

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

SIMONE MARIA PALHETA PIRES

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marco Aurélio Serau Junior; Simone Maria Palheta Pires – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-474-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Previdência social. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

Aos 17 de junho de 2022, no bojo do V Encontro Virtual do CONPEDI, ocorreu o GT DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I, das 13:30h às 16h, sob coordenação dos professores Simone Palheta e Marco Aurélio Serau Junior, com o apoio técnico do monitor Fábio Galhardo.

Todas as apresentações e discussões transcorreram na mais perfeita ordem, consoante as regras regulamentares. Não foram observados problemas técnicos relevantes na plataforma digital utilizada para o evento.

Os artigos foram divididos em blocos temáticos, por proximidade teórica ou de conteúdo.

A princípio, os coordenadores do GT disponibilizaram aos expositores de 5 a 10 minutos para apresentação, sendo que ao final dos blocos temáticos ocorreram debates sobre a produção científica apresentada.

Houve um primeiro bloco temático, destinado especialmente à discussão sobre deficiência e incapacidade, que contou com os seguintes artigos: “APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AUXÍLIO-ACIDENTE: REQUISITOS DISTINTOS PARA A CARACTERIZAÇÃO”; “AUXÍLIO-ACIDENTE: PERSPECTIVA HISTÓRICA E SOCIAL DO BENEFÍCIO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA ACIDENTADA” e “O DANO MORAL PREVIDENCIÁRIO COMO UM RESGATE DA DIGNIDADE HUMANA SOB A ANÁLISE DE CASOS DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4)”.

Um segundo bloco temático tratou do envelhecimento e da idade mínima na estrutura da Previdência Social. Neste painel times os seguintes trabalhos apresentados: O ENVELHECIMENTO ATIVO E A INCLUSÃO SOCIAL; O RESTABELECIMENTO DA IDADE MÍNIMA PARA APOSENTADORIA ESPECIAL E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL; PENSÃO POR MORTE A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019 E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

O terceiro bloco tratou dos novos arranjos estruturais da Seguridade Social a partir de sua perspectiva de direito fundamental, sendo que os trabalhos apresentados foram os seguintes: “O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO”; “PRIVATIZAÇÃO DO SEGURO SOCIAL NO CHILE E NO PERU: COMPLEXIDADES E INCERTEZAS NA ADOÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO NO BRASIL”; “REFLEXÕES A RESPEITO DO PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA” e, finalmente, “RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ENCARGOS TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS”.

Ao final dos trabalhos foram feitos os devidos registros e formalizações.

Macapá/São Paulo, 20 de junho de 2022.

Professora Simone Palheta – UFAP

Professor Marco Aurélio Serau Junior - UFPR

O RESTABELECIMENTO DA IDADE MÍNIMA PARA APOSENTADORIA ESPECIAL E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.

THE RESTORATION OF THE MINIMUM AGE FOR SPECIAL RETIREMENT AND THE PROHIBITION OF SOCIAL RETROCESSION.

Felipe Roberto Pires da Silva

Resumo

O objetivo do presente trabalho é delinear o conceito do princípio da vedação ao retrocesso em relação aos direitos fundamentais sociais, elencando sua importância para a preservação dos direitos sociais conquistados pelos cidadãos. Analisar o restabelecimento da idade mínima como requisito da aposentadoria especial e, praticamente, a extinção do referido benefício.

Palavras-chave: Direito previdenciário, Vedação ao retrocesso, Aposentadoria especial

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of the present work is to outline the concept of the principle of the prohibition of retrogression in relation to the fundamental social rights, listing its importance for the preservation of the social rights conquered by the citizens. Analyze the reestablishment of the minimum age as a requirement for special retirement and, practically, the extinction of said benefit.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social security law, Regression prohibition, Special retirement

1. INTRODUÇÃO

A previdência social, no direito positivo brasileiro, é fixada como componente da seguridade social, previsto no art. 194 da Constituição Federal. Da mesma forma, os direitos sociais são compreendidos com uma segunda geração de direitos fundamentais, com previsão legal no art. 6º do texto constitucional, geograficamente localizado no seguinte Título: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

A existência dos direitos sociais pressupõe um contingente de pessoas que não contam com os recursos mínimos para sua subsistência digna, bem como supõe a existência de relações econômicas que, pautadas pela desigualdade entre as partes, frequentemente conduzem à submissão de uns aos outros. Neste cenário, os direitos sociais surgem como uma aspiração ética, que parte da premissa de que todos que participam da vida em sociedade devem ter direito a uma parcela dos frutos por ela produzidos.

