting benefits during the redemocratization period will be addressed. At the end, in the third section, an analysis will be made of the main changes suggested, and the impacts on the social protection of Brazilians. As a methodology, we emphasize that this is a theoretical research, in which bibliographical and documental research techniques were used.

Keywords: social security; social justice; neoliberalismo; social rights.

¹ Dr. em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS.

² Mestranda em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Especialista em Prática Jurídica Social - Residência Jurídica pela FURG. Bacharel em Direito pela FURG. Membro do Projeto de Pesquisa e Extensão Cidadania, Direitos e Justiça – CIDIJUS. Advogada. Bolsista CAPES. E-mail: dandararentin@hotmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9607-962X>.

1 INTRODUÇÃO

A Seguridade Social, prevista na Constituição Federal de 1988 (CF88), diz respeito a um conjunto de ações que visa garantir o acesso a Saúde, Previdência Social e Assistência Social aos indivíduos em território nacional. Objetiva assegurar o bem-estar social e econômico da população, especialmente em situações de vulnerabilidade.

No presente artigo, dissertaremos acerca da Previdência Social. Trata-se de um ramo da Seguridade que se preocupa com a proteção dos trabalhadores em momentos de dificuldade, tais como a idade avançada, incapacidade para o labor, maternidade ou morte. Possui caráter contributivo, ou seja, é necessário que o indivíduo verta contribuições ao sistema ao longo dos anos, a fim de obter proteção social quando preencher os requisitos previstos na legislação.

Considerando que, durante muito tempo, os trabalhadores não possuíam qualquer forma de proteção estatal em caso de ocorrência de riscos sociais (morte, doença, entre outros), a previsão de um seguro social é de extrema importância, eis que garante bem-estar social e econômico.

Desde a promulgação da CF88, o país já passou por sete reformas da Previdência. Entre os motivos apontados, sempre foi mencionada a necessidade de reorganizar as contas públicas, em razão do déficit do sistema de proteção social brasileiro (COSTA, 2020; BRAGA, 2020; TAFNER, 2012; ARAUJO, 2009). Ao longo dos anos, as reformas aprovadas instituíram mudanças importantes aos servidores públicos e também para os trabalhadores da iniciativa privada, estabelecendo sempre regras mais rígidas.

A última grande reforma em matéria previdenciária ocorreu no ano de 2019, através da aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 103, que estabeleceu diversas alterações para a concessão de benefícios. Inobstante seja uma reforma recente, já iniciaram as discussões para a realização de uma nova alteração profunda nas regras previdenciárias, novamente fundada na necessidade de tornar o sistema sustentável a longo prazo. Diante de tal possibilidade, surge a necessidade de debater o assunto, haja vista que se trata de matéria que, se aprovada, impactará toda a sociedade brasileira.

O presente trabalho visa discutir acerca uma possível nova reforma da Previdência, debatendo acerca das principais sugestões proferidas para o (re)equilíbrio das contas públicas. Para tanto, na primeira parte será realizado um breve resgate histórico acerca da Seguridade Social. Na segunda seção, serão abordados os diversos regramentos para a concessão de benefícios pós CF88, no período compreendido entre 1993 e 2019. Ao final, na terceira seção, será feita uma análise acerca das principais alterações sugeridas, e os impactos de tais alterações sobre a proteção social dos brasileiros.

Como metodologia, destacamos que se trata de pesquisa teórica, em que foram empregadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

2 BREVE RESGATE HISTÓRICO DA PROTEÇÃO SOCIAL

Conforme definido na CF88, a Seguridade Social “[...] compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988). O sistema de Seguridade como conhecemos atualmente é relativamente recente,

e representou uma grande conquista para os trabalhadores e para toda a população. Isso porque, durante muito tempo os trabalhadores não possuíam qualquer forma de proteção social em caso de incapacidade, fosse ela temporária ou permanente.

Conforme menciona Serau Junior (2012), na Antiguidade e na Idade Média a proteção social não era uma preocupação do poder político, restando entregue às mãos privadas, a partir de práticas assistencialistas e de caridade. Destacamos aqui as primeiras *Poor Laws*, que surgiram na Escócia (1579) e na Inglaterra (1601) (SERAU JUNIOR, 2012), e os regimes criados pela Dinamarca (1891) e pela Nova Zelândia (1898) (GARCÍA OVIEDO, 1948).

Foi a partir da Segunda Revolução Industrial, no século XIX, que foram surgindo as primeiras noções de proteção aos trabalhadores – destacamos o sistema de seguro social idealizado por Otto Von Bismarck (PACHECO FILHO, 2012), e o Plano Beveridge (OLIVEIRA, 2018).

Nos anos seguintes, foi redigida a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que previu a Seguridade Social como um direito de toda a sociedade. Podemos citar ainda a Convenção n° 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1952), que estabeleceu normas mínimas de Seguridade Social.

No Brasil, é possível encontrar menções à proteção social desde o ano de 1543. No entanto, travam-se de legislações pouco eficientes e de eficácia extremamente limitada (OLIVEIRA, 2018). Em 1923 surge o decreto n° 4.682, também conhecido como Lei Elóy Chaves, que instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões. No entanto, não abrangia a totalidade dos trabalhadores brasileiros.

Os direitos sociais e a Seguridade Social ganham *status* constitucional a partir da Constituição de 1934. Todavia, a proteção social encontrava-se vinculada ao exercício laboral de determinadas categorias profissionais consideradas estratégicas.

Em 1960 a lei n° 3.807, também conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social, instituiu um sistema previdenciário único para todos os trabalhadores do setor privado. No entanto, parcela significativa da população permaneceu desassistida. Apenas nas décadas seguintes é que a Seguridade Social passa a se desvincular da questão profissional, para começar a ser vista como um direito fundamental, a ser usufruído por toda a população.

A CF88 foi a responsável por apresentar uma nova visão acerca da proteção social, garantindo direitos de bem-estar social e segurança para todos os cidadãos. Os direitos sociais ganharam destaque no novo texto constitucional, rompendo com a visão anteriormente em vigor, de restrição de direitos e censura.

Em 1990 foi criado o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por meio do decreto n° 99.350, autarquia que agrega funções de arrecadação, pagamento de benefícios e prestação de serviços aos segurados e dependentes do Regime Geral da Previdência Social (RGPS). Desde então, diversas normas relativas as matérias previdenciárias já foram editadas. Segundo dados do Governo Federal (BRASIL, 2022), atualmente são 70 milhões de trabalhadores protegidos e 36,4 milhões de benefícios pagos mensalmente, dos quais 21,8 milhões são aposentadorias.

3 REFORMAS DA PREVIDÊNCIA NO BRASIL: AS DIFERENTES REGRAS E SUAS IMPLICAÇÕES

A CF88 representou um marco para a proteção social dos brasileiros, constitucionalizando uma série de direitos e garantias, no contexto da redemocratização do país. Na década de 1990, em razão das inúmeras crises enfrentadas pelo Estado brasileiro, os direitos conquistados na CF88 foram relegados ao segundo plano. A política neoliberal adotada permitiu o avanço de desregulamentações e privatizações, o que acarretou em restrições aos direitos sociais (GONÇALVES *et al.*, 2018). Conforme aponta Serau Junior (2012), os ideais neoliberais promoveram a primazia do econômico frente ao político, acarretando a redução do aparato estatal e, por consequência, dos direitos sociais.

Inobstante tenham existido incontáveis regramentos para o acesso a benefícios previdenciários e assistenciais – conforme mencionamos na seção anterior, diversas categorias profissionais possuíam legislação específica, aplicável apenas aos seus funcionários –, ateremos nossa análise as regras em vigor pós CF88, no período compreendido entre 1993 a 2019.

A primeira grande alteração no sistema previdenciário brasileiro ocorreu por meio da EC n° 3, de 1993, e era voltada aos trabalhadores do setor público. A EC determinou que as pensões e aposentadorias dos servidores públicos fossem custeadas pela União e pelos próprios servidores – até então, não havia previsão de contribuição por parte dos servidores públicos.

Em 1998, foi realizada uma nova reforma por meio da EC n° 20, que atingiu tanto os trabalhadores do setor público quanto da iniciativa privada. Tratou-se de uma reforma ampla e, conforme resume Boschetti, as mudanças foram inúmeras:

[...] transformação do tempo de serviço em tempo de contribuição, o que torna mais difícil a obtenção da aposentadoria, sobretudo para os trabalhadores que não tiveram carteira de trabalho assinada ao longo de suas vidas; a instituição da idade mínima (48 anos para mulher e 53 para homens) para a aposentadoria proporcional; um acréscimo de 40% no tempo de contribuição para os atuais segurados; o estabelecimento de um teto nominal para os benefícios e a desvinculação desse teto do valor do salário mínimo, o que rompe com o princípio constitucional de irreduzibilidade do valor dos benefícios e o fim das aposentadorias especiais. Em 1999 foram introduzidas novas mudanças no cálculo dos benefícios, com a criação do fator previdenciários (FPR), que provoca a redução no montante final dos benefícios de aposentadoria. Em relação às aposentadorias do setor público, as mudanças também suprimiram alguns direitos. Entre as principais, ressalte-se: a exigência de idade mínima para aposentadoria integral ou proporcional (60 anos para homem e 55 para mulher); aumento de 20% do tempo de contribuição para aposentadoria proporcional e 40% para integral; comprovação de cinco anos no cargo efetivo de servidor público para requerimento da aposentadoria; fim da aposentadoria especial para professores universitários; tempo de licença prêmio não pode mais ser contado em dobro para efeito de aposentado-

ria; introdução da aposentadoria compulsória aos 70 anos e implantação de um regime de previdência complementar para servidores públicos federais, estaduais e municipais (BOSCHETTI, 2003, p. 80)

É possível perceber que a reforma atingiu duramente a população brasileira, que passou a contar com regras extremamente duras para a obtenção de benefícios. No entanto, as reformas seguiram ocorrendo ao longo dos anos, fixando regras cada vez mais restritivas.

Em 2003 foi promulgada a EC n° 41, que determinou, entre outras questões, que as aposentadorias e pensões de servidores públicos deixariam de ser calculadas pela última remuneração, e passariam a ser fixadas com base na média das remunerações. Aposentados e pensionistas também passaram a contribuir com 11% do benefício recebido – tal medida foi muito criticada, pois desconsiderava que o trabalhador necessitava de mais recursos na terceira idade (ARAUJO, 2009).

Dois anos depois, em 2005, foi aprovada a EC n° 47. Conhecida como PEC Paralela, estabeleceu regra de transição para aposentadoria integral dos servidores públicos e estendeu proteção previdenciária para trabalhadores de baixa renda e indivíduos sem renda própria com dedicação exclusiva ao trabalho doméstico em sua residência, pertencentes a famílias de baixa renda.

A EC n° 70, em 2012, alterou a forma de cálculo das aposentadorias por invalidez no serviço público, estabelecendo que seriam calculadas observando a média das contribuições, e não mais a última remuneração. Nova alteração foi realizada no ano de 2015 através da EC n° 88, que ficou conhecida como PEC da Bengala, que ampliou de 70 para 75 anos a idade estabelecida para aposentadoria compulsória de servidores.

Ao longo dos anos, outras alterações na legislação previdenciária foram realizadas, como a inclusão do Fator Previdenciário. No entanto, não abordaremos tais alterações em razão da impossibilidade de tratar de todas as modificações no presente trabalho.

No espaço de tempo compreendido entre as duas últimas reformas (2015-2019), os governos tomaram inúmeras medidas de caráter neoliberal, afetando diretamente o sistema de proteção social nacional. Destacamos aqui a criação do teto de gastos, que limitou os gastos públicos no período de 20 anos, e a chamada Reforma Trabalhista, que efetuou profundas mudanças na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), reduzindo direitos dos trabalhadores. As medidas neoliberais adotadas visaram favorecer os interesses do mercado, aumentando os lucros das empresas em detrimento dos direitos da classe trabalhadora (GONÇALVES *et al.*, 2018).

A última reforma da Previdência, realizada em 2019 através da EC n° 103, estabeleceu profundas mudanças: elevou a idade mínima para aposentadorias para 65 anos para homens e 62 anos para mulheres; as aposentadorias passaram a ser calculados com base na média de todas as contribuições realizadas pelo segurado (a regra anterior permitia a exclusão das 20% menores contribuições); proibiu a conversão de tempo especial em comum; houve redução significativa do valor dos benefícios por incapacidade temporária (antigo auxílio doença) e permanente (antiga aposentadoria por invalidez), bem como na pensão por morte. Para servidores públicos federais, além da idade mínima para aposentadoria, será exigido pelo menos 25 anos de contribuição, 10 anos de serviço público e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria. Também

foram estabelecidas regras que limitam a acumulação de benefícios.

Costa (2020) sustenta que o viés neoliberal da reforma se encontra evidenciado no texto da EC e, em especial, diante das novas regras – perversas – estabelecidas para a aposentadoria especial, que desconsideram as condições especiais e prejudiciais à saúde que ensejam tratamento diferenciado aos trabalhadores submetidos a tais condições. Destacamos ensinamento de Braga (2020), que menciona que ao aumentar a idade mínima para a concessão de aposentadoria, foi desconsiderado que os índices de desemprego são maiores entre indivíduos com mais de 60 anos e, em especial, entre aqueles com baixo grau de instrução. Assim, as novas regras penalizam ainda mais os brasileiros, que já enfrentam problemas para manter sua subsistência com dignidade.

Conforme menciona Costa (2020), a justificativa apresentada para as sucessivas reformas sempre foi a mesma: o argumento de que o sistema como um todo é falido e deficitário, necessitando de reorganização, sob pena tornar-se insustentável. Em sentido semelhante, Boschetti (2003) aponta que as sucessivas reformas implementadas desde a década de 1990 contribuíram para descaracterizar o sistema de proteção social previsto na CF88, mediante fragmentação das políticas sociais. A autora ainda afirma que o suposto déficit de recursos utilizado como justificativa para as reformas decorre de fuga de recursos, que são utilizados para custear outras despesas, como pagamento da dívida e manutenção do superávit primário. Vejamos:

[...] decorridos 15 anos da promulgação da “Constituição Cidadã”, a seguridade social prevista ainda não foi completamente implementada, sobretudo no que se refere à sustentação financeira. Contrariando o discurso predominante, reforçamos, ao final, análises que demonstram que o “déficit” existente decorre, em grande parte, da fuga de recursos que, constitucionalmente, deveriam ser utilizados na sua implementação, mas que são redirecionados para outras despesas (BOSCHETTI, 2003, p. 59).

Feitas tais considerações, questionamos a necessidade de aplicação de regras cada vez mais duras e restritivas aos trabalhadores brasileiros. Não questionamos a necessidade de alterações nas regras previdenciárias em razão de mudanças dos indicadores demográficos do país. Todavia, é importante mencionar que os brasileiros enfrentam cada vez mais dificuldades, entre eles a alta da inflação e do desemprego, bem como a precarização das relações de trabalho, e acabam sendo prejudicados justamente nos momentos de maior necessidade – direitos duramente conquistados acabam sendo restringidos sem que a população seja ouvida, perpetuando desigualdades.

Inúmeros direitos têm sido retirados dos brasileiros nos últimos anos. A Previdência Social possui caráter contributivo, ou seja, seus segurados contribuíram para o sistema por longos períodos para terem acesso a benefícios. No entanto, ao invés de serem resguardados em momento de necessidade, infelizmente tem enfrentado desproteção social em razão do sucessivo endurecimento das regras.

O sistema de Seguridade Social adotado pela CF88 segue o modelo Beveridgiano, que considerada que a proteção social deve ser pensada como uma política nacional, englobando e relacionando diversos serviços (MARQUES; PIERDONÁ; FRANCISCO, 2022). No entanto, o que se observa no Brasil são medidas isoladas, sem qualquer tipo

de articulação. Não à toa, Boschetti (2003) menciona que o sistema de proteção social não foi implementado no país, em razão, entre outros motivos, das sucessivas restrições de direitos dos trabalhadores em prol dos interesses neoliberais e do capitalismo.

4 NOVA REFORMA DA PREVIDÊNCIA? PERSPECTIVAS PARA O FUTURO

Conforme já mencionamos, as reformas realizadas até o momento acabaram por descaracterizar o sistema de Seguridade Social conforme previsto na CF88, eis que não mais oferecem proteção efetiva aos cidadãos em momento de necessidade. De igual modo, importante mencionar que as ações em Seguridade deveriam funcionar de forma complementar – Saúde, Assistência e Previdência. No entanto, o que se observa na prática são ações isoladas e fragmentadas, de modo que a proteção social oferecida fica muito aquém do estabelecido nos mandamentos constitucionais.

A cada nova reforma implementada, os brasileiros passam a enfrentar cada vez mais dificuldades para ter acesso aos benefícios, eis que as regras são pensadas para restringir cada vez mais o número de beneficiários e o valor dos benefícios. A política brasileira assumiu um nítido viés neoliberal, e as medidas implementadas são cada vez mais restritivas.

Inobstante a última grande reforma seja recente, implementada no ano de 2019, já se iniciaram as discussões acerca da necessidade de nova mudança profunda nas regras previdenciárias. O Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 4 de 2023, que apresentou proposta para as diretrizes orçamentárias (pLDO) para o ano de 2024, aponta que o déficit do INSS deve mais que dobrar até 2060 e quadruplicar até 2100, segundo estimativas do Governo Federal (BRASIL, 2023).

Acerca do envelhecimento da população brasileira, a previsão é que o percentual da população idosa (indivíduos com idade igual ou superior a 60 anos) aumente de 13,8% no ano de 2019 para 32,2% em 2060 (BRASIL, 2023). Ou seja, existe a previsão de encolhimento da população economicamente ativa e aumento gradual da população idosa, o que implicaria em aumento dos custos da Previdência Social e potencial diminuição da arrecadação, gerando desequilíbrio na relação receita/despesa. O pLDO também indica que

Para a Previdência, o incremento do número de idosos é parcialmente compensado pelo fato de que a população em idade ativa entre 16 e 59 anos também deverá crescer, embora a taxas decrescentes, atingindo seu tamanho absoluto máximo em 2034. Em 2060, para cada pessoa com mais de 60 anos, teremos 1,6 pessoa com idade entre 16 e 59 anos. Essa relação é substancialmente inferior à atual, que está em 4,6 indicando um progressivo comprometimento da base de sustentação da previdência social. Cabe observar que o horizonte temporal dessa análise permite visualizar apenas parte dos impactos que a evolução demográfica terá a partir do início da década de 30 desse século, quando deverá iniciar a redução em termos absolutos da população em idade ativa e da década de 40, quando terá início a queda da população total do país (BRASIL, 2023, p. 265/266).

A expectativa é que, com o aumento da proporção de idosos no país, também haverá crescimento com as despesas para pagamento de benefícios, o que implicaria em um comprometimento de porção cada vez maior do Produto Interno Bruto (PIB) para viabilizar o pagamento de aposentadorias e pensões. Diante de tais constatações, iniciaram-se, ainda que timidamente, as primeiras discussões sobre como diminuir o impacto para os cofres públicos, através de uma possível nova reforma da Previdência a ser realizada nos próximos anos.

O economista Paulo Tafner entende que a legislação brasileira avançou em alguns aspectos nos últimos anos, mas retrocedeu em outros, mencionando que o país gasta muito em algumas áreas, mas não atinge os resultados esperados. Ele defende que mudanças são necessárias para acabar com privilégios, em especial no serviço público (O HOJE NEWS, 2021), e que o modelo de capitalização deve ser adotado na Previdência brasileira (NOVA, 2020).

Em entrevista concedida ao G1, o economista mencionou medidas que podem ser implementados para promover uma maior sustentabilidade do regime previdenciário brasileiro: a igualdade da idade mínima de aposentadorias para homens e mulheres; aumento da idade mínima para 67 anos, para ambos os gêneros; mudar a aposentadoria rural, com aumento da idade mínima; e efetuar mudanças nas regras do Benefício de Prestação Continuada (BPC), fixando uma idade mínima diferente (maior do que a regra previdenciária) ou mantendo a idade mínima igual à do INSS e reduzindo o valor do benefício (benefício com valor inferior ao salário mínimo) (MARTELLO, 2023). Na mesma entrevista, Leandro Rolim, consultor de Orçamento da Câmara dos Deputados, entende ser necessários erradicar a diferença de idade entre homens e mulheres e as diferenças de idade urbano e rural; e criação de uma camada de capitalização obrigatória (MARTELLO, 2023). Todavia, tais sugestões são maléficas para os cidadãos brasileiros e podem comprometer ainda mais o nosso sistema de proteção social.

A redução etária concedida às mulheres para a concessão de aposentadoria justifica-se em razão da dupla jornada invisível enfrentada por elas, que são, na maioria das vezes, as únicas responsáveis pelo trabalho doméstico e as principais responsáveis pela criação dos filhos. Nesse aspecto, a legislação atual reconhece a existência dessa função tão importante desempenhada pelas mulheres, em um papel que foi invisibilizado e ignorado durante muitos anos (e, infelizmente, ainda é, haja vista que mesmo com o avanço das discussões sobre gênero, o trabalho doméstico segue sendo desempenhado primordialmente pelo sexo feminino (PNAD, 2019)).

No que diz respeito a idade mínima para a aposentadoria rural, trata-se de uma atividade penosa, cansativa e extremamente desgastante. Elevar a idade mínima para tal categoria poderia implicar na impossibilidade de acesso ao benefício para indivíduos que são responsáveis pela segurança alimentar do país. No que diz respeito a elevação da idade para trabalhadores urbanos, conforme já mencionamos, os índices de desemprego são maiores entre a população mais velha e, em especial, entre aqueles com baixo grau de escolaridade. Elevar ainda mais a idade mínima implicaria em relegar tais indivíduos a condições de subemprego, ou ainda, à miséria, podendo comprometer severamente a subsistência de camada expressiva da população brasileira.

Acerca das sugestões para alteração nos requisitos de concessão para o BPC,

entendemos tratem-se ideias perversas. Isso porque o benefício possui viés assistencial, sendo destinado para indivíduos em situação de vulnerabilidade social e incapazes de prover a própria subsistência. Ao elevar a idade mínima estará se restringindo sobremaneira o acesso ao benefício, tornando-o praticamente inócuo. De igual modo, ao autorizar que o valor pago seja inferior ao salário mínimo, perde-se a própria finalidade do benefício, eis que não será apto a prover a subsistência do beneficiário. Destacamos que o valor pago atualmente, de 1 salário mínimo, não possui valor compatível com o atendimento das necessidades básicas (o salário mínimo em maio de 2023 deveria ter sido de R\$ 6.458,86, considerando uma família de quatro pessoas, incluindo gastos como alimentação, educação, transporte e lazer (DIEESE, 2023)), e permitir sua redução acarretará na pauperização de indivíduos e famílias que já se encontram em difícil situação econômica.

O sistema de capitalização sugerida pelos especialistas implica na criação de uma espécie de poupança, que será utilizada para bancar a aposentadoria do trabalhador no futuro. Todavia, conforme aponta estudo realizado pela OIT, 60% dos países que adotaram tal modelo necessitaram reverter a medida, em razão dos impactos sociais e econômicos negativos da medida (OIT, 2018). Não há motivos para adotar no Brasil um modelo que já se mostrou falido em outros países, com potencial para gerar aumento da desigualdade de gênero e de rendimento, e deterioração das prestações previdenciárias.

Historicamente, as reformas da Previdência sempre foram justificadas sob o argumento financeiro e de equilíbrio das contas públicas: o sistema é deficitário e em razão das mudanças do perfil demográfico da população brasileira, existe a necessidade de promover novas regras para acesso aos benefícios, a fim de tornar o sistema de proteção social sustentável a longo prazo (COSTA, 2020; BRAGA, 2020; TAFNER, 2012; ARAUJO, 2009). Levantamento realizado pelos portais de notícias G1 e CNN apontam que a economia aos cofres públicos decorrentes da EC n° 103/2019 nos três primeiros anos após a reforma é de R\$ 156 bilhões (REFORMA, 2022; TUON; MALAR, 2022). No entanto, em 2023 já se fala na necessidade de uma nova reforma sob o mesmo argumento: a pLDO aponta que o déficit do INSS deve dobrar até 2060, apontando a falta de sustentabilidade financeira do sistema no futuro. Mas se a EC n° 103/2019 foi aprovada justamente visando garantir um sistema economicamente sustentável, porque está se discutindo novamente o assunto? Os cálculos que fundamentaram a reforma estavam errados? O perfil demográfico brasileiro mudou radicalmente nos últimos quatro anos?

A resposta é que os interesses neoliberais se encontram novamente colidindo com os direitos dos cidadãos brasileiros. O cálculo que aponta o suposto déficit do sistema previdenciário ignora a existência de autorização para Desvinculação de Receitas da União (DRU). Trata-se de um mecanismo que permite ao Governo Federal usar parte de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas - a principal fonte de recursos da DRU são justamente as contribuições sociais, retiradas do fundo de custeio da Seguridade Social (BRAGA, 2020). Deste modo, sempre haverá déficit, eis que parcela importante dos recursos são destinados para utilização em outras áreas. Braga (2020) ainda menciona a existência de inúmeras renúncias fiscais e desonerações, o que prejudica ainda mais as arrecadações previdenciárias. Segundo Costa (2009), grande parte dos problemas da Previdência Social poderiam ser enfrentados se houvesse

interesse por parte dos governos, sem a necessidade das sucessivas reformas realizadas.

Conforme mencionam Marques, Pierdoná e Francisco, “proteção social sem contextualização socioeconômica nada mais é do que sonho, profissão de fé, ou mesmo propósito idealizado, e não mecanismo efetivo de proteção” (2022, p. 169). Antes de propor uma nova reforma das regras previdenciárias e aumentar a deterioração dos sistemas de proteção social no país, é necessário que passemos a enxergar a real importância do sistema de Seguridade Social, deixando de vê-lo apenas sob o aspecto econômico (e neoliberal), mas visualizando-o como essencial para o desenvolvimento social da população brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou debater acerca da necessidade de uma possível nova reforma da Previdência Social. O tema foi escolhido em razão dos possíveis impactos para a população brasileira, que poderá ser duramente afetada caso a matéria seja aprovada.

Na primeira seção do trabalho, apresentamos um breve resgate histórico acerca do sistema de proteção social. Inicialmente, os países não contavam com políticas públicas de auxílio aos cidadãos, de modo que a ajuda quase sempre decorria de práticas assistencialistas. Foi a partir da Segunda Revolução Industrial que surgiram as primeiras noções de proteção aos trabalhadores, e aos poucos o tema passou a ser debatido internacionalmente. No Brasil, o primeiro grande marco legislativo foi a Lei Elóy Chaves, que abrangeu apenas poucas categorias profissionais. A CF88 representou um grande marco, unificando diversos regimes e garantindo direitos de bem-estar social e segurança.

Na sequência, a segunda seção buscou debater as inúmeras reformas da Previdência realizadas no período da redemocratização. A cada reforma, os requisitos para a concessão de benefícios tornaram-se cada vez mais restritivos, impactando de forma significativa a população. A EC n° 103, em especial, afetou severamente os trabalhadores, dificultando o acesso a aposentadoria e diminuindo significativamente o valor dos benefícios.

Na terceira seção do trabalho nos dedicamos a discutir os possíveis impactos para a população caso uma nova reforma seja aprovada, com regras ainda mais rígidas. Entre as ideias discutidas encontram-se a elevação da idade mínima, a eliminação da diferença etária entre homens e mulheres e entre benefícios rurais e urbanos, e a alteração das regras referentes ao BPC. As alterações sugeridas são perversas, pois desconsideram a situação social e econômica da população brasileira, preocupando-se tão somente com as contas públicas – o alegado déficit da Previdência, conforme mencionamos, é questionado por diversos autores.

O sistema de proteção social conforme previsto na CF88 não se concretizou no Brasil. Caso as novas propostas de reforma avancem, haverá um esfacelamento ainda maior do sistema, que se afastará ainda mais de seu objetivo principal: o de oferecer segurança aos cidadãos em momentos de necessidade. As sucessivas alterações têm mercantilizado a Seguridade Social, privilegiando o mercado e as políticas neoliberais em detrimento da população brasileira.

Mudanças nas regras previdenciárias devem ser efetuadas visando minimizar as desigualdades existentes, e não com o único intuito de reduzir um suposto déficit nas contas públicas. A má gestão do erário deve ser debatida e corrigida, mas não pode ser utilizada como argumento para restringir de forma tão brutal os direitos dos brasileiros. Nossa população está envelhecendo e sofrendo com a alta da inflação e do desemprego – ao invés de nos preocuparmos em melhorar a qualidade de vida e estimular a geração de postos de trabalho, nossos governantes tem se preocupado apenas em diminuir os impactos econômicos, privilegiando grandes empresas e o mercado. Caso medidas neoliberais continuem sendo aplicadas tão ferozmente, poderemos observar nos próximos anos um aumento significativo do número de indivíduos em situação de vulnerabilidade social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Elizeu Serra de. As reformas da previdência de FHC e Lula e o sistema brasileiro de proteção social. **Revista de Políticas Públicas**, v. 13, n. 1, p. 31–41, 2009. Disponível em: <http://periodicoseltronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/2996>. Acesso em: 07 jun. 2023.

BOSCHETTI, Ivanete. Implicações da reforma da previdência na seguridade social brasileira. **Revista Psicologia e Sociedade**, Porto Alegre, v. 15, p. 57-96, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/GQ38r6yqDBY7cBN4QtbsjSN/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. A revelação do “estado malfeitor” a partir da questão previdenciária. In: COSTA, José Ricardo Caetano; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; SORES, Hector Cury. (Orgs.). **O estado de mal-estar social brasileiro**. Belo Horizonte: IEPREV, 2020, v. 1, p. 318-340.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Rio de Janeiro/RJ: Congresso Nacional, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília/DF: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Rio de Janeiro/RJ: Presidência da República, 1923. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682-1923.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990.** Cria o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) define sua estrutura básica e o Quadro Distributivo de Cargos e Funções do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores de suas Unidades Centrais e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99350.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.** Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.** Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.** Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005.** Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012.** Acrescenta art. 6º-A à Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc70.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. **emenda constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015.** Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.** Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 7 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, 1960. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. **Previdência completa 99 anos com mais de 90 serviços digitais disponíveis ao cidadão.** 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2022/02/previdencia-completa-99-anos-com-mais-de-90-servicos-digitais-disponiveis-ao-cidadao>. Acesso em: 12 dez. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 4, de 2023 (PLDO 2024).** Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2024 e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/156890>. Acesso em: 8 jun. 2023.

COSTA, José Ricardo Caetano. A VISIBILIDADE DO “ESTADO MALFEITOR” BRASILEIRO: analisando as políticas públicas de previdência e assistência social no cenário neo-reacionário-liberal. In: COSTA, José Ricardo Caetano; SERAU Jr., Marco Aurélio; SORES, Hector Cury. (Org.). **O estado de mal-estar social brasileiro.** Belo Horizonte: IEPREV, 2020, v. 1, p. 342-371.

COSTA, José Ricardo Caetano. AS REFORMAS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA: ENTRE O INDIVIDUALISMO E O SOLIDARISMO SOCIAL. **JURIS**, v. 14, 55-68, 2009. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/issue/view/388>. Acesso em: 13 jun. 2023.

DIEESE, Departamento intersindical de estatística e estudos socioeconômicos. **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos.** Salário mínimo nominal e necessário. 2023. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 9 jun. 2023.

GARCÍA OVIEDO, Carlos. **Tratado elemental de derecho social.** Madrid: Epesa, 1948.

GONÇALVES, André de Menezes; FIGUEIREDO, Cosma Caldas de; CÉSAR, Fernanda Soares; GUIMARÃES, Marcia Maria Marques; LOPES, Vinícius Rafael. REFORMAS DA PREVIDÊNCIA E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS SOCIAIS: NEGAÇÃO, FOCALIZAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO. In: **Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social.** Seção Comunicações orais - Política Social e Serviço Social. Vitória/ES, v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/abepss/issue/view/938>. Acesso em: 30 maio 2023.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz; PIERDONÁ, Zélia Luiza; FRANCISCO, José Carlos. A seguridade social brasileira é realmente Beveridgiana?: O abismo que separa o modelo idealizado na Constituição de 1988 e a realidade que permeou a efetivação do sistema ao longo dos mais de 32 anos. **Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, [S. l.], v. 13, n. 26, p. 157–178, 2022. Disponível em: <https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/65461>. Acesso em: 9 jun. 2023.

MARTELLO, Alexandro. Governo estima que rombo previdenciário deve dobrar até 2060; analistas veem necessidade de nova reforma no futuro. **G1**, 13 maio 2023. Economia. Disponível em: <https://encurtador.com.br/nxP23>. Acesso em: 13 maio 2023.

NOVA reforma da Previdência deve vir em 20 anos. **Estado de Minas**, 12 jan. 2020. Economia. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/01/12/internas_economia,1113839/nova-reforma-da-previdencia-deve-ir-em-20-anos.shtml. Acesso em: 8 jun. 2023.

O HOJE NEWS. Face do Poder - Entrevista com economista, Paulo Tafner. **YouTube**, 9 dez. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=i517P5-RgYE>. Acesso em: 9 jun. 2023.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 102 - Normas Mínimas da Seguridade Social**. Genebra, 1952. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235192/lang-pt/index.htm. Acesso em: 7 dez. 2022.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Reversão da Privatização de Sistemas de Pensões**: Questões chave. Proteção Social para Todos – Nota informativa dezembro de 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--ilo-lisbon/documents/publication/wcms_708851.pdf. Acesso em: 9 jun. 2023.

OLIVEIRA, Juliana de. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: o sistema previdenciário brasileiro é estável? **Revista Brasileira de História do Direito**. Salvador/BA, v. 4, nº 1, pp. 64/86, jan/jun. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/4415>. Acesso em: 29 maio 2023.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 7 dez. 2022.

PACHECO FILHO, Calino Ferreira. Seguridade Social e Previdência: situação atual. **Indicadores Econômicos FEE**. Porto Alegre, v. 39, n. 3, p. 71-84, 2012. Disponível em: <https://revistas.planejamento.rs.gov.br/index.php/indicadores/article/view/2665>. Acesso em: 29 maio 2023.

PNAD, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua. **Outras formas de trabalho 2019**. IBGE, 2019. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/579f8cb956b0677de8dfc870215f3951.pdf. Acesso em: 9 jun. 2023.

REFORMA da Previdência completa 3 anos com alívio nas contas públicas – mas dificuldades para segurados. **G1**, 12 nov. 2022. Economia. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/11/12/reforma-da-previdencia-completa-3-anos-com-alivio-nas-contas-publicas-mas-dificuldades-para-segurados.ghtml>. Acesso em: 8 jun. 2023.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Economia e seguridade social**: análise econômica do direito. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

TAFNER, Paulo. Desafios e reformas da previdência social brasileira. **Revista USP**, n. 93, 137-156, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i93p137-156>. Acesso em: 7 jun. 2023.

TUON, Ligia; MALAR, João Pedro. Reforma da Previdência economiza 2 vezes mais que esperado em 3 anos, diz estudo. **CNN BRASIL**, 31 ago. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/reforma-da-previdencia-economiza-2-vezes-mais-que-esperado-em-3-anos-diz-estudo/>. Acesso em: 8 jun. 2023.

Data de submissão: 14 jun. 2023. Data de aprovação: 20 jul. 2023.

ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS VERSUS SEGURANÇA JURÍDICA

Nubia Roberta Sobral da Silva¹
Hélio Silvo Ourem Campos²

Resumo

Neste artigo, tem-se por objetivo analisar a questão do ativismo judicial no âmbito previdenciário brasileiro, verificando-se os limites de atuação impostos ao judiciário quando do enfrentamento de decisões inerentes a políticas públicas. Para tanto, a pesquisa foi dividida em quatro momentos: no primeiro, analisou-se o ativismo judicial no campo das políticas públicas e, seguidamente, no âmbito do direito previdenciário, tomando-se por base dois casos específicos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, verificou-se em que medida o ativismo judicial cria conflitos de interesses entre os direitos já existentes e os criados, bem como a necessidade de ponderação entre esses direitos. Finalmente, utilizando-se o método dedutivo de pesquisa, pretende-se verificar se o ativismo judicial é prejudicial ou não à segurança jurídica, principalmente quando a decisão toma por base omissão ou ausência de previsão legislativa frente aos Direitos Sociais constitucionalmente consagrados.

Palavras-chave: ativismo judicial; direito previdenciário; segurança jurídica.

JUDICIAL ACTIVISM IN SOCIAL SECURITY LAW: THE JUDICIAL CREATION OF RIGHTS VERSUS LEGAL CERTAINTY

Abstract

In this article, the objective is to analyze the issue of judicial activism in the Brazilian social security context, verifying the limits of action imposed on the judiciary when facing decisions inherent to public policies. For this purpose, the research was divided into four moments: in the first, judicial activism in the field of public policies was analyzed, and then, in the scope of social security law, based on two specific cases judged by the Federal Supreme Court. Therefore, it was verified to what extent judicial activism creates conflicts of interest between existing rights and those created, as well as the need to weigh these rights. Finally, using the deductive method of research, it is intended to verify whether or not the judicial activism is harmful to legal certainty, especially when the decision is based on omission or absence of legislative provision in the face of constitutionally enshrined Social Rights.

Keywords: judicial activism; social security law; legal certainty.

¹ Pós-Graduada pela Universidade de Pisa - Itália. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional (2013). Professora Honorária da Escola Superior de Advocacia - ESA. OAB/PE. Coordenadora do Núcleo de previdenciário da ESA.

² Pós-doutorado pela Universidade Clássica de Lisboa (2008-2009). Pós-Doutorado pela Universidade Autónoma de Lisboa (2018-2019). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Doutorado pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa - (Equivalência). Professor Titular e Membro do Conselho Superior da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação, Mestrado e Doutorado). Líder de Grupo de Pesquisa - CNPq: "Política e Tributação: aspectos materiais e processuais". Juiz Federal. ORCID 0000-0001-6162-7024. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1508584545879443>. E-mail: helio.ourem@unicap.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do enfrentamento do problema de como a criação do direito pelos juízes em matéria previdenciária, sobretudo em caso de omissão legal, podem ou não, a um só tempo promover a justiça em detrimento da segurança jurídica.

Em questões de direitos sociais, ainda são poucos os estudos dedicados a analisar criticamente o modo de decidir da cúpula do Poder Judiciário.³ Talvez porque em questão previdenciária, flagrante é a tensão existente quando de um lado se pretende garantir a proteção dos direitos fundamentais e o mínimo existencial, e de outro lado, o argumento político e econômico, de que certas decisões, acaso mantidas, acabariam por provocar um desequilíbrio financeiro e atuarial ensejador de um colapso econômico.

No presente cenário, o ativismo judicial quando relacionado à questão previdenciária deve observar o conjunto dos preceitos constitucionais relativos à proteção social, e não um preceito isolado.

Assim é que diante desta temática iremos analisar, de modo pontual, o caminho percorrido no judiciário em alguns casos, a exemplo do “auxílio acompanhante” previsto no artigo 45 da Lei 8213/91⁴ que prevê o adicional de vinte e cinco por cento tão somente para aposentados por incapacidade permanente que necessitem de um cuidador, mas não estendeu igual benefício aos demais aposentados em igual circunstâncias. Frente a omissão legislativa, a questão chega ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) gerando o tema 982 e posteriormente é reconhecida a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (STF) gerando o tema 1095. Inquietante e reflexiva é a situação: Estaria mesmo legitimado o Judiciário a suprir a omissão legal e estender a benesse a todos os aposentados e não apenas aos que a lei determina? Quais as implicações econômicas e políticas da criação judicial desse direito? Em que medida o reconhecimento ou não desse direito seria garantidor da justiça e segurança jurídica?

Tomando por base o método dedutível, a pesquisa foi dividida em três momentos: no primeiro, o estudo analisou as Políticas Públicas e sua função na defesa dos Direitos Sociais previsto no artigo 6º da Constituição Federal, especificamente no que se refere a previdência social. Seguidamente, sobreveio a análise do Ativismo Judicial no ordenamento jurídico brasileiro, quando no caso concreto é o juiz forçado a decidir sobre o que a norma não previu, ou apenas previu para alguns, e não a todos sujeitos a circunstâncias idênticas, em flagrante violação ao princípio supremo da igualdade, finalmente, buscou-se identificar em que medida tais decisões eram justas ou não e em que medida a proatividade judicial causa instabilidade social e garante a segurança jurídica.

³ Desde a perspectiva da metodologia judicial, ainda são poucos os estudos dedicados a analisar criticamente o modo de ser do processo de tomada de decisões pela cúpula do Poder Judiciário, em tema de direitos sociais. Quando se tem em mira o exame crítico da racionalidade das decisões judiciais mais importantes em tema de direitos sociais, impressiona o jogo da argumentação jurídica e o grau de pragmatismo e de consequencialismo econômico de extração utilitarista nelas encontrado. (Savaris, 2019).

⁴ Lei 8213 de 24 jul.1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

Art. 45 O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Com base nesses elementos chega-se à conclusão de que, em ações em que se busca a proteção de direitos previdenciários, notadamente em casos de omissão legislativa, o ativismo judicial surge como uma saída. Isto porque o direito envolvido é inerente à dignidade da pessoa humana – alimentos – e portanto, não é razoável exigir o nascedouro da norma para só então decidir a lide. Apesar disto porém, o que se verifica é que tais decisões acabam por envolver um largo espectro social – segurados e beneficiários da previdência – e como consequência frequentemente se reconhece a repercussão geral, cujo balizamento feito pelo Supremo tem sido de reconhecer o caráter político e econômico de tais decisões, e portanto uma extrapolação da competência do poder judiciário. Firmada a tese, as decisões em cumprimentos são anuladas, o que provoca uma imensa insegurança jurídica.

2 ATIVISMO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A compreensão do termo política pública exige uma compreensão abrangente. Isto porque conforme diz Bucci (2006), exige-se um programa de ação governamental com observância de processos juridicamente regulados, tais como processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo e processo judicial, visando realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, elegendo-se as prioridades, os meios necessários à consecução e o tempo esperado para o atingimento dos resultados.

Dada a esta complexidade, parece óbvio que o Estado enfrentará óbice à consecução de tais Políticas Públicas e seguramente ou as demandas sociais não serão atendidas do modo ideal, ou não serão atendidas, e é justamente neste cenário que o juiz proativo surge como uma alternativa necessária à concretização dos preceitos constitucionais.

Isto porque o implemento das políticas públicas é o modo de consagrar os Direitos Fundamentais sociais assegurados constitucionalmente e o Estado obriga-se a cumprir estes direitos, tudo porem com observância da legislação pertinente e é justamente aqui que reside o maior problema, já que nem sempre a lei existe, ou existindo são vagas, gerais ou imprecisas, o que implica numa verdadeira delegação de poder ao judiciário como muito bem explica Humberto Theodoro (2006, p.104).

Por simples modismo e, às vezes por comodismo, o legislador contemporâneo é levado à edição de normas incompletas e vagas, que importam em verdadeira delegação de poder normativo aos órgãos da administração e do judiciário. [...] O abuso, contudo, do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social. Há na deturpação dessa técnica uma tendência do parlamento de despojar-se, em boa parte, de sua competência legislativa, relegando ao Judiciário completar a tarefa normativa, sem que os indivíduos possam prever, com segurança jurídica, como o órgão aplicador da regra vaga irá colmatá-la.

Toda pessoa porém, tem o legítimo direito de recorrer ao judiciário em busca de proteção dos seus direitos fundamentais⁵, isto aliás é o que preceitua nossa Constituição em seu art. 5º, XXXV ao consagrar o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada quando estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim é que, conforme bem preceitua Kelsen (2009), o direito é responsável pela sua própria criação, sendo uma norma determinante do processo pelo qual outra é produzida. Neste sentido, a norma que regula a produção seria chamada por Kelsen de norma superior, já a norma produzida segundo os critérios postos por esta é chamada de norma inferior. A decisão judicial, por sua vez, corresponde a criação de norma jurídica chamada por ele de “norma individual”.

Assim, por vezes parece necessária a intervenção judicial nas políticas públicas vislumbra-se, portanto esta atuação específica, como única alternativa ao atendimento aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados, sendo em última análise como lembra Bobbio (*apud* SAVARIS, 2019) que, talvez a matéria relativa à necessidade da adequação de garantias judiciais para a determinação dos direitos fundamentais de seguridade social, seja destacadamente no contexto em que o problema dos direitos não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.

Contudo, há os não simpatizantes da prática do ativismo judicial, por entender que tal conduta ultrapassa a linha demarcatória da função jurisdicional em detrimento da função legislativa, administrativa e até mesmo governamental. Seria conforme elucida Ramos (2010) uma descaracterização da função típica do judiciário e uma intromissão sorrateira nas atribuições de competências constitucionalmente atribuídas a outros poderes.

Assim, claro está que por vezes é inevitável a postura proativa do juiz. Não se trata, portanto, de defender o uso irrestrito e desmedido da intervenção judicial em matéria legislativa, mas apenas de um emprego racional quando o Poder Executivo e o Poder Legislativo não forem capazes de consagrar os Direitos Sociais.

3 ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA: DOIS CASOS ESPECÍFICOS

Antes mesmo de tratarmos de ativismo judicial uma distinção se faz necessária: O que essencialmente significa ativismo judicial e judicialização. De acordo com Barroso (2009, pág.14) os dois institutos são extremamente parecidos, mas em absoluto não são iguais.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A

⁵ Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969). Ratificação: 25.09.1992; Promulgação no Brasil: Decreto 678, de 06.11.1992.

Artigo 25 - Proteção judicial

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva

Portanto, a teor da distinção acima, a ideia de ativismo judicial associa-se a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, e neste contexto há quem defenda que o ativismo judicial, em causas previdenciárias, acaba por promover a grande judicialização nesta seara do direito.

Aplicando-se diretamente este conceito as normas atinentes à seguridade social, temos que, de acordo com o § 5.º do art. 195 da Constituição, nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Ocorre porém que, apesar deste preceito constitucional, frequentemente, leis genéricas acabam por criar benefícios sem indicação da respectiva fonte de custeio, o que coloca em xeque a garantia da proteção social. Contudo, apesar de criticável, é por demais compreensível, que por conta dos valores envolvidos – direitos de proteção social – é impensável esperar uma lei específica ou os tramites das leis orçamentárias para que ocorra a concessão de determinado benefício.

Se por um lado é verdade que a indicação da respectiva fonte de custeio tem por finalidade garantir um equilíbrio financeiro e atuarial das contas públicas, verdade também é que, direitos de proteção social reclamam urgência já que estamos diante de prestações que garantem o direito a alimentos e em essência a sobrevivência e a dignidade humana. Assim, a omissão ou generalidade legislativa exige uma conduta prática do judiciário: decidir sopesando e ponderando os princípios envolvidos.

Assim, inegável é a necessidade cada vez maior do uso, pelo Judiciário, da hermenêutica jurídica que acaba por criar Direito. Interpretação legislativa que, segundo Pierdoná e Carvalho (2019, p. 80) “extrai de todo o ordenamento a norma aplicável ao caso concreto, cuja costura, muitas vezes de várias leis e princípios, traduz a atividade criadora do juiz.”

Falando de criação judicial previdenciária, vamos analisar especificamente dois casos: *primeiro*, no que se refere a questão do critério da renda per capita nos benefícios assistenciais, especificamente na exclusão da renda do idoso previsto no estatuto do idoso e da extensão dessa mesma benesse aos benefícios previdenciários, e *segundo*, na questão da extensão do auxílio acompanhante – ou grande invalidez – se deve tal benefício ser estendido a outros aposentados, que mesmo inválidos se aposentaram de outro modo diferente da incapacidade definitiva, já que apenas pra estes a lei fez a ressalva permissiva.

E para não dizer que não falamos sobre justiça das decisões, vamos aqui analisar alguns julgados previdenciários, que não obstante todo o embaraço legislativo, o judiciário decidiu inovando a respeito como por exemplo no julgamento dos Recursos

Extraordinários 580.963 e 567.985-3 e na Reclamação n.º 4.374, quanto tratou do critério da vulnerabilidade social – “miserabilidade” - , para efeitos de concessão do benefício assistencial, previsto no inciso V do art. 203 da Constituição e regulado nos artigos 20 e 21 da Lei n.º 8.742/93.

De acordo com a Constituição, no citado preceito, a lei deve estabelecer os critérios para a concessão do benefício devido à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Assim é que foi promulgada a Lei n.º 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)- que fixou como critério objetivo de “miserabilidade” a renda per capita familiar não superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Ocorre porém que, o estatuto do Idoso⁶ no parágrafo único do art. 34 determinou que no cálculo da renda *per capita* familiar, fossem excluídos apenas os benefícios assistenciais concedidos aos idosos pertencentes à família, não podendo o órgão judicial estender essa exceção legal a outros benefícios, tais como os de natureza previdenciária e de assistência ao deficiente. Mas qual a lógica de excluir do cômputo da renda do grupo familiar alguém que receba um benefício assistencial no valor de um salário mínimo, mas não estender a mesma exclusão ao outro membro que recebe benefício previdenciário, embora de valor igual? Admitir situação assim, seria como bem afirma o Ministro Gilmar Mendes no seu voto no RE 580.963 (BRASIL, 2013, p.11), promover resultados bem diferentes para situações exatamente iguais.

Então, aqui o legislador abriu uma exceção para dois benefícios recebidos pelo casal em relação à LOAS. Qual é a argumentação trazida da tribuna? Bom, isto vale para benefício da LOAS mas, se for qualquer outro benefício previdenciário, não, ou, se for um benefício, por exemplo, de idoso e deficiente, também não. Veja, aqui o legislador incorreu em grave equívoco: ou é possível, quer dizer, em situação absolutamente idêntica, fazer a exclusão, pouco importa a origem do benefício, se nós estivermos nesse plano de salário mínimo, ou nós vamos, realmente, para uma situação insustentável, conferindo ao legislador não um poder discricionário, mas um arbítrio, porque, vejam, em situações, do ponto de vista numérico, absolutamente idênticas, nós vamos chegar a resultado díspar.

Como a LOAS, no que se refere a este ponto, permaneceu inalterada, o judiciário passou então a elaborar maneiras de se contornar o critério objetivo e único da fixação da renda per capita do grupo familiar, e passou-se a avaliar no caso em concreto, o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

A tal proposito, a compreensão judicial foi a de que, as várias leis editadas sobre

⁶ Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003.

“Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput, não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita, a que se refere a Loas.”

a concessão de outros benefícios assistenciais estabeleceram critérios mais elásticos para a garantias de renda mínimas para os brasileiros, como as várias bolsas criadas pelo governo com critério de meio salário mínimo *per capita* familiar como exigência para a concessão, a exemplo bolsa família (lei 10.386/04); o Programa nacional de acesso à alimentação (Lei 10.689/03); Bolsa escola (Lei 10.2019/01) e outras mais. Então, porque também não alargar o critério da renda mínima per capita para o benefício assistencial?

Assim, o Supremo Tribunal Federal, monocraticamente, começa a rever o posicionamento acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos da renda *per capita* do grupo familiar. Mudanças políticas, econômica e sociais ocorreram, além das mudanças jurídicas decorrentes de leis alteradoras de outros patamares econômicos criadores de outros benefícios assistenciais. Assim, o critério de um quarto do salário mínimo estabelecido na LOAS deixa de ser absoluto devendo agora o judiciário adequar este parâmetro à diretriz constitucional da dignidade da pessoa humana e as especificidades do caso em concreto.

Com isto, como bem aponta o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, (BRASIL, 2013) “esta solução devolve ao juiz a adoção de critérios e, obviamente retira a possibilidade de que o legislador fixe um critério, quer dizer, estabelecendo um mínimo de segurança jurídica.”

De igual modo, outro ponto digno de nota é a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1.720.805-RJ (rito dos recursos especiais repetitivos) que tratou do “auxílio-acompanhante” que prevê um adicional de vinte e cinco por cento previsto no art. 45 da lei n. 8.213/91 para os aposentados por invalidez que necessitem de assistência permanente de terceiro, ampliando esta previsão para outras espécies de aposentadoria cujo beneficiário estejam em igual circunstância.

O “auxílio acompanhante” é pago sobre o valor do benefício ao segurado aposentado por invalidez, que necessite de assistência permanente de terceiro para a realização de suas atividades e cuidados habituais. Este amparo pode inclusive exceder o valor do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e serve para diminuir o risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado.

Embora os defensores da não extensão do benefício justifiquem a negativa na ausência de previsão legal e de sua respectiva fonte de custeio, fato é que este adicional possui todas as características de um benefício de cunho assistencial já que, *primeiro* o fato gerador é a necessidade de assistência permanente de terceiro para o amparo de uma indigência que já pode estar presente no requerimento administrativo da aposentadoria por invalidez ou ser-lhe superveniente; *segundo*, a concessão pode estar atrelada ou não a moléstia que deu causa à concessão do benefício originário; e finalmente o mais importante, o pagamento do adicional cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor no benefício de pensão por morte, circunstância própria dos benefícios assistenciais que, pela ausência de contribuição, são personalíssimos e, portanto, intransferíveis aos dependentes. Por estas características acima descritas, entendeu o STJ tratar-se de um benefício de cunho assistencial e portanto, sem necessidade de lei autorizadora e indicativa da respectiva fonte de custeio.

De fato, a respeito desta questão a melhor doutrina, de acordo com os ensinamentos de Rocha e Baltazar Junior (2014, p. 234-235) é no sentido reconhecer tal direito:

[...] Não há razão para vetar à concessão do acréscimo a partir da vigência da lei, por aplicação do princípio da isonomia. Pela mesma razão, será possível conceder o acréscimo quando a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa for posterior a momento da concessão do benefício, caso em que deveria ser admitida até mesmo a transformação da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria por invalidez. [...] Assim, o reconhecimento do direito à vantagem para os casos aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição não adviria de mera interpretação extensiva, mas sim do processo de interação, mediante analogia. A analogia seria utilizada para reconhecer direito no caso de situação que o legislador claramente não contemplou.

De igual modo, de acordo com a doutrina de Bittencourt (2018) embora o artigo 45 da lei 8.213/91 preveja a possibilidade de implementação de adicional apenas ao aposentado por invalidez, fato é que, independentemente do tipo de aposentadoria concedida, o risco social envolvido é o mesmo nos casos em já haja a necessidade do acompanhamento permanente de um terceiro para cuidar do aposentado invalido.

No mesmo sentido é o entendimento de Savaris (2016) que faz a interpretação referente a este ponto à luz dos princípios e garantias constitucionais concluindo pela possibilidade de extensão do adicional a todas as espécies de aposentadoria nos seguintes termos:

Imagine-se a situação hipotética de dois segurados aposentados que igualmente se encontram severamente incapacitados e absolutamente dependentes da assistência de outra pessoa para o exercício das atividades cotidianas básicas, como higienizar-se, alimentar-se, deambular etc, sendo o primeiro titular de aposentadoria por invalidez e o segundo de uma aposentadoria por idade. Nessa situação, o segurado titular de aposentadoria por invalidez - benefício que pressupõe período contributivo (carência) menor, averbe-se - fará jus ao adicional de 25%, entretanto o segurado aposentado por idade, exposto exatamente ao mesmo risco social de grave repercussão, não poderia receber aludido acréscimo destinado a suprir a despesa extraordinária, tendo comprometida a suficiência da prestação previdenciária de sua titularidade, o que viola o princípio da dignidade humana.

Em pedido de vistas a Ministra Regina Helena Costa (BRASIL, 2018) inaugura a divergência e vê seu voto prevalecente no STJ, o qual fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, tratamento isonômico e garantia dos direitos sociais previstos respectivamente nos artigos. 1.º, III, 5.º, caput, e 6.º da Constituição da República como abaixo se vê:

Entretanto, após profunda reflexão sobre o tema e detido estudo acerca das espécies de benefícios previdenciários, conclui que a melhor exegese do art. 45 da Lei n. 8.213/91 autoriza o alcance do “auxílio-acompanhante” às demais modalidades de aposentadoria previstas no Regime

Geral de Previdência Social, uma vez comprovadas a invalidez e a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa para atividades cotidianas, tais como higiene ou alimentação. Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, do tratamento isonômico e da garantia dos direitos sociais, previstos, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, caput, e 6º, da Constituição da República, tanto o aposentado por invalidez, quanto o aposentado por idade, tempo de contribuição ou especial, são segurados que podem, igualmente, encontrar-se na condição de inválidos, a ponto de necessitar da assistência permanente de terceiro.

Curioso é ver que não há, para este adicional da aposentadoria por invalidez nenhuma fonte de custeio específica. Ora, para custeá-lo segurado algum da previdência é chamado a contribuir de modo adicional para cobrir este risco específico, por tal razão sua natureza jurídica pende muito mais para benefício assistencial e não previdenciário.

Ademais, fora a questão da discussão sobre natureza desse benefício se previdenciária ou assistencial, sublinhe-se o fato de que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com status de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República e no Brasil promulgada pelo Decreto n. 6.949/09 que no art. 1º, ostenta o propósito de: “[...] promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, garantindo, ainda, em seus artigos 5º, 1 e 28, 2, e tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária⁷. Assim, o Decreto n° 6.949/09 emana uma nova luz sobre a interpretação que deve ser conferida ao referido enunciado, pois a situação de invalidez, ocorrida após a aposentadoria programável, atribui ao indivíduo a condição de pessoa com deficiência. Inadmissível é, portanto, que a lei brasileira estabeleça situação de discriminação entre os próprios portadores de deficiência.

De igual modo, um melhor reparo ao art. 15, inciso I, da Lei 8213/91 se constata que o aposentado não deixa de permanecer sob o amparo da norma previdenciária. Isto porque, de acordo com tal dispositivo legal “Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício”.

Com essas considerações fixa o STJ (BRASIL, 2018) a seguinte tese: “Comprovadas

⁷ Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Artigo 5 Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.

[...] Artigo 28 Padrão de vida e proteção social adequados

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

[...] e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.”

Ocorre que a questão chega ao supremo. A decisão foi tomada do Recurso Extraordinário (RE) 1221446, cuja repercussão geral fora reconhecida gerando o Tema⁸ 1095 da relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Por maioria de votos, entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF) que é impossível a concessão e extensão do “auxílio-acompanhante”⁹ para todas as espécies de aposentadoria. Isto porque, segundo o colegiado, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), benefícios e vantagens previdenciárias só podem ser criados ou ampliados por lei.

Em seu voto, o relator ministro Dias Toffoli, afirma ser impossível a extensão do “auxílio-acompanhante” a todos os aposentados que necessitem de ajuda permanente para o desempenho de atividades básicas da vida diária. Afirma ainda, que a jurisprudência consolidada no Supremo, em diversos julgamentos, é de que o Poder Judiciário não pode criar ou ampliar benefícios previdenciários, porque, de acordo com a Constituição Federal, essa prestação social está sujeita à reserva legal.

A razão de decidir foi também fundamentada no equilíbrio financeiro e atuarial que tomou por base a regra de contrapartida¹⁰ a qual estabelece a necessidade de que a criação ou a extensão de benefícios seja precedida da indicação de uma previa fonte de custeio.

E como aqui também estamos tratando de segurança das decisões, decidiu o colegiado modular os efeitos da decisão, de forma a preservar os direitos dos segurados que tenham tido o benefício reconhecido por decisão transitada em julgado até aquela data do julgamento no Supremo. De igual modo, também fez parte da modulação o afastamento da necessidade de devolução dos valores recebidos, já que se tratava de verbas alimentares, irrepetíveis portanto.

4 CRIAÇÃO JUDICIAL DE “DIREITOS” E O CONFLITO DE INTERESSES – PONDERAÇÃO

Para Marco Túlio Cícero,¹¹ o Direito é a própria Justiça enquanto que para outros autores, é a segurança jurídica que é a razão do direito. E como os dois conceitos por

⁸ Tema 1095 - Constitucionalidade da extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, aos segurados do Regime Geral de Previdência Social que comprovarem a invalidez e a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria.

⁹ A tese de repercussão geral fixada: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar ou ampliar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão de extensão do auxílio da grande invalidez a todas às espécies de aposentadoria”.

¹⁰ Constituição Federal. (ART, 195 § 5º)

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

¹¹ Marco Túlio Cícero (107 a.C. - 43 a.C.) foi um importante filósofo, escritor, advogado e político romano. Foi considerado um dos maiores oradores da Roma antiga.

vezes se confundem e porque, não há dentro da Filosofia do Direito uma consonância sobre o que verdadeiramente seja a justiça, trataremos desta sob dois aspectos: o legal sendo este a Justiça em seu aspecto formal; e a Justiça essência, sendo esta a justiça material. E assim, tentaremos chegar aqui a ideia de segurança jurídica enquanto previsibilidade de decisões do judiciário e justiça como sendo a decisão correta, aceitável diante do contexto em que foi proferida.

E como na sistemática das decisões, o justo e o legal nem sempre estão em sintonia, frequentemente a coalizão dos direitos fundamentais serão consideradas confronto de princípios, e neste caso a solução dos conflitos passa a exigir ponderação. É neste sentido que Alexy (*apud* JÚDICE, 2007) em sua teoria procura dá respostas, defendendo que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, quando colidem é necessária uma solução ponderada em favor de apenas um deles.

Quando o conflito é entre as normas, uma exclui a outra, mas no choque de princípios um dos princípios apenas é afastado no momento da solução, não deixando portanto de existir. É neste cenário por exemplo que alguém estando inválido e necessitando de ajuda permanente de terceiros para sobreviver (princípio da dignidade da pessoa humana) requer um adicional no valor dos seus proventos para custear tal despesa, mas cuja previsão legal prevê tal benesse apenas para os aposentados por invalidez e nenhum outro mais, que mesmo estando aposentado de outro modo esta sujeito à mesma contingencia (princípio da isonomia e da reserva legal).

Ora, consta da nossa Constituição Federal que todos são iguais perante à lei sem qualquer tipo de distinção. Assim, no exemplo acima, a lei que ampara tão somente o aposentado por invalidez que necessite de cuidado de outrem, mas nas mesmas circunstancias exclui outro aposentado por idade, mas que de igual modo tornou-se também inválido, está flagrantemente violando o princípio constitucional da isonomia. E não é para dizer que o princípio da reserva legal e da respectiva fonte de custeio são mais importantes. Não há qualquer hierarquia ou pedestal de importância entre os princípios constitucionais. Até porque, a concessão do adicional independe de contribuição previdenciária direta por parte do segurado e, portanto, seu custeio é financiado por toda a sociedade e pelo poder público, logo absolutamente todos os aposentados devem ter direito. Desse modo, como bem diz Bittencourt (2018, p. 196) “Partindo do risco social envolvido e chegando ainda à interpretação da lei conforme a Constituição e o fim social a que se destina, percebe-se que o regramento infraconstitucional acabou restringindo um direito consagrado pela Carta Maior”.

Assim é que a ponderação e proporcionalidade devem serem utilizados como uma via capaz de impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem, contudo impor uma rigidez excessiva. Seria o caso de verificar, conforme diz (JUDICE, 2007, p. 4), as “consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão colocando-os numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto.”

Aliás, em matéria previdenciária, a questão de ponderação de princípios já foi anteriormente enfrentada pelo Supremo como na exclusão da renda *per capita* de um beneficiário da previdência ou assistência para que outro requerente do grupo familiar possa pleitear o Benefício de Prestação Continuada (BPC) como acima já dito. No julgamento RE 589963-PR o Supremo, naquela ocasião declarou a inconstitucionalidade

parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Nesse importante julgado, a Suprema Corte reconheceu a omissão parcial inconstitucional do aludido dispositivo legal, (BRASIL, 2013, p. 3) diante da “inexistência de justificativa plausível para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo”. Assim, no caso da extensão do adicional de vinte cinco por cento de a todos os aposentados inválidos, seria como bem salienta Savaris (2016, p. 739), “mutatis mutandis, o caso de dar aplicabilidade à mesma *ratio decidendi* daquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 589963-PR”.

Desse modo, a interpretação restritiva do art. 45 da Lei 8231/91 viola, de uma única vez vários princípios constitucionais e exemplo do princípio da vedação da proteção insuficiente de direito fundamental, além do princípio da isonomia. E de igual modo não viola o princípio da reserva legal (art. 195 § 5º da CF) já aos aposentados por invalidez é devido o adicional mesmo sem o prévio custeamento do acréscimo, de modo que a questão do prévio custeio, não sendo óbice à concessão do adicional aos aposentados por invalidez, também não o deve ser quanto aos demais aposentados, e neste caso Tratar igualmente casos semelhantes é tão imprescindível quanto saber diferenciar casos diversos

5 O ATIVISMO JUDICIAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

O Homem é essencialmente um ser inseguro, mas que busca a todo custo segurança, sua própria e do meio em que vive, como um fator essencial para o desenvolvimento. Neste sentido, boa é a lembrança de Von Ihering (2008) quando em A luta pelo Direito afirma que “O objetivo do Direito é a paz.”, e esta apenas pode ser atingida se o Direito garantir a segurança jurídica tanto para a sociedade como para os próprios indivíduos. A segurança jurídica é portanto, um direito fundamental do homem erigido constitucionalmente ao longo da história e conquistado somente após muitos embates travados, mas que uma vez conquistados não podem ser abolidos sob penas de violação do princípio da vedação ao retrocesso.

Já a ideia de Justiça pressupõe uma ligação direta com a lei e o seu cumprimento, sendo a justiça plasmada pela decisão que para ser justa, tem de ser antes de tudo correta, a qual para Habermas (2003 *apud* MENDES 2010) é aquela advinda de um procedimento racional de aplicação do ordenamento jurídico e que passe por um crivo de aceitabilidade racional.

Curioso é que o próprio ordenamento jurídico, para uma só questão oferece mais de uma solução juridicamente possível, o que se constata na frequente existência de decisões diferentes para casos idênticos. Assim, tudo vai depender do intérprete a partir do caso posto e de como aplicar a lei no momento da decisão.

No âmbito do direito previdenciário, a insegurança jurídica é imensa, visto que frequentemente não existe lei aplicável ao caso específico, ou as existentes são vagas o que gera as vezes para pessoas em casos absolutamente idênticos, decisões tão diferentes, como nos *Leading case* acima demonstrados.

Ora não prece razoável e lógico que em causas em que iguais princípios sejam violados, como nos exemplos aqui apontados da renda per capita do Benefício assistencial e da não extensão do adicional do auxílio acompanhante para todos os aposentados inválidos – ambos pautados no princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana – para um seja reconhecido o direito e para o outro não. Não há como garantir a segurança jurídica no âmbito social devido a imensa instabilidade gerada pela decisão que depende do humor do julgador e de como este subjetivamente interpreta certos conceitos válidos e justos e outros não.

6 CONCLUSÃO

Diante da premência de garantir a proteção dos direitos fundamentais, os quais deveriam ser resguardados pela observância de políticas públicas eficientes, o que se comprova é um judiciário, que pela omissão ou generalidade da lei acaba por criar direitos.

Inegável é o fato de que há uma força vinculante dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, e neste aspecto o juiz proativo surge como um garantidor da proteção jurídica assegurada pelo Estado à efetiva realização dos direitos sobretudo os que promovam a dignidade da pessoa humana.

Frente as demandas sociais relacionadas à questão previdenciária devem-se observar o conjunto dos preceitos constitucionais relativos à proteção social, e não um preceito isolado, de modo a que diante da coalização de princípio constitucionais, a questão possa ser solucionada mediante o uso da ponderação.

Conforme analisado nos casos específicos – do critério da renda per capita para o benefício assistencial e da interpretação restritiva referente ao adicional do auxílio acompanhante para todos os aposentados inválidos– o que comprovamos foi que, apesar de em ambos os casos os princípios constitucionais envolvidos serem exatamente os mesmos, o resultado das duas decisões foram bem diferentes. O entendimento do Supremo em caso previdenciários, frequentemente fundamenta-se no caráter político e econômico das decisões, e embora nas instâncias inferiores o direito seja reconhecido, firmada a tese na suprema corte em sentido contrário, as decisões em cumprimentos são anuladas, o que provoca uma imensa insegurança jurídica.

REFERENCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social: Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência**. 2. ed. rev., atual. e ampl., Curitiba: Alteridade, 2018.

BRASIL. **Lei federal 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 10 jun. 2021.

BRASIL. **Lei federal 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em https://cmas.jundiai.sp.gov.br/wp-content/uploads/2014/05/Lei-Federal_08742_Loas_consolidada.pdf. Acesso em 10.jun.2021

BRASIL. **Lei federal 10.741, de 1 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 567.985 Mato Grosso**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília. 18 de março 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447> Acesso em: 01 ago. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 580.963 Paraná**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasileira. 18 de abril 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062> Acesso em: 01 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.720.805 – Rj**. Relatora Ministra. Regina Helena Costa. Brasileira. 12 dez. 2018. Disponível em: ITA (stj.jus.br). <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=178>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico, São Paulo: Saraiva, 2006.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969). Ratificação: 25.09.1992; Promulgação no Brasil: Decreto 678, de 06.11.1992. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>Acesso em: 10 jul. 2021.

CONVENÇÃO Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. **Promulgada no Brasil: Decreto 6.949, de 25,08,2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 01 jun.2021

JÚDICE. Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras.

Revista Consultor Jurídico, 02 mar. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras. Acesso em: 20 jun.2021

KENSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional**. Brasília, 2010. 130f. Dissertação (Mestrado)- Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/84>. Acesso em: 25 maio 2021.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. O ativismo judicial na seguridade social brasileira: a violação dos princípios constitucionais e a inobservância das escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo. **Católica Law Review**, v. 3, n. 1, p. 159-182, 1 jan. 2019. Disponível em: <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/9113>. Acesso em: 30 mai. 2021

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 6. ed. rev., atual. e ampl., Curitiba: Alteridade, 2016,

SAVARIS, José Antônio. judicialização de políticas públicas e o ajustamento das normas processuais civis às demandas individuais de seguridade social. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1168-1184, set./dez. 2019. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Est-Institu_v.5_n.3.pdf. Acesso em: 27 jun.2021.

SCHLICKMANN, Rafaela Borgo Koch; SCHLICKMANN, Flávio. A Efetividade das políticas públicas e ativismo judicial. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador, v. 7, n. 2, p. 139-150, jul./dez., 2018. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1764>. Acesso em: 16 jun. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572301/mod_resource/content/0/Ativismo%20-%20Elival%20-%20pags%20138-225.pdf. Acesso em: 01 jul. 2023.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da Segurança Jurídica. **Revista doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 14, setembro de 2006. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Humberto_Junior.htm. Acesso em: 12 ago. 2021.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo Direito**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

Data de submissão: 13 maio 2023. Data de aprovação: 13 jun. 2023.

A MIGRAÇÃO PARA A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E O DIREITO À ÚLTIMA REMUNERAÇÃO E A PARIDADE

Bruno Sá Freire Martins¹

Resumo

A instituição de previdência complementar no âmbito dos Entes Federados que possuem Regimes Próprios tornou-se obrigatória com a Emenda Constitucional n.º 103/19 e implica na aplicação do limite máximo do salário de benefício do INSS em sede de Regime Próprio, o que alcança também aqueles que optaram por migrar para esse novo regime, não podendo, contudo, afastar a aplicação das regras de concessão de aposentadoria muito menos o direito à última remuneração e paridade daqueles que puderem se inativar por normas que ainda permitem essas benesses.

Palavras-chave: Previdência complementar; Migração; Proventos; Integralidade; Paridade.

MIGRATION TO SUPPLEMENTARY PENSION AND THE RIGHT TO LAST REMUNERATION AND PARITY

Abstract

The institution of supplementary pension within the scope of the Federated Entities that have Own Regimes became mandatory with Constitutional Amendment n.º 103/19 and implies the application of the maximum limit of the INSS benefit salary in the Own Regime, the which also reaches those who opted to migrate to this new regime, not being able, however, to remove the application of the rules for granting retirement much less the right to the last remuneration and parity of those who can be inactivated by rules that still allow these benefits.

Keywords: Complementary pension pension; Migration; Earnings; Integrality; Parity.

1 INTRODUÇÃO

A reforma da previdência promovida por intermédio da Emenda Constitucional n.º 20/98 facultou aos Entes Federados a instituição de regimes de previdência complementar para os filiados a seus Regimes Próprios de Previdência Social, posteriormente, essa faculdade foi transformada em obrigação com prazo de 2 (dois) anos para seu cumprimento.

Tendo como uma das principais consequências, para os segurados desse Regime, o fato de que a partir da instituição de previdência complementar os proventos de aposentadoria e de pensão daqueles, cujo ingresso venha a se dar após a dita instituição ou daqueles que, mesmo tendo ingressado antes desta, vierem a migrar para o novo regime, estarão limitados ao popularmente conhecido “teto do INSS”.

Ocorre que essa limitação aliada a possibilidade de migração fez com que surgisse dúvida no sentido de que haveria também a modificação das regras de concessão do

¹ Especialista em Direito Público e Direito Previdenciário.

benefício, do cálculo e do reajuste dos proventos.

Gerando a controvérsia acerca do real alcance da aplicação do limite máximo do salário de benefício do INSS em sede de Regime Próprio e seus possíveis efeitos sobre a metodologia de cálculo e de reajuste dos proventos para aqueles que optarem por migrar para o novo regime.

Sendo este o objeto do presente ensaio.

2 A INSTITUIÇÃO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A instituição de previdência complementar encontra-se regulada na Carta Magna nos §§ 14 a 16 do artigo 40, sendo que, mais especificamente o § 14, até o advento da reforma de 2.019, outorgava aos Entes Federados a faculdade de criar regimes complementares para os segurados de seus Regimes Próprios.

Situação que foi alterada com o advento da Emenda Constitucional n.º 103/19, no sentido de impor a estes o dever de criar regime complementar para os segurados dos Regimes Próprios, fixando, ainda, o prazo de 2 (dois) anos para tanto, como consta do § 6º de seu artigo 9º.

Daí Leal *et al* (2019, p. 42) afirmarem:

Nota-se que a redação anterior do dispositivo atribuía aos entes federativos a faculdade de instituir o regime de previdência complementar para servidores titulares de cargos efetivos, sendo essa uma condição colocada para que fossem os benefícios de aposentadoria e pensão dos respectivos regimes próprios limitados ao teto do Regime Geral de Previdência Social. A redação anterior utilizava-se da expressão “poderão” quando tratava da limitação do valor dos benefícios ao teto do Regime Geral de Previdência Social, impondo a condição, caso o ente federativo utilizasse tal faculdade, de criação do regime complementar.

Agora, o Constituinte Reformador optou pela expressão “instituirão” ao dispor sobre a criação do regime de previdência complementar, indicando que não se trata de faculdade dos entes federativos, mas de dever constitucional. A limitação das aposentadorias e pensões ao teto do Regime Geral de Previdência Social foi colocada como uma consequência da instituição, obrigatória, repita-se, do regime de previdência complementar.

Instituição essa que é dividida em duas etapas, consistindo a primeira na edição da Lei reguladora do Regime de Previdência Complementar, o que por si só, não permite que se considere instituído o novo Regime.

Isso porque, como o principal intento da instituição de previdência complementar nos Entes Federados que possuem Regime Próprio é a aplicação obrigatória do limite máximo do salário de benefício do INSS aos proventos dos servidores públicos, é preciso que seja proporcionado a estes segurados que possam alcançar valores próximos, iguais e até mesmo maiores do que recebiam quando estavam na ativa.

Ou seja, faz-se necessário que, principalmente naqueles casos onde a remuneração

do servidor supera o teto do INSS, seja concedido a ele a possibilidade de contribuir, ainda que com um sistema complementar que lhe proporcione uma dessas situações.

O que só é possível a partir do momento em que é ofertada ao segurado a adesão a um plano de benefícios gerido por uma Entidade de Previdência Complementar.

Razão pela qual o Ministério do Trabalho e Emprego, ao editar a Portaria n.º 1.467/22 estabeleceu que:

Art. 158. Os entes federativos deverão instituir, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, Regime de Previdência Complementar - RPC para os servidores públicos ocupantes de cargo efetivo e filiados ao RPPS.

§ 1º O RPC terá vigência a partir da autorização do convênio de adesão ao plano de benefício da entidade de previdência complementar pelo órgão fiscalizador de que trata a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001.

§ 1º-A Para os fins do § 1º, considera-se ocorrida a autorização do convênio de adesão:

I - na data de emissão do protocolo de instrução de requerimento pelo órgão fiscalizador, quando se tratar de licenciamento automático; ou

II - na data de publicação do ato de autorização, nos demais casos.

Portanto, a instituição da previdência complementar só estará concretizada a partir do momento em que o seu plano de benefícios estiver à disposição dos servidores.

E, conseqüentemente, a partir deste instante sujeitará obrigatoriamente aos regramentos advindos desta apenas àqueles cujo ingresso se der a partir de um dos momentos considerados pela Portaria, em questão, como de vigência do Regime de Previdência Complementar.

Sendo de fundamental importância destacar aqui que o Regime de Previdência Complementar, mesmo após a sua instituição se constitui em sistema previdenciário autônomo, não proporcionando qualquer vinculação dos Regimes Próprios ou de seus filiados.

Salvo, é claro, a questão que envolve a aplicação do limite máximo do salário de benefício do INSS nos proventos dos segurados do Regime Próprio para aqueles que ingressarem no serviço público após a instituição do regime complementar ou para aqueles que mesmo tendo ingressado antes fizerem a opção prevista no § 16 do artigo 40 da Constituição Federal.

Daí Barroso afirmar que como se vê, não se trata de um regime que visa substituir o RPPS; este continua existindo para as unidades federadas que adotarem o teto de benefício do RGPS (CAMPOS, 2013).

3 A MIGRAÇÃO

Mais especificamente para os segurados dos Regimes Próprios cujo ingresso tenha se dado em período anterior à instituição da previdência complementar, a aplicação das regras alusivas à nova sistemática pressupõe a manifestação expressa destes nesse

sentido, como consta do § 16 do artigo 40 da Carta Magna.

Segundo Martins (2018) no caso daqueles que ingressaram no serviço público, em cargo efetivo, antes da vigência da previdência complementar a aplicação do limite máximo do salário de benefício fixado para o Regime Geral só tem aplicabilidade quando o servidor optar expressamente pela filiação ao sistema complementar.

Hipótese que vem sendo popularmente denominada migração.

4 EFEITOS DA MIGRAÇÃO NAS REGRAS DE APOSENTADORIA

E ao se analisar a redação dos §§ 14 a 16 do artigo 40 da Carta Magna *in verbis*:

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto no § 16.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, observará o disposto no art. 202 e será efetivado por intermédio de entidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar.

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos § 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

É possível afirmar que a instituição da previdência complementar em sede de Entes Federados que possuem Regimes Próprios não provoca nenhuma alteração nas regras de aposentadoria a serem observadas na concessão do benefício em favor de seus filiados que tenham optado pela migração.

Uma vez que, como se depreende das regras constitucionais em questão, há determinação expressa no sentido de que a opção pela aplicação do disposto nos §§ 14 e 15 se limita a sujeição ao teto do INSS (§ 14) e a possibilidade de adesão ao plano de benefícios oferecido pela entidade complementar (§ 15).

Plano este que não pode ser confundido com as regras de aposentadoria estabelecidas pelo respectivo Regime Próprio, à medida que estas tem previsão, no caso da União e daqueles regimes onde não houve reforma, na Constituição Federal.

Enquanto que, nas hipóteses de Entes Federados que tenham realizado reforma previdenciária local, estarão previstas na norma estadual ou municipal.

Fundando-se, conseqüentemente, em um arcabouço legal que pode, inclusive, ser denominado como um regime jurídico previdenciário.

Não fazendo, parte, portanto, dos regramentos que norteiam a concessão dos benefícios em sede de previdência complementar, uma vez que no Regime Próprio este tem fundamento em um ato administrativo da entidade gestora e enquanto que naquela

esta se funda em uma relação contratual.

Assim sendo, os segurados dos Regimes Próprios, mesmo tendo feito a migração, continuam a poder se aposentar por regras que lhe autorizam a concessão de proventos com última remuneração do cargo efetivo e paridade previstas no artigo 6º da Emenda Constitucional n.º 41/03, no artigo 3º da Emenda Constitucional n.º 47/05, na Emenda Constitucional n.º 70/12.

Bem como, no caso do servidor federal, que ainda poderá se inativar com base nas regras previstas nos artigos 4º e 20 da Emenda Constitucional n.º 103/19 e, para os Ente Federado que fizeram sua reforma previdenciária, pelas regras locais que assim o estabeleçam.

Pois como afirmam categoricamente Nóbrega e Benedito (2021) o RPC tem por finalidade proporcionar ao segurado proteção previdenciária adicional à oferecida pelo RGPS ou pelo RPPS, estes dois últimos regimes, consoante já visto, pertencentes à previdência pública, para a qual as contribuições dos trabalhadores e servidores públicos são obrigatórias.

5 OS CÁLCULOS E O REAJUSTE DE PROVENTOS

Na mesma esteira, pode-se dizer, caminham as regras de cálculo e reajuste dos proventos concedidos pelos Regimes Próprios uma vez que também são reguladas nos próprios artigos que disciplinam as aposentadorias.

Tanto que no caso dos artigos 6º da Emenda Constitucional n.º 41/03, 3º da Emenda Constitucional n.º 47/05, 6º-A da Emenda Constitucional n.º 41/03, nela introduzido pela na Emenda Constitucional n.º 70/12, o texto é categórico ao afirmar que os proventos das aposentadorias concedidas com fundamento nestes artigos corresponderão à última remuneração e serão reajustados pela regra da paridade.

O que, alcança também a reforma de 2.019, com relação aos servidores federais como se vê dos §§ 6º e 7º do artigo 4º e §§ 2º e 3º do artigo 20 ambos da Emenda Constitucional n.º 103/19.

Razão pela qual a tentativa de separá-los, mediante a aplicação da regra de concessão estabelecida por tais artigos com a metodologia de cálculo e de reajuste estabelecidas para as novas regras gerais de aposentadoria caracteriza regime híbrido que é vedado pela Corte Suprema.

Nesse sentido:

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. EXCLUSÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA RECONHECIDA POR DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. URP/1989. 26,05%. IPC/1987. 20%. PLANOS ECONÔMICOS. REBUS SIC STANTIBUS. ALTERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E JURÍDICOS QUE DERAM SUPORTE AO DECISUM JUDICIAL DEFINITIVO. REESTRUTURAÇÃO NA CARREIRA DO SERVIDOR. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A garantia fundamental da coisa

julgada (CRFB/88, art. 5º, XXXVI) não resta violada nas hipóteses em que ocorrem modificações no contexto fático-jurídico em que produzida, como as inúmeras leis que fixam novos regimes jurídicos de remuneração. Precedentes: MS 31.642, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23/9/2014; MS 27.580-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 7/10/2013; MS 26.980-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 8/5/2014. 2. As vantagens remuneratórias pagas aos servidores inserem-se no âmbito de uma relação jurídica continuativa, e, assim, a sentença referente a esta relação produz seus efeitos enquanto subsistir a situação fática e jurídica que lhe deu causa. A modificação da estrutura remuneratória ou a criação de parcelas posteriormente à sentença são fatos novos, não abrangidos pelos eventuais provimentos judiciais anteriores. 3. O ato de aposentadoria de agentes públicos é complexo e somente se aperfeiçoa após o seu registro junto ao Tribunal de Contas da União. A partir desse momento é que começa a correr o prazo decadencial estabelecido pelo art. 54 da Lei 9.784/1999. Precedentes: MS 27.722 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 22/06/2016; MS 27.628 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 06/11/2015; MS 28.604 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 21/02/2013; MS 25.697, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 12/03/2010. 4. In casu, o ato impugnado está alinhado a reiterados entendimentos do Plenário desta Corte, no sentido de que **(i) não há direito adquirido a regime jurídico, não sendo possível a criação de um sistema híbrido, com a junção de vantagens de dois regimes – RE 587.371 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, DJe 24/06/2014**, (ii) a irredutibilidade da remuneração do agente público, nas hipóteses de alteração por lei do regime anterior, alcança somente a soma total antes recebida – RE 563.965 RG, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 20/03/2009 e (iii) “a sentença que reconhece ao trabalhador ou servidor o direito a determinado percentual de acréscimo remuneratório deixa de ter eficácia a partir da superveniente incorporação definitiva do referido percentual” – RE 596.663 RG, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, DJe 26/11/2014. 5. Agravo interno a que se NEGA PROVIMENTO. (MS 35483 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 15/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVENTUÁRIOS DE OFÍCIOS EXTRAJUDICIAIS. APOSENTADORIA. SISTEMA HÍBRIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal assentou a impossibilidade de, uma vez afastada a aplicação da aposentadoria compulsória a serventuário, reconhecer-se direito a benefícios do regime próprio dos servidores públicos. Precedentes. 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015. (RE 1235354

AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-277 DIVULG 12-12-2019 PUBLIC 13-12-2019)

6 EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL

Motivo pelo qual, não se pode confundir o mandamento constitucional que impõe a aplicação do limite remuneratório do INSS para os segurados do Regime Próprio, com a aplicação das regras de concessão da aposentadoria e de cálculo dos respectivos proventos.

Primeiro porque, em nenhum momento a redação dos §§ 14 a 16 do artigo 40 da Constituição Federal trouxe previsão nesse sentido, tendo, como já dito, limitado-se a prever que no caso de opção seria observado o limite do INSS.

O que, pode-se dizer, guarda identidade com o regramento contido no inciso IX do artigo 37, norma que regula a aplicação do limite remuneratório do serviço público também aos proventos de aposentadoria.

E que ao ser alterado pela Emenda Constitucional n.º 41/03 não impôs a sujeição daqueles que haviam ingressado no serviço público antes da mesma a nova metodologia de cálculo de proventos instituídas pela mesma reforma.

Pelo contrário, a dita modificação constitucional trouxe sim novas regras de aposentadoria para os ingressantes no sistema anterior, onde restou assegurada a mesma metodologia de cálculo, como se vê, por exemplo, de seu artigo 6º anteriormente citado.

Estando estes apenas sujeitos ao limite remuneratório do serviço público.

Segundo, porque a interpretação constitucional, como salienta Fernandes (2016), ao destacar os ensinamentos de Konrad Hesse, apoia-se na concordância prática (harmonização) que defende a inexistência de prevalência de um bem constitucional sobre outro, de modo que, quando identificado um suposto conflito (corretamente: tensão) ou concorrência entre ambos, devem receber uma leitura compatível, que garanta a realidade.

E, por último, pelo fato de que o próprio Constituinte reformador, demonstrou não ser essa a melhor interpretação para o dispositivo a partir do momento em que manteve a possibilidade de aposentadoria com base na última remuneração do cargo efetivo e paridade para os segurados do Regime Próprio da União que ingressaram em cargo efetivo antes de 31/12/2003 (artigos 4º e 20).

Como se vê dos §§ 6º e 7º do artigo 4º e §§ 2º e 3º do artigo 20 ambos da Emenda Constitucional n.º 103/19 que, em momento algum, alteram a regra de cálculo dos proventos ou mesmo afastam a aplicação da paridade em decorrência da adesão ao regime complementar.

Limitando-se, apenas, no caso específico do § 2º do artigo 20 ambos da Emenda Constitucional n.º 103/19, a afirmar que a última remuneração do cargo efetivo deve observar o disposto no § 16 do artigo 40 da Constituição Federal, ou seja, não pode ser superior ao limite máximo do salário de benefício do INSS.

De forma que a interpretação no sentido de que a migração para o regime complementar enseja o afastamento do direito às regras de aposentadoria e/ou de

cálculo de proventos anteriores, implica em ofensa direta ao princípio da igualdade.

À medida que ensejaria a aplicação de regramentos diversos para servidores que se encontram na mesma condição, já que ambos teriam ingressado antes da instituição da previdência complementar e teriam feito a migração.

Sendo que para aqueles que o fizeram antes da Emenda Constitucional n.º 103/19 acarretaria a perda do direito aos proventos correspondentes à última remuneração e à paridade, enquanto que para aqueles que migraram após o advento da dita reforma não haveria essa implicação.

E, nesse aspecto, é preciso salientar que, como ensina Moraes (2017, p. 48):

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas.

Não se admitindo, portanto, que as normas introduzidas por Emendas Constitucionais venham a violar a igualdade constitucional que, na condição de direito fundamental, integra as chamadas cláusulas pétreas que, podem ensejar, inclusive, a ocorrência de inconstitucionalidade de normas introduzidas na Carta Magna por emendas.

O que foi destacado pela Corte Suprema por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 466, senão vejamos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) - INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO - NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. - O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos "in fieri", ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamen-

te relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. - A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. **As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.** (ADI 466 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/1991, DJ 10-05-1991 PP-05929 EMENT VOL-01619-01 PP-00055)

7 CONCLUSÃO

Assim, é possível concluir que a migração para o regime de previdência complementar não afasta o direito às regras de aposentadoria anteriores à sua instituição e muito menos aos proventos correspondentes à última remuneração do cargo efetivo e reajustados com base na paridade, impondo, apenas, a observância do teto do INSS no valor que vier a ser recebido pelo servidor junto a seu Regime Próprio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: JUSPODIVM, 2016.

LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo; MAIA, Maurício; KAUAM, Miguel Cabrera. **Reforma previdenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, Bruno Sá Freire. **Direito constitucional previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. Atlas, 2017.

NÓBREGA, Tatiana de Lima; BENEDITO, Maurício Roberto de Souza. **O regime previdenciário do servidor público**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

Data de submissão: 09 maio 2023. Data de aprovação: 16 jul. 2023.

O RECONHECIMENTO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS DO TRABALHO RURAL DO MENOR DE 12 ANOS

Jaqueline Rodrigues de Oliveira¹

Resumo

Ao buscar o entendimento da possibilidade do cômputo do trabalho anterior aos 12 anos de idade para fins previdenciários, surgiu o seguinte problema de pesquisa: É juridicamente aceitável o cômputo do tempo de trabalho rural do menor de 12 anos de idade para fins previdenciários? Assim, percebeu-se que o trabalho infantil no meio rural é uma realidade no Brasil, fazendo com que este artigo analise a o entendimento da criança no trabalho rural, através de estudos metodológicos e jurisprudências pertinentes ao computo do trabalho anterior aos 12 anos de idade para fins previdenciários, trazendo entendimentos da lei previdenciária e o segurado rural, atentando-se para a agricultura familiar e o trabalho rural. No entanto, pelo fato de essas crianças estarem continuamente em meio de produtos químicos, como agrotóxicos, ferramentas de corte e máquinas perigosas, o trabalho infantil rural está presente na lista dentre as 100 piores formas de trabalho infantil no país, de acordo com o governo brasileiro e a OIT. Assim, evidente que o reconhecimento do período laborado no meio rural e o cômputo para fins previdenciários são garantias do direito aos benefícios e de uma aposentadoria adequada, como foi juridicamente comprovado neste artigo.

Palavras-chave: Trabalho Infantil Rural; Criança e Adolescente; Direitos; Previdência Social; Agricultura Familiar.

RECOGNITION FOR SOCIAL SECURITY PURPOSES OF RURAL WORK BY CHILDREN UNDER 12 YEARS OLD

Abstract

When seeking to understand the possibility of calculating work prior to the age of 12 for social security purposes, the following research problem arose: Is it legally acceptable to calculate the rural work time of children under 12 years of age for social security purposes? Thus, it was noticed that child labor in rural areas is a reality in Brazil, making this article analyze the understanding of children in rural work, through methodological studies and pertinent jurisprudence to the calculation of work prior to 12 years of age to social security purposes, bringing understandings of the social security law and the rural insured, paying attention to family farming and rural work. However, because these children are continually exposed to chemical products, such as pesticides, cutting tools and dangerous machines, rural child labor is included in the list of the 100 worst forms of child labor in the country, according to the government. Brazilian and the ILO. Thus, it is evident that the recognition of the period worked in rural areas and the calculation for social security purposes are guarantees of the right to benefits and an adequate retirement, as has been legally proven in this article.

Keywords: Child Labor; Child and Teenager; Rights; Social Security; Family Farming.

¹ Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul-UCS, Pós-graduada em direito previdenciário pela Academia Jurídica de São Paulo, Bacharel em direito pela Faculdade da Serra Gaúcha-FSG.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, ao longo das décadas, por volta do século XX e início do século XXI, encontrava-se a presença de crianças e adolescentes exercendo atividades agrícolas para auxiliar no sustento da família no meio rural. Essa forma de trabalho não era uma escolha e sim um princípio ético e moral, passado ao longo de gerações.

Essas crianças auxiliavam no plantio e colheita, nos serviços domésticos e muitas outras atividades que surgiam na rotina diária agrícola. Com o passar do tempo, muitas instituições nacionais e internacionais passaram a atentar-se com o trabalho infantil voltado à exploração, violência e a evasão escolar referente à época.

Todavia, deixaram de se atentar ao ponto previdenciário no assunto em questão. Por esse motivo, atualmente, aqueles que trabalharam na sua infância hoje buscam um benefício previdenciário, querendo a averbação do período em que laboraram no meio rural para computo de fins previdenciários.

Dessa maneira, o presente artigo busca analisar as perspectivas da infância e do trabalho da criança vigentes na legislação brasileira, comparando com a realidade da agricultura em regime de economia familiar. Nos termos metodológicos, o estudo combina levantamentos bibliográficos e dispositivos legais jurisprudenciais relacionados ao tema de pesquisa pertinente ao trabalho infantil antes dos 12 anos de idade e o computo para fins previdenciários, tendo como foco a seguinte pergunta: É juridicamente aceitável o cômputo do tempo de trabalho rural do menor de 12 anos de idade para fins previdenciários? .

Ademais, diante do fato de o trabalho da criança no meio rural ser considerado trabalho infantil, portanto, legalmente proibido, esta pesquisa visou ter o cuidado ético para preservar o direito daquelas crianças e adolescentes que laboraram até a publicação da lei 8.213/1991, e assim sendo, não incentivar o trabalho infantil rural.

2 A LEI PREVIDENCIÁRIA E A ATIVIDADE RURAL

Na Inglaterra, Beveridge previu uma ação estatal concreta, com o intuito de garantir o bem-estar social, fazendo com que o Estado se responsabilizasse pelo seguro social na área de saúde e assistência social. O plano de Beveridge foi criado por uma Comissão Interministerial de Seguro Social, tendo como objetivo principal reestabelecer um plano pós-guerra. Este foi um marco na evolução securitária pelo fato de se tratar de um estudo detalhado do seguro social, sendo também muito questionada a proteção, não só dos empregados, mas também aqueles que estão sujeitos aos riscos sociais (IBRAHIM, 2010).

Já o Chanceler Otto Von Bismarck criou, em 1883, um projeto que visava que a proteção social conferida pelo Estado trouxesse a garantia da lei do seguro social. Este projeto previa, inicialmente, apenas a garantia do seguro-doença, porém, acabou evoluindo, abrangendo também o seguro contra acidente de trabalho, invalidez e velhice. Para isso, os referidos seguros tinham um financiamento tripartido, através de prestações do empregado, do empregador e do Estado (IBRAHIM, 2010).

No Brasil, o sistema de proteção social avançou de maneira muito semelhante ao plano internacional, sendo, no primeiro momento, de forma privada (aposentadoria

particular, ou seja, que não possui nenhuma ligação com aquela que é fornecida pelo governo com o INSS) e voluntária (uma das espécies de vacância do cargo público que encerra o vínculo administrativo do servidor público efetivo e inicia o seu vínculo previdenciário com o RPPS) (ALENCAR, 2007).

Posteriormente, o sistema se modificou para a formação dos primeiros planos mutualistas e, posteriormente, para a intervenção cada vez maior do Estado. Em seguida, através do Decreto nº 4.682/1923, surgiu a Lei Eloy Chaves, que foi um marco na evolução da Seguridade Social no Brasil ao criar as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários, trazendo consigo a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte para dependentes e segurados (ALENCAR, 2007).

Dessa maneira, a Previdência Social foi assumida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), criado pela Lei nº 8.029/1990 (BRASIL, 1990), e o atendimento médico hospitalar passou a ser realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que foi gerado pela Lei nº 8.080/1990. A Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS) de 1984 teve seu conteúdo revogado pela Lei nº 8.213 (BRASIL, 1991a), que dispôs sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e pela Lei nº 8.212 (BRASIL, 1991b), que instituiu o Plano de Custeio, vigentes até hoje (IBRAHIM, 2010).

No entanto, observa-se cada vez mais a presença do direito previdenciário na regulamentação do INSS, que se torna responsável pela manutenção da previdência social pública do Brasil. Todos aqueles que contribuem mensalmente ao INSS são chamados de Segurados da Previdência Social e gozam de direitos e benefícios oferecidos pela previdência social (CASTRO; LAZZARI, 2016).

Com efeito, Jane Lucia Wilhelm Berwanger diz:

Por certo que a Constituição Federal deve ser o norte de toda legislação, inclusive a previdenciária e, assim, os trabalhadores rurais foram incluídos como segurados do sistema de Previdência Social, e não são mais beneficiários de programas assistenciais (BERWANGER, 2008, p. 103).

Nesse sentido, com a inclusão da seguridade social na CF/88, o ordenamento jurídico implementou novas leis previdenciárias, tais como a lei 8.213/1991, que trata sobre o benefício garantido aos segurados da previdência e a lei 8.212/1991, que versa sobre os custeios previdenciários. As contribuições feitas para a previdência social são algumas das espécies de contribuições para a seguridade social e que possui natureza tributária na forma do art. 195, I, “a” e inc. II c/c art. 149 da CF/88 (BRASIL, 1988).

A Previdência social subdivide seus segurados em: especiais, facultativos e contribuintes individuais e obrigatórios. No ponto, destaca-se o segurado especial como aquela pessoa que desenvolve atividade urbana ou rural, remunerada ou não (muitas vezes, no caso dos segurados especiais rurais, suas atividades são desenvolvidas para o seu próprio sustento), ou aqueles que laboraram em período anterior ao chamado “período de graça” (BRASIL, 1999).

O Projeto de Lei 268/22 traz a permissão para que o trabalhador rural comprove a condição de segurado especial da Previdência Social e o exercício de atividade no campo, por exemplo, através de declaração fundamentada de sindicato e rol de

testemunhas. Esse projeto de lei traz em sua redação a garantia do mesmo direito ao pescador artesanal com declaração de sindicato ou colônia, homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) (CAMARA DE DEPUTADOS, 2022).

2.1 O SEGURADO ESPECIAL RURAL

O conceito de segurado especial em suma leva uma complexidade, ao ser um assunto polêmico na via administrativa e também no judiciário. Com efeito, especialmente, de o segurado especial possuir características diferenciadoras dos demais segurados, como por exemplo, possuir acesso ao benefício previdenciário, mesmo sem ter contribuído de forma direta (BERWANGER, 2010).

Jane Lucia Wilhelm Berwanger nos traz o seguinte entendimento:

Para chegarmos ao conceito de segurado especial, é preciso buscar definições em outras áreas, em especial na agrária, pois a Constituição e a lei referem-se principalmente ao rurícola. É necessário aprofundar o que é regime de economia familiar, o que é subsistência (do ponto de vista da agricultura), o que é agricultura familiar, dentre outros conceitos, para compreender a dinâmica da atividade rural e a sua transformação em norma previdenciária (BERWANGER, 2013, p. 24).

Tendo em vista que os donos de terra ou até mesmo trabalhadores do meio rural gozam dos direitos e benefícios de segurado especial, o preceito legal inicial referente ao segurado especial passou por diversas alterações. Nesse sentido, a lei nº 8.212/91 foi alterada pela Lei 11.178 (BRASIL, 2008), bem como pela Lei. 12.873/13 (medida provisória 619 convertida em Lei) (BRASIL, 2013). Dessa maneira, conforme Kertzman:

O enquadramento previdenciário dos trabalhadores rurais foi significativamente alterado pela Lei 11.718, de 20/06/08". Antes desta Lei, o segurado especial não podia contar com o auxílio de empregados, mesmo que contratados apenas para o período da safra. Era permitido apenas o auxílio eventual de terceiros, entendido este como o regime de mútua colaboração, não remunerado. Observe-se que o texto constitucional não prevê tal vedação, vez que proíbe apenas a contratação de empregados permanentes (KERTZMAN, 2015, p. 116).

O segurado especial necessita garantir a sua sobrevivência através da própria produção rural e tal produção não pode ter destino específico econômico e/outurismo. Deve ser então, aquele trabalhador rural que vem a exercer atividades laborais de modo individual ou em regime de economia familiar, tendo o seu sustento e o de sua própria família através do seu esforço na sua área rural (campo) (CASTRO; LAZZARI, 2016).

No entanto, desde muito cedo, com o intuito de obter ajuda no serviço braçal, crianças e adolescente viam-se deslocados de suas atividades próprias da idade para se aventurarem nas atividades laborativas da família, porém atualmente esse período é pouco considerado. Conforme ressalta Jane Lucia Wilhelm Berwanger, ainda há diferença

entre trabalhadores urbanos e rurais, pois “nem todas as contingências cobertas na área urbana são também acessíveis aos camponeses e o valor dos benefícios não tem obedecido ao mesmo parâmetro.” (BERWANGER, 2008, p. 156).

2.2 A AGRICULTURA FAMILIAR

O termo “agricultura familiar” requer que o plantio e a produção sejam realizados por mais de um integrante da família, combinando as atividades de produção, do trabalho braçal e a administração do meio rural e plantio, representando de certa forma a gestão da propriedade rural feito por pessoas que mantêm laços de sangue ou de matrimônio. Porém, o mais importante é que os três atributos básicos aqui apresentados (gestão, propriedade e trabalho familiar) estejam sempre presentes (ABRAMOVAY, 1997).

O regime de economia familiar traz a agricultura familiar como foco no meio de trabalho. Desde muito pequenos, todos aqueles que compõem o grupo familiar começam a exercer atividades laborativas no campo, plantam, colhe, capinam, entre tantas outras atividades desenvolvidas no meio rural. Independentemente da idade da pessoa, ela já começa a exercer funções para ajudar no sustento de sua família, tendo esse regime muito buscado no INSS para garantir seus direitos, principalmente o auxílio doença, caso venham a se acidentar ou adoecer (ALVES, 2020).

O art. 12, §1º da Lei nº 8.212 (BRASIL, 1991b) conceituava o regime de economia familiar da seguinte forma:

Art. 12. §1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados. (BRASIL, 1991b).

Em conformidade com esse antigo conceito, ‘subsistência’ representava o núcleo fundamental. Contudo, Jane Lucia Berwanger, nos traz o conceito de que subsistência é um elemento vago, ao de ponto de vista normativo, não teria a possibilidade de uma forma ou método de aplicação quantificar a real necessidade de subsistência de cada família (BERWANGER, 2013).

Na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 198, §8º encontramos a definição e as espécies de segurado especial em regime de economia familiar e sua forma de contribuição:

Art. 195. [...] 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em **regime de economia familiar**, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei (BRASIL, 1988).

No cenário atual, a realidade da agricultura familiar brasileira é o resultado de um longo processo histórico que teve início na colonização e obteve como forte influência

os acontecimentos políticos, econômicos e sociais ocorridos nas últimas décadas. Sobre isso, Lamarche afirma que:

[...] evidentemente a exploração familiar tem passado por profundas transformações nestas últimas décadas, todavia foi bastante afetada pelo caráter 'conservador' da modernização agrícola: discriminatório, parcial e incompleto (LAMARCHE, 1997, p.184).

Consequentemente, o que é realmente importante, em concordância com as palavras de Hoffmann, é que "o reconhecimento da importância da agricultura familiar no Brasil não precisa de dados fictícios". Sendo assim, as famílias que trabalham junto no campo não devem ser contabilizadas e comparadas, mas sim, apoiadas e reconhecidas (HOFFMANN, 2014, p. 420).

Diante do exposto, percebemos que é inquestionável a importância da agricultura familiar no processo de desenvolvimento rural, principalmente diante do potencial da agricultura na sociedade, que vai além de produção de alimentos. Atualmente, o seu papel na ocupação e renda nos espaços rurais é de extrema importância, assim como a responsabilidade e conscientização da utilização sustentável dos recursos naturais. Dentro dessa perspectiva, ressalta-se que no meio rural brasileiro houve aumento nas manifestações sobre o papel da agricultura familiar e do próprio desenvolvimento rural (FLORES, 2002).

2.3 DO TRABALHO RURAL

O trabalho rural é caracterizado por toda atividade desenvolvida em propriedade rural com fins lucrativos ou para consumo próprio de sua família, podendo ser desenvolvido também em prédios rústicos que tem como destinação própria a exploração agrícola, pecuária, extrativa ou até mesmo o agroindustrial. Ele também pode estar localizado no meio urbano, pois se as atividades desenvolvidas forem para a utilização da agronomia, caracteriza-se trabalho rural (NASCIMENTO, 2007).

A lei garante a proteção previdenciária dos trabalhadores rurais pelo motivo de laborarem diariamente expostos ao sol, chuva e poeira, operando em atividades braçais para garantir o seu próprio sustento e de sua família. Muitos destes trabalhadores começam a exercer as atividades rurais desde muito cedo, pois seguem o regime de economia familiar, onde todos os membros da família trabalham no plantio e cultivo de seu sustento. Estas atividades incluem a lavoura, a pecuária, o meio florestal e a pesca artesanal (DIAS, 2006).

O trabalhador rural, em seu decurso laboral, está diariamente exposto a uma série de riscos de acidentes ocupacionais e agravos preocupantes à sua saúde, como por exemplo, intoxicações e doenças do trabalho devido ao grande esforço feito pelos que ali laboram. Muitos desses trabalhadores exercem suas atividades na lavoura, fazendo uso de instrumentos cortantes e agrotóxicos. Porém, como antigamente não existiam muitos instrumentos para auxiliar neste trabalho, os trabalhadores usavam seus braços como instrumento de trabalho e sua força como base (LUCCA; CORTEZ; TOSETTO, 2011).

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o trabalho rural

agrícola faz parte de um setor onde as condições de trabalho exigem maior esforço físico e, por consequência, maior incidência a riscos. A diferença do trabalhorrural para as outras atividades são atributos muito específicos que impactam na influência das condições de segurança e saúde, como a sazonalidade e caráter cíclico, uma jornada mais longa de trabalho e intenso esforço físico, carregamentode peso, exposição às mudanças de clima e uso inadequado de agrotóxico (LEITE; CABRAL; SUETT, 2007).

Ainda, com base nos estudos elaborados por E. C. Dias pelo fator de riscos e danos à saúde das pessoas que exercem trabalhos rurais, resultou a conclusão de que as doenças osteomusculares ou musculoesqueléticas e do tecido conjuntivo apresentam-se mais comuns entre os trabalhadores rurais. Também se observaram que as doenças se apresentam em ordem crescente de frequência às inflamações das articulações e ligamentos (geralmente nos braços, punhos, mãos e joelhos, como sinovites, tenossinovites e tendinites), dores lombares crônicas, cervicalgias e problemas na coluna dorsal (DIAS, 2006).

Através destes estudos, se conclui que o trabalho rural pode ser considerado altamente repetitivo. Isso porque, exige uso manual intensivo e bastante esforço em termos de postura (inclinação prolongada do tronco em atividades de molhar, adubar, capinar, dentre outras), fatos que corroboram para um alto grau de risco ergonômico para desordens musculoesqueléticas (ALVES; GUIMARÃES, 2012).

3 O TRABALHO INFANTIL NO MEIO RURAL: ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

Tentar definir o conceito de trabalho infantil é como tentar entender que a criança está interligada à questão da idade, sendo que esta ligação variou muito durante a história da humanidade. Na verdade, deve-se considerar o mercado e as condições do trabalho, bem como a disponibilidade ou não de mão de obra dos trabalhadores de cada época (SANTOS, 1996).

Antigamente, as crianças desenvolviam trabalho na condição de ajudantes, supervisionadas pelos adultos nas atividades agrícolas. Brandão afirma que: “sequer imaginada a possibilidade de uma criança aos seis anos de idade (quando não antes) não ser pouco a pouco incorporada às atividades de trabalho e produção da família”. Em conformidade com o autor, os filhos ajudavam nos trabalhos domésticos e também na agricultura, visto que toda a família trabalhava no campo para ajudar no sustento da própria família (BRANDÃO, 1986, p. 45).

J.M. Pessoa, em seu artigo publicado pela Revista da Faculdade de Educação da UFG/GOIANIA, apresenta a ideologia sobre a lógica do trabalho infantil no meio rural:

[...] as crianças são os polivalentes por excelência. No tempo que sobra da escola estão na roça com o pai, atuam com a mãe na lida da casa e às vezes são inteiramente responsabilizadas pelo trato dos animais domésticos (PESSOA, 1997, p. 68).

Contudo, existem atividades no meio rural que eram realizadas indefinidamente tanto por adultos quanto por crianças, pois não existia muita rigidez na divisão de tarefas,

sendo que meninos e meninas podiam realizar os trabalhos da lavoura e criações. Todos auxiliavam nas tarefas rurais da agricultura familiar, fazendo com que muitas crianças não fossem para a escola e aqueles que a frequentavam, ao sair, já iam para a roça realizar as tarefas rurais (PESSOA, 1997).

Assim, o trabalho infantil no meio rural traz consigo diversos riscos, visto que as crianças exercem as atividades agrícolas em exposição ocupacional e acidental, doméstica e ambiental externa. Além disso, também estão expostos aos agrotóxicos no manuseio dos alimentos quando estão os plantando/colhendo (MARIN, 1997).

Esse risco aumenta devido ao desgaste e a distribuição da força do trabalho infantil acabar tornando-se natural, visto que desde muito cedo as crianças trabalham no campo. Este trabalho às expõe ao risco de acidentes com máquinas agrícolas, ferramentas manuais, quedas, picadas de animais peçonhentos, choques, entre outros riscos presentes no meio rural (MARIN, 1997).

De acordo com os apontamentos de Santos (1997), o trabalho infantil não afeta somente o ensino, mas também compromete o desenvolvimento físico e a construção da identidade social e política da criança.

[...] o Estatuto da Criança e do Adolescente adotou como parâmetro a Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Após vários estudos e pesquisas sobre o impacto do ingresso prematuro de crianças e adolescentes no mundo do trabalho, comprovou-se que, além dos evidentes prejuízos escolares, o trabalho precoce compromete seu desenvolvimento físico e a construção de sua identidade social e política (SANTOS, 1997, p. 183).

Nesse sentido, essa é uma realidade muito difícil de ser mudada. No momento em que os pais possuem enraizado o pensamento de que o trabalho é um valor cultural, acaba-se que inadequadamente esse pensamento é passado de geração por geração, sobrepondo à atividade produtiva à educação (VERONESE, 1999).

a) A abrangência da legislação no cenário atual

O trabalho das crianças no meio rural integra a ordem moral da família. Desse modo, os agricultores conectam o trabalho à dignidade humana pelo trabalho, assim, o desenvolvimento da responsabilidade e a disciplina do corpo e da mente das crianças. Os pais acabam reproduzindo e reinterpretem referências de educação incorporadas de gerações passadas para socializar e moralizar seus filhos através do trabalho, os incentivando a trabalharem na agricultura familiar desde muito pequenos (MARIN, 2006).

A Constituição Federal e a CLT afirmam que a idade mínima para iniciar a trabalhar é com dezesseis anos, salvo na condição de menor aprendiz com quatorzeanos de idade. Vejamos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer

trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (BRASIL, 1988).

Logo essa não é a realidade para aqueles que trabalharam no meio rural. O INSS, em maio de 2019 por intermédio da diretora de benefícios Márcia Eliza de Souza e do procurador-chefe da Procuradoria Federal do Instituto Nacional de Seguridade Social (PFE/INSS) Alder Anaximandro de Cruz enviou um ofício curricular conjunto, sob nº25 a todos os fóruns competentes com Assunto a Decisão proferida na Ação Civil Pública nº 5017267-34.2013.4.04.7100².

Essa Ação Civil Pública veio para admitir que o menor de dezesseis anos que laborou no meio rural contasse como tempo de contribuição, desde que o trabalho fosse comprovado pelos mesmos meios de prova aos segurados maiores de dezesseis anos de idade. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHADOR URBANO. CÔMPUTO DO TRABALHO RURAL ANTERIOR À LEI 8.213/1991 SEM O RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. POSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DO TRABALHADOR RURAL ANTERIOR AOS 12 ANOS DE IDADE. INDISPENSABILIDADE DA MAIS AMPLA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. POSSIBILIDADE DE SER COMPUTADO PERÍODO DE TRABALHO PRESTADO PELO MENOR, ANTES DE ATINGIR A IDADE MÍNIMA PARA INGRESSO NO MERCADO DE TRABALHO. EXCEPCIONAL PREVALÊNCIA DA REALIDADE FACTUAL DIANTE DE REGRAS POSITIVADAS PROIBITIVAS DO TRABALHO DO INFANTE. ENTENDIMENTO ALINHADO À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DATNU. ATIVIDADE CAMPESINA DEVIDAMENTE COMPROVADA. AGRAVO INTERNO DO SEGURADO PROVIDO. (AREsp 956558(2016/0194543-9 - 16/10/2019)).³

Neste cenário, se além ao reconhecimento do cômputo do labor rural do menor de 12 anos de idade para fins previdenciários. De acordo com a jurisprudência citada do STF, faz com que não seja interpretado o artigo 7º, XXXIII, da CF/88 como uma forma de prejudicar a criança ou o adolescente que veio a exercer atividade laboral rural, levando em consideração que a regra interposta pela CF/88 foi elaborada para a proteção e a defesa dos trabalhadores e não, para privá-los de seus direitos (RE 537.040/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe 9.8.2011).

Sendo assim, qualquer regra positivada deve ser interpretada a fim de atender o propósito da sua edição, e, no caso de regras protetoras dos direitos de crianças e adolescentes, ressalta-se que a compreensão jurídica não pode contrariar qualquer que seja a finalidade protetiva inspiradora da regra jurídica.

² TRF4. **Apelação Cível nº 5017267-34.2013.4.04.7100 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - TRF).**

Relator: João Batista Pinto Silveira. Disponível em: l1nq.com/9oxk0.

³ TRF3. **Agravo em Recurso Especial nº 0033076-15.2013.4.03.9999.** Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: l1nq.com/ZQd7O.

b) O posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro

Com o intuito de garantir os direitos daqueles que laboraram no meio rural antes dos 12 anos de idade, apresentam-se aqui entendimentos dos magistrados Napoleão Nunes Maia Filho, Gurgel de Faria e Regina Helena Costa, através de seus votos concordando com o cômputo do período trabalhado na infância para fins previdenciários, conforme ementa AREsp 956558(2016/0194543-9 - 16/10/2019) aqui já apresentada.

Em seu voto, o Ministro Napoleão Nunes Filho Maia relata que “Sustenta o agravante de que a lei não estabelece uma idade mínima para o cômputo de período laboral rural, **o que permite a contagem da atividade exercida antes dos 12 anos de idade**”. A legislação brasileira nada traz sobre como proceder com o período trabalhado daqueles que iniciaram muito cedo no campo, contudo, o posicionamento do Ministro em seu voto revela a garantia de que o direito será feito para aqueles que precisam dele (AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 956.558 - SP (2016/0194543-9)).

Dessa maneira, destaca-se acerca do referido voto:

O Abono da legislação infraconstitucional que impõe o limite mínimo de 16 anos de idade para a inscrição no RGPS, no intuito de evitar a exploração do trabalho da criança e do adolescente, ancorado no art. 7o., XXXIII da Constituição Federal. Entretanto, essa imposição etária não inibe que se reconheça, em condições especiais, o tempo de serviço de trabalho rural efetivamente prestado pelo menor, de modo que não se lhe acrescente um prejuízo adicional à perda de sua infância (Ministro Napoleão Filho Maia, AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 956.558 - SP (2016/0194543-9)).

Ademais, o Ministro complementou que se deve levar em consideração:

Aposentadoria por tempo de serviço. Trabalho rural antes de completar 12 anos de idade. Fato anterior à Lei n. 8.213/1991. Possibilidade de cômputo. Prevalência da realidade diante de regras positivadas proibitivas do trabalho do infante. Excepcionalidade (Ministro Napoleão Filho Maia, AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 956.558 - SP (2016/0194543-9)).

Ainda, afirmou que não se pode deixar de considerar a atividade rural que foi exercida por uma criança menor de 12 anos de idade com o intuito de punir o trabalhador. Esse trabalhador teve a sua infância retirada pelo trabalho rural, principal motivo para ter esse período computado na concessão da sua aposentadoria. Entretanto, qualquer entendimento contrário a esse infringiria gravemente o propósito da regra de proteção da criança e do adolescente (Ministro Napoleão Filho Maia, AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 956.558 – SP).

Igualmente, vale reforçar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 julgou procedente a Ação Civil Pública que relata sobre o referido tema, ao qual se concluiu que para fins de reconhecimento de tempo de trabalho e contribuição, conforme as atividades que forma exercida e que estão descritas na lei 8.213 (BRASIL, 1991a),

artigo 11. O que mostra a possibilidade do cômputo daquele período laborado antes dos 12 anos de idade, sendo que ao adotar uma idade mínima acarretaria ao trabalhador uma forma de dupla punição: a perda da sua infância devido ao trabalho e o não reconhecimento desse período de trabalho por parte do INSS (Ministro Napoleão Filho Maia, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 956.558 – SP).

O relator Ministro Gurgel de Faria, ao estudar o caso apresentado, julgou necessário o reconhecimento do período laborado. Visto que possui jurisprudências do STJ, posicionadas a vedação legal do trabalho infantil, para **proteger a criança**, e estas jurisprudências não podem ser usadas para prejudicar aquele que foi obrigado a trabalhar na sua infância, dada as circunstâncias familiares (Ministro Gurgel de Faria, AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 956.558 - SP (2016/0194543-9)).

No entanto, a Excelentíssima Ministra Regina Helena Costa expõe que esta questão em debate vem a acarretar o reconhecimento do período em que a criança trabalhou no campo junto a sua família, com o intuito desse período ser somado aos demais vínculos empregatícios. Desde que esse período trabalhado seja devidamente provado, segundo o artigo 143 da lei 8.213/91:

Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea “a” do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício (BRASIL, 1991a).

Assim, trata-se de um tema de caráter excepcional e que quando comprovado devidamente é possível o seu abrandamento ao reconhecimento do trabalho daquela criança ou adolescente que laborou precocemente. Ao negar o cômputo de tempo de trabalho, bem como a sua contribuição, para a Ministra Regina Helena Costa, também seria uma forma de punição para aqueles que realmente trabalharam para auxiliar no sustento de sua família (Ministra Maria Helena Costa, AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 956.558 - SP (2016/0194543-9)).

Portanto, o julgado antes referido levou em consideração a situação em que a criança trabalhou no campo com a sua família antes dos 12 anos de idade, estando em regime de economia familiar, firmando sua atividade laboral muito cedo. Em suma, o entendimento foi de que a proteção do menor é de extrema importância, se devendo atentar os direitos previdenciários dessas pessoas que buscam o seu direito no INSS.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência de trabalho infantil no Brasil é algo que chama atenção principalmente no meio rural. O fato de muitas pessoas não conseguirem computar o período laborado em atividade rural para fins previdenciários, torna importante o estudo dos dispositivos legais relacionados ao tema de pesquisa, a fim de aprovar o cômputo do período de

trabalho infantil antes dos 12 anos de idade para fins previdenciários.

Durante a elaboração deste artigo, percebeu-se que diversos magistrados adotam o entendimento de que o período em que a criança laborou em regime de economia familiar antes dos doze anos de idade até a publicação da lei 8.213 (BRASIL, 1991a) deve ser computado para fins previdenciários, garantindo o direito daqueles que trabalharam na infância não por escolha, mas sim por obrigação de auxiliar no sustento da sua família. Através de todos os meios de provas admitidos pela legislação, deve-se computar o período laborado para fins previdenciários. Dentre os meios de provas, os mais comuns e fáceis de se conseguir são: Contrato de comodato rural, arrendamento, parceria ou semelhante, com registro ou reconhecimento de firma em Cartório; Declaração do sindicato; Comprovante de cadastro no INCRA; Notas fiscais de compra de mercadorias utilizadas na roça, implementos agrícolas ou insumos; Licença de ocupação ou permissão outorgada pelo INCRA.

Portanto, ao realizar as devida pesquisas apresentadas neste artigo, auxilia a sociedade e, inclusive, o judiciário brasileiro, a compreender a importância da atenção dada àquelas crianças e adolescentes que laboraram no meio rural antes dos 12 anos de idade, a fim de garantir o seu direito e somar nas discussões e ações locais sobre o trabalho infantil rural, sobretudo, na agricultura familiar.

Tendo em vista o que foi exposto ao longo do texto, o trabalho infantil no meio da agricultura familiar possuía caráter moral e não ilegal, como traz algumas legislações. Na época em que trabalhavam na roça e realizavam as atividades domésticas, aqueles jovens tinham a percepção de que trabalhar era correto e que sua ajuda era de extrema importância para o sustento e a qualidade de vida dos seus familiares.

Por fim, deve-se frisar de que foi realizado um processo de extremo aprendizado, deixando novos questionamentos, que serão pesquisados e aprofundados em estudos posteriores com o intuito de auxiliar na conquista de benefícios previdenciários daqueles que cresceram trabalhando no meio rural.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. **Paradigmas do Capitalismo Agrário em questão**. São Paulo. Anpocs, Unicamp, Hucitec, 1992. "Uma nova extensão para a agricultura familiar". In: Seminário Nacional De Assistência Técnica e Extensão Rural. Brasília, DF, Anais, 1997.

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 3. ed. São Paulo: Leud, 2007.

ALVES, Hermes Arrais. **Guia Prático dos Benefícios Previdenciários**. 2. ed. Curitiba: Forense, 2020.

BARROS, Ricardo Paes de; MENDONÇA, Rosane Pinto de. As consequências da pobreza sobre a infância e a adolescência. In: FAUSTO, Ayrton; CERVINI, Rubem (Orgs.). **O trabalho e a rua: crianças e adolescentes no Brasil urbano nos anos 80**. São Paulo: Cortez, 1991.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Previdência rural**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Conceito de Segurado Especial à Luz da Lei 11.718/08**. In: Previdência nos 60 anos da Declaração de direitos humanos e nos 20 da Constituição brasileira. Curitiba: Juruá, 2008.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado especial: 10 mitos**. In: Previdência social no Brasil e no Mercosul. Curitiba: Juruá, 2010.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado Especial: o conceito jurídico para além dasobrevivência individual**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. Parentes e parceiros: relações de parentesco e relações familiares de produção entre camponeses de Diolândia. In: BRANDÃO, Carlos Rodrigues; RAMALHO, José Ricardo (Orgs.). **Campesinato goiano: três estudos**. Goiânia: Editora UFG, 1986. p. 15-82.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de Julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1991b].

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Presidência da República: Subchefia de Assuntos Jurídicos, Brasília, DF: Presidência da república, [1991a].

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BRASIL. **Instrução normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de Março de 2022**. Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário. Brasília, DF: Presidência da República, p. 132, [2022].

BRASIL. **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Cria, em cada uma das estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Brasília, DF: Presidência da República, [1923].

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto permite que segurado especial comprove atividade rural com declarações de sindicato. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://bityli.com/jWwcYy>. Acesso em: 15 abr. 2022.

DE LUCCA, Sérgio Roberto; CORTEZ, Márcio Zamuner; TOSETTO, Thais. **A percepção dos trabalhadores sobre os riscos de distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho na produção de rosas**. Revista Espaço Diálogo e Desconexão – REDD. v. 4, n. 1. Jul/dez. Araraquara, SP, 2011.

DIAS, Elisabeth Costa. **Condições de vida, trabalho, saúde e doença dos trabalhadores rurais no Brasil**. Saúde do trabalhador rural–RENAST, 2006.

FLORES, Murilo. **Assistência técnica e agricultura familiar**. In: LIMA, Dalmo Marcelo de Albuquerque; WILKINSON, John. (org.). Inovação nas tradições da agricultura familiar. Brasília: CNPq./Paralelo, p. 347-360, 2002.

HOFFMANN, Rodolfo. A agricultura familiar produz 70% dos alimentos consumidos no Brasil? Nota Técnica. **Segurança Alimentar e Nutricional**, Campinas, v. 21, n. 1, p.417-421, 2014.

IBGE. **IBGE Educa**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jo-vens/conheca-o-brasil/populacao/18313->. Acesso em: 15 maio 2022.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 15. ed. Niteroi: Impetus, 2010.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LAMARCHE, E. **A agricultura familiar: comparação internacional**. 2. ed. Campinas: Unicamp, 1997.

LEITE, Bruno Rangel Barbosa; CABRAL, Filipe Paes; SUETT, Waidson Bitão. **Importância da ergonomia e segurança do trabalho na melhoria das condições de trabalho do trabalhador canavieiro**. XXVII Encontro Nacional de Engenharia de Produção - ENEGEP. A energia que move a produção: um diálogo sobre integração, projeto e sustentabilidade. Foz do Iguaçu, PR, Brasil, 2007.

MARIN, Joel Orlando Bevilaqua. **Trabalho infantil: necessidade, valor e exclusão social**. Goiânia: Editora UFG; Brasília: Plano, 2006.

MARIN, Joel Orlando Bevilaqua; SCHNEIDER, Sergio; VENDRUSCOLO, Rafaela; SILVA, Carolina Braz de Castilho e. O problema do trabalho infantil na agricultura familiar: o casoda produção de tabaco em Agudo-RS. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Brasília, v. 50, n. 4, p. 763-786, out./dez. 2012.

MARIN, J. O. **O trabalho da criança e do adolescente na agricultura de Goiás**. Os (des)caminhos do desenvolvimento rural brasileiro. Anais do VI Encontro Regional Centro-Oeste da APIPSA. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Instituições de direito público e privado**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NASCIMENTO, Amauri; MASCARO; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação do direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTR, 2007.

PESSOA, Jadir de Moraes. Aprender fazendo: a criança na lógica do trabalho rural. **Inter-ação – Revista da Faculdade de Educação da UFG**, Goiânia, v. 21, n. 1/2, p. 61-75, jan./dez., 1997.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos. Trabalho Infantil no Brasil: discussão e balanço das principais estratégias de erradicação. In: ARAÚJO, Braz. **Crianças e adolescentes no Brasil: diagnósticos, políticas, e participação da sociedade**. Campinas: Fundação Cargill, 1996.

SANTOS, B. R. dos. **A regulamentação do trabalho educativo**. In: Cadernos ABONG — Subsídios à II Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, São Paulo, n. 18, 1997.

SCHNEIDER, Sergio. **Agricultura e trabalho infantil**: uma apreciação crítica do estudo da OIT. Porto Alegre: FETAG/RS, jan., 2005.

SOARES, Gleiser Lúcio Boroni. **A aposentadoria rural**. IEPREV: Instituto de Estudos Previdenciários, 2009. Disponível em: <http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/13897/t/a-aposentadoria-rural>. Acesso em: 05 maio 2022.

STJ. **AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 956.558 – SP**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Superior Tribunal de Justiça, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

Data de submissão: 14 abr. 2023. Data de aprovação: 18 maio. 2023.

DA LEI 13.135/2015 E SEUS REFLEXOS NO DIREITO À PENSÃO POR MORTE

João Vitor Barcelos Cortes¹

Resumo

Previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, o benefício previdenciário da pensão por morte é um instituto de suma importância para os segurados da Previdência Social, visto que busca dar amparo financeiro aos familiares do segurado falecido do qual dependiam economicamente. Trata-se de importante técnica de proteção social da família, reconhecida constitucionalmente como base de nossa sociedade e por isso, merecedora de proteção especial do Estado. O estudo sobre o tema centrou-se em promover um comparativo crítico entre dois momentos do benefício, sendo importante primeiramente entender os aspectos gerais sobre a seguridade social e o regime geral de previdência social. Posteriormente, compreender como funcionava a pensão por morte durante o regimento anterior, previsto na lei 8.213/91 e assim, posteriormente, desvelar-se a lei 13.135/2015 e suas alterações na pensão por morte. Assim, busca-se entender como a reforma trazida pela lei 13.135/2015 impactou o direito ao benefício.

Palavras-chave: Previdenciário. Pensão por Morte. Lei 13.135/2015.

OF LAW 13.135/2015 AND ITS REFLECTIONS ON THE RIGHT TO PENSION FOR DEATH

Abstract

Under the Federal Constitution of 1988, the social security benefit of death pension is an extremely important institute for Social Security insured, since it seeks to provide financial support to the relatives of the deceased insured on whom they depended economically. It is an important technique of social protection of the family, constitutionally recognized as the basis of our society and therefore, deserving of special protection of the State. The study on the theme focused on promoting a critical comparison between two moments of benefit, and it is important first to understand the general aspects about social security and the general social security system. Later, to understand how the death pension worked during the previous regiment, provided for in law 9231/91 and, subsequently, to unveil the law 13.135 / 2015 and its changes in the death pension. Thus, it seeks to understand how the reform brought by law 13.135 / 2015 impacted the right to benefit.

Keywords: Social Security. Pension for Death. Law 13.135 / 2015.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC de Uberaba. Email: jvbarcelosc@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente em seu corpo, diversas formas de proteção e garantias a sociedade como um todo, a fim de alcançar seu objetivo principal: construir uma sociedade livre, justa e solidaria. Dentre esses institutos, mais especificamente no artigo 194, caput, se encontra a seguridade social, que nada mais é do que um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, visando assegurar direitos relativos a saúde, a assistência social e a previdência social. Essa última, através de diversos de seus benefícios, funciona como uma forma de “seguro” e tem como objetivo principal garantir ao contribuinte-segurado um amparo social quando o mesmo perder sua capacidade laborativa por diversos motivos, como a doença, idade avançada e a morte.

O constante crescimento dos núcleos familiares, o crescente aumento de expectativa de vida média no Brasil e, principalmente, a grave crise financeira que assola o país há tantos anos, resultaram em cada vez mais gastos para a Previdência, de forma que optou o legislador, por diversas vezes, por alterar os requisitos para a concessão de benefícios, a fim de tornar, no seu entender, mais justo o acesso à tais prestações e dessa forma, conter gastos, preservando o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Essas mudanças acontecem de forma recorrente e, ao que tudo indica, não devem parar de acontecer, atingindo praticamente todos os benefícios previdenciários e dentre estes, alguns de forma mais significativa.

A lei 13.135/2015 veio como mais uma forma de tentar controlar os recursos gastos pela previdência social com os seus segurados, e tem como um dos métodos para o alcance desse objetivo alterar os requisitos e características de benefícios que até o seu advento, eram de acesso mais simples e sem muitas dificuldades a quem necessitava dos mesmos. Quem mais foi atingido com a promulgação da referida lei foi, sem dúvidas, o benefício previdenciário da pensão por morte. O principal motivo é que na legislação anterior, a referida prestação apresentava requisitos menos rígidos para a concessão e quanto à sua manutenção, era vitalício para algumas classes de dependentes e também não delimitava tempo mínimo para que fosse adquirido o direito ao mesmo, inclusive em casos de união estável, tornado acessível a um número excessivo de famílias e assim, sobrecarregando o sistema previdenciário.

O presente estudo abordará Seguridade Social como um todo e de forma mais específica a Previdência Social e o seu sistema no ordenamento Brasileiro. Para tanto se faz necessário entender sua composição, sua evolução histórica e seus conceitos primordiais.

Em seguida busca desmistificar o benefício previdenciário da pensão por morte, tema de suma importância já que visa garantir à família do segurado falecido forma de subsistência diante da abrupta perda de seu provedor, afinal, nos dias atuais, com o alarmante aumento da violência e outros fatores preponderantes, faz com que seja parte da rotina falecimentos imprevisíveis, que por muitas vezes deixam famílias desamparadas, seja de forma sentimental ou financeira. Logo, a pensão por morte busca garantir a essas pessoas o mínimo para sua sobrevivência, por isso a importância de se debater sobre o assunto. Ainda, através de seu regimento original advindo da lei 8.213/91 (lei de plano de benefícios da previdência social), vem tratar de suas peculiaridades, suas

características, requisitos, seus beneficiários, bem como suas formas de extinção.

Por fim, busca-se desvelar cada uma das alterações sofridas pela pensão por morte através da lei 13.135/2015, traçando um comparativo crítico entre os dois momentos do benefício e assim, entender como a reforma em seus institutos impactou o direito à pensão por morte. Além disso, visa abordar as vantagens e desvantagens da mudança, bem como os motivos que ocasionaram tais alterações.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDENCIASOCIAL NO BRASIL

A noção de proteção social se tornou importante no ordenamento jurídico dos Estados apenas recentemente, a partir do final do século XIX.

Russomano (1981, p. 18) comenta que:

O mundo contemporâneo abandonou, há muito, os antigos conceitos da Justiça Comutativa, pois as novas realidades sociais e econômicas, ao longo da História, mostraram que não basta dar a cada um o que é seu para que a sociedade seja justa. Na verdade, algumas vezes, é dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiçados grandes abismos sociais.

Entende-se por proteção social um conjunto de medidas que visam atender necessidades individuais básicas que, se ignoradas, geram reflexos sobre a sociedade. Assim, para evitar tais consequências e a fim de atender o objetivo principal da República Federativa do Brasil, que em resumo é o bem-estar social, criou-se diversas formas de proteção juridicamente positivadas, entre elas a Seguridade Social, conceituada pela própria Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 194, *caput*, que diz “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”.

Assim, Kertzman (2017, p. 27) esclarece:

O legislador constituinte agregou estas três áreas na seguridade social, devido a inter-relação que pode ser facilmente observada entre elas. Se investirmos na saúde pública, menos pessoas ficam doentes ou o tempo de cura é menor, e, como consequência direta, menos pessoas requerem benefícios previdenciários por incapacidade de trabalho ou o tempo de percepção de tais benefícios é menor. Se investirmos na previdência social, mais pessoas estarão incluídas no sistema, de forma que, ao envelhecerem, terão direitos a aposentadoria, não necessitando de assistência social.

Como visto, a seguridade social se divide em três ramos, quais sejam os direitos relativos à previdência, saúde e assistência social, localizados no Título VIII da CF e assim, considerados direitos sociais.

Para chegar ao ponto onde hoje se encontra, o sistema de previdência social passou por diversas evoluções ao longo do tempo. Para a maioria dos autores, o marco inicial do sistema se deu com a Lei Eloy Chaves, em 1923, que estabeleceu a criação de uma caixa de aposentadoria e pensão (CAP) para ferroviários de cada umas das empresas do ramo na época.

Segundo Aguiar (2017, *online*):

Apesar das políticas e leis anteriores a 1923, esse marco abre o precedente para que o benefício seja estendido para outros setores através de novos sistemas – ainda priorizando os de interesse do estado – no período até 1934, como os portuários, telegráficos, servidores públicos e mineradores.

Lazzari e Pereira de Castro (2017, p. 27), conceituam a Previdência Social da seguinte forma:

A previdência social é, portanto, o ramo da atuação estatal que visa a proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento. Eis a razão qual sedá o nome de seguro social ao vínculo estabelecido entre o segurado da previdência e o ente segurador estatal.

Porém, não seria de todo correto tratar a Previdência Social como mero “seguro”, já que ao contrário do que abrange o título no direito civil privado, não existem acordos de vontades no seguro social. Isto porque as contribuições para o sistema, entre as quais àquela paga pelo segurado, são cobradas de forma compulsória em seu regime geral, à exceção do segurado facultativo.

Ibrahim (2012, p. 29) esclarece a real natureza do instituto:

Em verdade, a natureza dos regimes básicos previdenciários é institucional ou estatutária, já que o Estado, por meio de lei, utiliza-se de seu Poder de Império e cria a figura da vinculação automática ao sistema previdenciário, independente da vontade do beneficiário. Por isso, o seguro social é vinculado a ramo público de Direito (Direito Previdenciário), ao contrário do seguro tradicional, que é vinculado a ramo privado (Direito Civil).

A compulsoriedade da filiação se justifica em razão do fato de que o trabalhador nem sempre está em condições de destinar, voluntariamente, uma parcela de seus rendimentos para proteger-se de infortúnios futuros. Assim, pode ocorrer a chamada “miopia social”, caracterizada pela ausência de cuidados do trabalhador acerca de suas possíveis necessidades futuras. O regime previdenciário busca com a filiação compulsória evitar os efeitos danosos da falta de contribuições do trabalhador.

Ademais, não há de se falar em previdência social se cada trabalhador puder, a

seu bem entender, escolher se vai ou não contribuir para o sistema, bem como o quanto vai contribuir, afinal dessa forma estaria quebrando o ideal de solidariedade social, tanto como agiria contrariamente a uma das funções da previdência social, qual seja a de redistribuição de renda, que visa reduzir as desigualdades sociais e econômicas, mediante uma política que retira maiores contribuições das camadas mais favorecidas, concedendo benefícios a populações de baixa renda que, de outra forma, não teria acesso aos mesmos.

A previdência social no Brasil se organiza através do Regime geral de previdência social. Kertzman (2017, p. 35) assim o define:

O RGPS é regime de previdência social de organização estatal, contributivo e compulsório, administrado pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, sendo as contribuições para ele arrecadadas, fiscalizadas e normatizadas pela Receita federal do Brasil. É regime de repartição simples e de beneficiodefinido.

Cabe a observação de que apesar de ser um regime público de previdência social, organizado pelo Estado, o mesmo atende aos trabalhadores da iniciativa privada. Assim, não abrange os servidores públicos da União, Estados e Municípios, os quais são vinculados a regimes próprios de previdência.

Como consequência da filiação compulsória, decorre o status de filiado, que independe de manifestação de vontade do indivíduo, quando este exerça qualquer atividade remunerada. Além de compulsória, a filiação é automática e se dá de forma imediata ao exercício do labor.

Da filiação surge o título de segurado. O segurado é sempre pessoa física que contribui para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS. O artigo 11 da lei 8213/91 (lei de plano de benefícios da previdência social) elenca os segurados obrigatórios do regime, quais sejam o empregado, o empregado doméstico, o contribuinte individual, o trabalhador avulso e o segurado especial. Existem também, além dos já citados segurados obrigatórios, a figura do segurado facultativo, que é aquele não incluso no rol do artigo 11, mas que, sendo maior de 14 anos, não estando enquadrado como segurado obrigatório e nem vinculado a regime próprio, opta por filiar-se ao RGPS, mediante contribuições.

Em regra, a qualidade de segurado é mantida enquanto há contribuições para o RGPS. Contudo, a lei n. 8213/91 estabelece situações em que o indivíduo, mesmo sem estar contribuindo, conserva sua qualidade de segurado por determinado tempo e consequentemente, todos os direitos advindos desse título.

Quanto ao assunto, explicam Leitão, Grieco e Meirinho (2018, p.176):

Sendo a previdência social um seguro informado pelo princípio da solidariedade, reconhece-se que alguns fatos (a maioria, involuntários) podem inviabilizar o pagamento da contribuição pelo segurado. Deve-se ter em mente que a previdência social apresenta dinâmica diversa daquela verificada no seguro privado, o que se justifica, sobretudo, pelas vicissitudes que podem ocorrer ao longo da vida contributiva do segurado [...]. Nesse

contexto, não há dúvida de que, em uma sociedade de massa, seria injusto que o segurado, ao deixar de recolher suas contribuições perdesse imediatamente a sua proteção.

Assim, a perda da qualidade de segurado não ocorre imediatamente após a cessação das contribuições. Ela só acontece depois de expirado o chamado “período de graça” previsto na legislação.

Outro instituto importante que deve ser abordado quando o assunto é previdência social é a carência. Segundo o artigo 24 da lei 8213/91, carência é o número mínimo de contribuições mensais para que o beneficiário tenha direito a determinados benefícios. Em suma, para o segurado ter direito a determinados benefícios, é preciso cumprir o requisito de número mínimo de contribuições.

Importante alerta é feito por Leitão, Grieco e Meirinho (2018, p. 221):

É preciso ter cuidado para não confundir período de graça e período de carência. Trata-se de institutos que apresentam ideias claramente opostas. Durante o período de graça, o indivíduo não está contribuindo, mas ainda ostenta a qualidade de segurado. Durante o período de carência, o segurado está contribuindo, mas ainda não tem direito ao benefício.

Quanto aos dependentes do segurado, o artigo 16 da lei n. 8213/91 apresenta o respectivo rol. São eles:

Art.16.São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

- o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
- os pais;
- o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (BRASIL, 1991)

Os dependentes não contribuem diretamente para a previdência, porém são diretamente ligados ao segurado por subordinação econômica. O rol do inciso I tem presunção absoluta de dependência, ou seja, independem de comprovação. Já os dependentes dos incisos II e III precisam comprovar sua dependência. Importante frisar que existe hierarquia entre as classes de dependentes, o que significa dizer que a existência de membros em classe anterior, exclui os das classes seguintes e além disso, existe concorrência entre os de mesma classe.

No capítulo seguinte será abordado o benefício previdenciário da Pensão por Morte e seu regimento anterior à lei 13.135/2015, a fim de esclarecer como originalmente funcionava o mesmo e mostrar de que forma o advento da citada lei afetou seu regimento.

3 A PENSÃO POR MORTE NO REGIME GERAL DE PREVIDENCIASOCIAL

O sistema Nacional de Seguridade Social se traduz como uma malha de proteção social com o objetivo de dar cobertura a situações de necessidade que possam atingir os cidadãos, causando a impossibilidade de manter a si mesmo e a sua família de uma maneira digna. Essa eventualidade de situações é chamada de risco social.

De forma precisa Barros (2008, *online*) conceitua:

O risco social é uma contingência consistente na possibilidade de ocorrência de um fato, cuja consequência será sempre a necessidade social, entendida como a ausência de condições materiais que garantam uma existência digna, assim considerada de acordo com critérios socioeconômicos e culturais da comunidade em que se insere.

A morte é considerada como risco social e, portanto, com a morte do segurado que colaborava de forma significativa com o sustento de sua família, há uma perda imediata no rendimento familiar, a qual possivelmente leva seus membros a uma situação de necessidade. Essa situação fundamenta a proteção social, realizada por meio do benefício previdenciário da Pensão por morte, disciplinada na lei 8.231/91, artigos 74 a 79.

Inicialmente, importante abordar que, anteriormente à vigência da lei 13.135/2015, a pensão por morte independia de carência. Desde o primeiro dia de filiação do segurado para com o RGPS, seus dependentes faziam jus ao benefício e, existindo mais de um dependente, o benefício é rateado entre eles, em partes iguais. É de se destacar a existência de uma ordem preferencial e excludente.

Para um melhor entendimento Koetz (2013) esclarece:

A existência de dependente de qualquer das classes de dependentes exclui do direito às prestações os das classes seguintes. Ou seja, a classe superior de dependente exclui as demais, de modo que não há dependentes de classes distintas dividindo o mesmo benefício. Todavia, os dependentes de mesma classe dividem o benefício gerado pelo segurado, sendo que a perda da qualidade de um deles implica reversão de sua cota-parte aos demais dependentes. Se todos os dependentes perderem essa qualidade, o benefício é extinto.

Sobre o tema Junior (2015, *online*) ainda aborda que:

Para os dependentes da primeira classe não é necessário provar a dependência econômica com o segurado falecido. Já os demais dependentes da segunda e terceira classes, ou seja, pais e irmãos do falecido, só terão direito ao benefício na hipótese de não existir dependentes de classes precedentes, assim como terão, necessariamente, que provar a dependência econômica que possuíam com o falecido.

Acompanhando a evolução da sociedade, o direito passou, acertadamente, a reconhecer a união homoafetiva como família e conseqüentemente passou a preservar todos os direitos cabíveis, inclusive os relacionados a sucessão e a previdência social, com especial relevância o direito a pensão por morte, já que passaram a ser considerados dependentes também os companheiros em relações homoafetivas. De forma ilustrativa, segue ementa de um julgado do TRF da 5ª região sobre o assunto:

TRF 5ª Região - Ceará - Administrativo. Pensão por morte. Militar. Companheiro. União homoafetiva comprovada. Designação como beneficiário. Desnecessidade. Termo inicial. Citação. I. Em face dos julgamentos da ADI 4277 e da ADPF 132, o Supremo Tribunal Federal equiparou a união homoafetiva à união estável, de modo que devem ser estendidos àqueles todos os benefícios concedidos a estes, desde que preenchidos os demais requisitos legais para a sua concessão. II. A Lei nº 6880/80, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, inclui o companheiro (a) como dependente do militar. III. A ausência de designação do companheiro pelo falecido militar como seu beneficiário não constitui óbice à concessão da pensão por morte, desde que comprovada a existência da união estável e dependência econômica. IV. No caso, as provas documentais acostadas. Contracheque do militar falecido tendo como endereço residencial o mesmo do autor. E os depoimentos das testemunhas, em especial dos genitores do de cujus, comprovam a existência de união homoafetiva entre o demandante o militar falecido, a qual perdurou até o óbito deste. Direito ao benefício de pensão por morte. V. Quanto ao termo inicial do benefício, inexistindo prova de requerimento administrativo, o mesmo será devido a partir da citação. VI. Juros de mora de acordo com o disposto na Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, a qual determinou que para a atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. VII. Remessa oficial parcialmente provida, apenas para estabelecer a data da citação como o termo inicial do benefício de pensão por morte. (TRF 5ª Região, REOAC 0005629- 06.2012.4.05.8100, 4ª T., Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, p. 29/07/2013).

Quanto ao termo inicial do benefício, poderá ocorrer de duas formas, conforme se depreende da previsão do artigo 74 da lei 8.231/91. Ocorrendo a morte real, ou seja, aquela cujo se tem o corpo do falecido e atestada por certidão de óbito, o termo inicial do benefício será a data de óbito do segurado, se requerida em até trinta dias posterior a morte, ou da data do requerimento administrativo, se após esse prazo. Quanto ao caso da morte presumida, que basicamente é aquela onde não se tem uma comprovação, mas uma grande possibilidade de morte, o termo inicial será o da decisão judicial que a declarar.

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

- Do óbito, quando requerida em até cento e oitenta dias após o óbito, para os filhos menores de dezesseis anos, ou em até noventa dias após o óbito, para os demais dependentes;
- Do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
- da decisão judicial, no caso de morte presumida.

O valor do benefício corresponde a 100% do valor da aposentadoria por invalidez que o segurado recebia ou que receberia se estivesse aposentado na data do seu falecimento, limitado ao valor mínimo e máximo do salário-de-contribuição. A medida que os dependentes perdem essa condição, suas cotas reverterem em favor dos beneficiários remanescentes.

Novamente Barros (2008, *online*) faz importante observação:

Importante ressaltar que os salários-de-contribuição, cuja média e a base de cálculo do benefício, corresponde a remuneração do trabalhador, respeitados os limites mínimo e máximo previdenciários. Essa equivalência é de vital importância para que o benefício, no caso, a pensão, possa substituir com propriedade a renda perdida com a morte do segurado. Quanto mais próximo for o valor do benefício do valor da remuneração, melhor será, do ponto de vista da finalidade da previdência social.

Concedida a pensão, ela será mantida até quando se aproveitar para algum dependente do segurado falecido. Conforme se vê no artigo 77 da lei 8.231/91, a morte, a emancipação ou a maioridade do filho ou a este equiparado, bem como a cessação da invalidez, para o maior ou irmão inválido, extinguem o direito. Não há previsão de cessação do direito ao benefício, no caso do cônjuge viúvo ou companheiro do segurado contrair novo casamento.

Essa omissão legislativa foi criticada por diversos doutrinadores, dentre eles, cabe destacar da Gama (2001):

[...] a pensão securitária visa manter a família anteriormente sustentada ou auxiliada materialmente – pelo segurado falecido, razão pela qual o fundamento básico e essencial do direito a pensão é a solidariedade que, reconhecida juridicamente, no campo da Seguridade Social, se associa a necessidade dos dependentes para fins de atribuição do benefício. Contudo, inexistindo mais essa necessidade, ou sendo a solidariedade substituída por outra relação jurídica existencial, como na hipótese do casamento do titular do direito a pensão securitária na condição de viúvo ou de ex-companheiro, a hipótese é logicamente de extinção da pensão, não sendo sustentável juridicamente que tal hipótese não seja expressamente elencada nas leis que regem os diversos regimes de Previdência Social.

A pensão por morte pode ser acumulada com outros benefícios, exceto outra pensão por morte por cônjuge ou companheiro, situação na qual o dependente deverá optar pela que lhe seja mais favorável. Como o número de possibilidades de acumulação é bem maior do que o de impossibilidades, cabe exemplificar, a título de curiosidade, um dos casos em que é vetada a acumulação da pensão por morte com outro benefício previdenciário.

Nesse sentido Junior (2015, *online*) explica:

Por fim, necessário observar que não é possível acumular o benefício de pensão por morte com o benefício assistencial LOAS. Isto ocorre porque um dos critérios para concessão do LOAS é a limitação da renda *per capita* em 1/4 do salário mínimo vigente à época do requerimento do benefício assistencial.

Como exposto, no regimento anterior, o benefício previdenciário da pensão por morte era caracterizado como um benefício de “fácil” acesso a população em geral, sem muitos requisitos ou restrições para a sua concessão, manutenção ou acumulação. Assim, conseqüentemente, o benefício onerava pesadamente os cofres públicos, visto que se configurou como um dos principais benefícios pagos pela Previdência Social e, até dezembro de 2013, em estudo feito pelo Anuário Estatístico da Previdência Social, a pensão por morte representava um quarto dos gastos com benefícios do regime geral de previdência social. Ademais, esse excesso de gastos se torna de extrema relevância em 2015, quando o Brasil enfrentava grave crise financeira e corria risco de perder grau de investimentos devido ao seu rebaixamento na nota de crédito, o que geraria consequências significativas para a economia do país. Além dos motivos elencados, o governo também usou como justificativa para a eminente reforma o aumento da longevidade da população brasileira, pessoas vivem mais, logo se gasta mais. Por fim, ressaltou-se que em comparação com as normas de concessão de pensões no resto do mundo, o Brasil apresentava condições e regras bem mais generosas.

Quanto ao assunto Ansiliero, Costanzi e Pereira (2014, *online*) trazem os seguintes dados:

A duração média da PPM atingiu 16,2 anos em 2011, sendo que a despesa com o pagamento das pensões por morte representava 1,1 % do PIB em 1997 e, em 2013, esse percentual já estava em 1,8% do PIB. De acordo com a exposição de motivos da MP, a participação de idosos na população total deverá crescer de atuais 11% para 34% nas próximas décadas.

Dessa necessidade de mudança, surgiu a polêmica Medida Provisória nº 664, de 2014, que posteriormente viria a ser convertida em lei 13.135/2015. Em resumo, até a publicação da MP 664/2014, poderiam requerer o benefício o cônjuge, companheiro ou companheira, filho não emancipado até 21 anos de idade, ou filho inválido de qualquer idade. Ainda, caso não existissem dependentes nessas categorias, poderiam ser considerados os pais e o irmão não emancipado até 21 anos de idade ou inválido de qualquer idade. Não havia carência para que se tivesse direito a pensão por morte, sendo

exigido apenas a qualidade de segurado, mesmo sem contribuir com frequência.

Na seção seguinte será finalmente abordado o benefício previdenciário da Pensão por Morte e seu regimento após a entrada em vigor da lei 13.135/2015, trazendo quais foram essas alterações e de que forma elas afetaram a população como um todo.

4 A PENSÃO POR MORTE APÓS A LEI 13.135/2015

É inegável que o advento da lei 13.135/2015 tornou o acesso ao benefício previdenciário da pensão por morte algo bem mais difícil. Assim, pode-se concluir que a proteção contra o risco social morte foi restringido e além, que houve uma limitação ao direito social de proteção. Muito se discute se houve ou não uma violação ao princípio da proibição do retrocesso social.

Zuba (2013, *online*) conceitua o princípio da proibição do retrocesso social da seguinte maneira:

[...] O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais qualquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou de garantir em abstrato um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente irreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Ainda sobre a possibilidade de violação ao princípio Jucá (2016, *online*) opina:

Sabemos que o objetivo das alterações é garantir a sustentabilidade da Previdência e coibir possíveis abusos na concessão dos benefícios, conforme ocorre frequentemente. Entretanto, a medida provisória afrontou os direitos dos segurados ao não estipular as regras de transição e, nesse sentido, não foram observados os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. A Constituição Federal, não admite o retrocesso na proteção da seguridade social, ainda que justificada pela falta de recursos para a manutenção do sistema. É inaceitável, portanto, o retrocesso de direito social já consolidado na legislação brasileira, lastimando a condição social do trabalhador brasileiro e de seus dependentes, em detrimento à busca pelo equilíbrio fiscal, sem qualquer contrapartida social minimamente razoável. Neste contexto, milhares de brasileiros sofrerão a perda jurídica e sua instituição, sem contrapartidas adequadas, fere a garantia social constante aos compromissos humanitários internacionais do país.

Passando a análise das alterações que efetivamente ocorreram, o primeiro ponto a ser abordado quanto as alterações trazidas pela lei 13.135/2015 será o da carência. Como já visto, antes da alteração, a lei 8.213/91 previa que o benefício previdenciário independia de carência, bastando a qualidade de segurado. Nesse sentido, opina Folmann e Soares (2015): “De toda sorte, o referido benefício tem um condão de acobertar um evento imprevisível, que por sua natureza, deveria ser isento de carência ou ter a carência reduzida”.

Com a entrada em vigor da lei 13.135/2015, o direito a pensão por morte passou a depender de carência em caso de beneficiário seja cônjuge ou companheiro, no qual o segurado deveria ter contribuído ao menos 18 meses até a data do óbito para que os referidos dependentes pudessem fazer jus ao benefício de uma maneira mais duradoura. Caso não contasse com os 18 meses de contribuição à época do óbito, a lei prevê o recebimento de 4 meses de benefício.

Sobre o assunto Jucá (2016, *online*) critica:

A MP 664/2014 e a Lei 13.135/2015, ao introduzir a carência como requisito para recebimento da pensão por morte, coloca o cidadão e seus dependentes em condição vulnerável, de risco, sendo descabida a sua imposição, uma vez que a morte configura em evento incerto, imprevisível, não programado, razão pela qual jamais poderia ser exigida carência. A medida provisória, ao introduzir a carência, acabou por prejudicar os dependentes daquele que vema óbito, por morte natural ou acidental. A pensão por morte está inserida no rol dos benefícios de risco da previdência social, pois não se pode prever a ocorrência de um falecimento. Assim sendo, uma família, vitimada pela morte de seu provedor, de causa natural ou acidental não relacionada ao trabalho, antes de completada sua carência, estará desamparada, inteiramente desprotegida e não receberá do Estado nenhum apoio para a sua subsistência, mesmo que por prazo determinado. Logo, a exigência de carência para o recebimento da pensão por morte afronta a constituição em seu dever de proteção à família e ao menor.

Vale lembrar que o computo do período de carência se inicia na filiação ou no primeiro recolhimento em dia. O artigo 27 da lei 8213/91 trouxe a previsão:

Art. 27. Para cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições:

I - Referentes ao período a partir da data de filiação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), no caso dos segurados empregados, inclusive os domésticos, e dos trabalhadores avulsos;

II - Realizadas a contar da data de efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, no caso dos segurados contribuinte individual, especial e facultativo, referidos, respectivamente, nos incisos V e VII do art. 11 e no art. 13. ” (BRASIL, 1991).

Houve importante alteração também quanto a duração do benefício da pensão por morte. Anteriormente, o benefício era concedido de forma vitalícia para o cônjuge ou companheiro do segurado falecido. Após a promulgação da lei, essa vitaliciedade deixou de ser a regra, devendo se observar, além das contribuições mínimas, diversos aspectos como o tempo de convivência do casal, a idade do cônjuge sobrevivente e entre outros. Porém, essa regra é válida apenas para os cônjuges ou companheiros que não sejam portadores de deficiência ou inválidos, nesses casos, o benefício dura, respeitados os limites mínimos, até a cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência.

Portanto, após a análise do computo da carência para saber o limite de recebimento do benefício, passa a analisar-se o tempo de relacionamento do casal. Para casais com período de casamento ou união inferior a 2 anos, na época do óbito, o dependente terá direito a apenas 04 meses de benefício. Pois bem, se existir o computo de 18 meses e a tempo de relacionamento for maior que 02 anos, passa-se para a análise da idade do cônjuge sobrevivente para fins de duração do benefício. Se menor de 21 anos, o período do benefício é de 3 anos; se entre 21 e 26 anos, é de 6; entre 27 e 29, é de 10 anos; entre 30 e 40 anos, é de 15 anos; de 41 a 43 é de 20 anos e finalmente, os sobreviventes acima de 44 anos recebem a pensão por morte de forma vitalícia. Para os demais dependentes, as regras continuaram iguais, como por exemplo no caso do filho menor, em que a pensão cessa com a implementação da idade mínima.

Houve alteração também sobre desde que momento a pensão por morte será devida. Se anteriormente o prazo era de 30 dias para se requerer o benefício e tê-lo a partir da data do óbito, e se posterior a esse prazo seria da data do requerimento administrativo, após a lei, esse prazo passou a ser de 90 dias, ocorrendo uma dilatação de prazo que atinge de forma positiva os dependentes do segurado falecido.

Já quanto a morte presumida, entende-se o STJ no agravo regimental nº 1.392.672 que:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MORTE PRESUMIDA. TERMO INICIAL DA PENSÃO. DEMORA NO JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA. SITUAÇÃO PREEXISTENTE. SÚMULA 7/STJ.

1. É certo que o art. 74 da Lei n. 8.213/1991 dispõe que a pensão por morte, no caso de morte presumida, será devida a contar da decisão judicial.
2. Entretanto, a Corte de origem fez constar do seu acórdão, que todos os elementos dos autos concorrem para demonstrar a demora no julgamento da ação movida por cônjuge de desaparecido em que se visa declarar ausência para recebimento do benefício previdenciário.
3. De sorte que o direito de pensão por morte não deve ficar à mercê de burocrática prova do desaparecimento, sobretudo porque “o INSS não logrou ilidir os elementos de prova apresentados, os quais são suficientes para a declaração da morte presumida do cônjuge da autora, desaparecido desde 30/12/1996”, traduzindo situação preexistente, razão pela qual não justifica que o benefício decorrente da declaração judicial da morte presumida, seja devido tão somente a partir da decisão emanada

da autoridade judicial.

4. Nesse contexto, consoante afirmado na decisão agravada, eventual revolvimento desta argumentação demandaria nova análise do conjunto fático e probatório dos autos, o que é inviável na via do especial, sob pena de afronta à Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ-AgRg no Ag: 1392672 RJ 2011/0004214-2, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 17-02-2013 T5- Quinta Turma, Data de Publicação: 23.10.2013).

Por fim, quanto ao valor do benefício, a MP 664/14, em sua redação original, estipulou o valor da pensão por morte em 50% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data do seu óbito, com o acréscimo de cotas individuais no valor de 10% da mesma aposentadoria, limitada a cinco dependentes, cortando pela metade o valor que antes da Medida Provisória era devido a pessoa que tem direito ao benefício.

Sobre o porquê da mudança no valor da pensão por morte, Carneiro (2016) explica:

Segundo a exposição de motivos da MPV 664/2014, era preciso desses ajustes, pois, “[...] o núcleo familiar foi diminuído com o falecimento do segurado. Dessa forma, sugere-se que o benefício seja constituído de uma parcela de 50% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data do falecimento, reversível aos segurados remanescentes, e uma parcela individual de 10% por cada dependente, não reversível no caso de perda da condição de dependente. Propõe-se, entretanto, uma diferenciação na regra de cálculo para o caso dos filhos que se tornem órfãos de ambos os pais, garantindo um acréscimo de 10% no valor da pensão por morte, rateado entre todos os filhos, com vistas a uma maior proteção em decorrência da situação de desamparo provocada pela morte de ambos os genitores (BRASIL, 2014).

Porém, com a conversão da Medida Provisória na lei 13.135/2015, houve nova alteração e o valor devido voltou a ser o de 100% da aposentadoria por invalidez do segurado ou do que ele teria direito na data do óbito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o sistema de Previdência Social se tornou a única modalidade de proteção social que exige contribuição dos segurados e passou a exigir da União o dever de assegurar um regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, a fim de prestar assistência financeira para o trabalhador e seus dependentes, quando por algum motivo alheio a sua vontade, como por exemplo a morte, doença, desemprego, idade avançada e entre outras, se torna incapaz de realizar sua atividade laboral e conseqüentemente, receber remunerações.

Portanto, para entender melhor do que se trata o benefício da pensão por morte

e suas consequências perante a população que exerce atividade laboral e para seus dependentes, antes se fez necessário o entendimento do que é Seguridade Social e de forma mais aprofundada, o que é Previdência Social, sua evolução histórica e qual sua posição no cenário atual. Em seguida, buscou-se esclarecer o conceito do benéfico previdenciário da pensão por morte, seus requisitos e peculiaridades anteriores a lei 13.135/2015, para só assim, poder de forma clara versar sobre as alterações sofridas pelo benefício, os motivos que geraram as mesmas e quais as suas consequências perante a sociedade.

Embora sem esgotar tema, o presente trabalho nos permite constatar que o benefício previdenciário da pensão por morte proporciona, mesmo que de forma relativamente satisfatória, proteção aos familiares do segurado falecido que se vem em situação de risco e muitas vezes de necessidade imediata devido a sua morte. Logo, busca efetivar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, base para uma existência digna. Portanto, se faz de suma importância tratar do tema, visto que trata de um risco para toda a população em geral.

No decorrer da história, as questões que envolvem a previdência foram por diversas vezes alvos de reformas, devido ao seu alto grau de complexidade e a obrigação de acompanhar a evolução da sociedade, suas novas necessidades e institutos. Nota-se que antes da lei 13.135/2015, o benefício tinha maior facilidade de acesso, tendo como exemplos de requisitos a independência de carência, bastando a qualidade de segurado e ser concedido de forma vitalícia para cônjuge e companheiro, como regra. Entretanto, conseqüentemente o benefício onerava os cofres públicos, representando sozinho um quarto dos gastos com benefícios do RGPS e, além disso, ocorreu o aumento da longevidade de vida da população brasileira. Assim, visando evitar uma crise financeira ainda maior do que já assolava o país na época, o governo concluiu que era necessária uma mudança quanto aos regimes de alguns benefícios, e disso nasceu a MP 664/2014, que posteriormente viria a ser convertida na lei aqui em debate. Posteriormente a lei, as alterações se mostraram de certa forma prejudiciais aos segurados. Se percebe que o benefício passou a ter uma rigidez bem maior para a sua concessão, suprimindo direitos a muito adquiridos. O que dá a entender é que as alterações trazidas pela lei foram muito mais com o objetivo de desafogar o sistema previdenciário do que propriamente de melhorar o instituto.

Conclui-se que apesar de relativamente bem estruturado, o benefício requer rigorosa observância dos princípios constitucionais da Seguridade Social, de forma a evitar distorções, procurando sempre, de forma justa, amparar todos os que do benefício necessitarem e, da mesma forma, evitar gastos que de tão excessivos se tornam prejudiciais. É necessário buscar um equilíbrio entre as duas vertentes, só dessa forma é possível proporcionar um atendimento social básico e justo, bem como evitar uma crise nas economias do país.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, João Paulo de Vasconcelos. História da Previdência Social no Brasil. **Politize**, [S. l.], 20 dez. 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/historia-da-previdencia-no-brasil/>. Acesso em: 21 out. 2019.

ANSILIERO, Graziela; COSTANZI, Rogério Nagamine; PEREIRA, Eduardo da Silva. A Pensão por Morte no Âmbito do Regime Geral de Previdência Social: tendências e perspectivas. **Planejamento e políticas públicas**, Brasília, n. 42, jan-jun, 2014.

BARROS, Vera Regina Cotrim de. **Pensão por morte no Regime Geral de Previdência Social**. 2008. Monografia (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988].

BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. **Lei de Benefícios de Serviços Previdenciários**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

CARNEIRO, Rodrigo Alvares. As mudanças na pensão por morte da previdência social do Brasil no ano de 2015: Um estudo sobre os impactos das Leis 13.135/2015 e 13.183/2015. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 149, junho 2016.

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

FIGUEIREIDO VASSOLE, Gilberto. **Pensão por morte para Casais homoafetivos, aspectos polêmicos e a Reforma da Previdência**. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://saberalei.com.br/pensao-por-morte-para-casais-homoafetivos/>. Acesso em: 16 maio 2019.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Pensão por morte de acordo com a lei n. 13.135/2015**. São Paulo: LTr, 2015.

FONSECA, Gabriela Koetz da. Requisitos para a concessão da pensão por morte. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF: 21 dez. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46362&seo=1>. Acesso em: 07 maio 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A constituição de 1988 e as pensões securitárias no direito brasileiro**. São Paulo: Ltr, 2001.

GIESELER, Taís Gracieli. **Benefício previdenciário pensão por morte**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2015.

JUCÁ, Gisele. **Novas regras para concessão da pensão por morte: O que muda no RGPS com a MP 664/2014**. Disponível em: <http://giselejuca.jusbrasil.com.br/artigos/172141928/novas-regras-para-concessao-da-pensao-por-morte>. Acesso em: 10 jun. 2016.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. Salvador: juspodivm, 2017.

LEITÃO, André Studart; CRIECO, Augusto; MEIRINHO, Sant'Anna. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraivajur, 2018.

MOREIRA, Nayara Lira. **A alteração dos requisitos da pensão por morte pela lei 13.135**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Brasília, DF, 2016.

NERY, Pedro Fernando; MENEGUIN, Fernando Boarato. **Análise da MP nº 664, de 2014: Alterações na Pensão por Morte e no Auxílio-Doença**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Janeiro/2015 (Boletim Legislativo nº 21, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 28 abr. 2019.

RAMOS JUNIOR, Waldemar. **Dependentes que possuem direito ao benefício de pensão por morte e as novas regras da MP 664**. [S. l.], 2015. Disponível em: <https://saberalei.jusbrasil.com.br/artigos/162582524/dependentes-que-possuem-direito-ao-beneficio-de-pensao-por-morte-e-as-novas-regras-da-mp-664>. Acesso em: 16 maio 2019.

RAMOS JUNIOR, Waldemar. **Possibilidade de acumular a pensão por morte com outros benefícios previdenciários**. [S. l.], 2015. Disponível em: <https://saberalei.jusbrasil.com.br/artigos/173701795/possibilidade-de-acumular-a-pensao-por-morte-com-outros-beneficios-previdenciarios>. Acesso em: 16 maio 2019.

RIBEIRO ARAGÃO, Ana Claudia. **Pensão por morte no regime geral da previdenciária social**. 2010. Trabalho de Curso (Bacharel em Direito) - Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, SP, 2010.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários a consolidação das leis da previdência social**, 2. ed. São Paulo: revista dos tribunais, 1981, p.18.

STJ. RECURSO ESPECIAL: AgRg no Ag 1392672 2011/0004214-2. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJ: 17/02/2013. T5- Quinta Turma, 2013. Acesso em: 16 maio 2019.

TRF 5ª REGIÃO. **RECURSO ESPECIAL: RE-AC 0005629-06.2012.4.05.8100.**

Relator: Des. Federal Margarida Cantarelli. DJ: 29/07/2013. 4a T, 2013. Acesso em: 16 maio 2019.

ZAMBITTE IBRAHIM, Fábio. **Curso de Direito Previdenciário.** Niterói: Impetus, 2012.

ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso.** São Paulo: LTr, 2013.

Data de submissão: 28 fev. 2023. Data de aprovação: 17 maio 2023.

Para submeter seu artigo para avaliação, acesse:

rbds.ieprev.com.br/rbds

 **IEPREV**
 **EDITORA**

www.editoraieprev.com.br

 **EDIÇÕES ANTERIORES**

www.editoraieprev.com.br/rbds