Os direitos sociais fundamentais são direitos elementares que remetem à própria natureza do ser humano. Privar alguém de direitos fundamentais significa, em última análise, privá-lo da vida ou do direito de pertencer à sociedade na qual se integra. Conforme a lição de Dallari, “esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”.

A Emenda Constitucional 103/2019, institui, entre outras coisas, o restabelecimento da idade mínima para a concessão da aposentadoria especial, inviabilizando totalmente a concessão do benefício e além disso, desvirtuou o objetivo central do referido benefício que é a proteção do segurado frente a exposição dos agentes nocivos.

2. FUNDAMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Os direitos fundamentais surgiram com o objetivo de limitar a atuação do Estado, eles se desenvolveram para reclamar prestações positivas em favor dos cidadãos, sendo, portanto, indiscutível o seu conteúdo garantístico, o que se manifesta não apenas sob o plano político, mas também sob o manto jurídico. Nesse sentido, afirma Robert Alexy (2011, p. 433) que:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são “destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado”. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em

sentido estrito. (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2011).

No âmbito da problemática da eficácia dos direitos fundamentais, temos uma faceta subjetiva, no sentido do seu titular poder fazer valer esse direito, mediante uma ação outorgada pelas próprias normas consagradoras dos direitos fundamentais, no sentido de impor ao Estado, por efeito de alta significação social, o reconhecimento de tais direitos, com a obrigação deste (Estado) criar as condições normativas e materiais que possibilitem, de maneira concreta, o efetivo exercício, pelas pessoas, a tais direitos, sob pena de configurar uma inaceitável omissão governamental.

Importa considerar a proteção dos direitos fundamentais sociais, também numa faceta objetiva, no sentido de um reforço da juridicidade dessas normas, pela presença das mesmas num extenso catálogo da nossa Constituição, como que apontando para a obrigatoriedade do legislador infraconstitucional legislar positivamente para criar condições materiais e normativas para o atendimento dos direitos prestacionais aos cidadãos.

Atualmente os direitos sociais têm sido tratados como normas programáticas, que são regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir.

O princípio da vedação ao retrocesso não é expresso, mas decorre do sistema jurídico constitucional, sendo que a teoria da vedação do retrocesso foi acolhida pelo constitucionalismo pátrio como um princípio que visa impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir os direitos sociais já regulamentados e efetivados, sem que haja a criação de algum outro mecanismo alterativo apto a compensar a anulação dos benefícios já conquistados.

Para o ministro BARROSO, o princípio em análise, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituí determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido (Barroso, 2011).

Nessa ordem de ideais, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado a Constituição.

Enquanto direito social, a previdência social possui uma nítida dimensão prestacional, exigindo do Estado uma postura ativa, completamente distinta daquela necessária para tutelar

os direitos de 1ª dimensão. Isso porque a adoção de um modelo constitucional que prevê a existência de direitos fundamentais sociais promove uma ressignificação do papel do Estado.

Há posicionamento doutrinário que defende que eventuais alterações nas prestações sociais devam ser feitas para o futuro, não podendo atingir cidadãos que já foram alcançados e tiveram seus benefícios consolidados. As prestações devem estar por vencer, revogar prestações vencidas seria restrição à garantia dos direitos fundamentais, ao direito adquirido. Tal medida não deixa de ser retrocesso, pois este também pode ocorrer em atos prospectivos (SARLET, 2006, p.251).

Havendo avanço na prestação e aplicação dos direitos sociais não podemos mais falar em paralização de sua aplicação ou diminuição, aplicando assim o que chamamos de efeito *cliquet anti-retour* (trava antirretorno), ou seja, chegando-se a determinado patamar de sua escalada não mais é permitido voltar, e sim apenas movimento que o leve a diante.

Assim, pelo fato do Direito Previdenciário ser um direito social que há anos vem se desenvolvendo, chegamos a um estágio de concretização e aplicação tal, que não se permite reduzir os direitos alcançados e conquistados pelos que fazem jus a esses direitos, sendo vedado o retrocesso.

2.1. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O princípio da vedação do retrocesso social também é conhecido como proibição da revolução reacionária, regra do não retorno da concretização ou simplesmente como proibição do retrocesso (CANOTILHO, 2003, p. 338). Teve origem na jurisprudência europeia, principalmente na Alemanha e em Portugal.

Na Alemanha, tal princípio foi fortalecido nos anos 70 do século passado, em um período que pôs em causa tais direitos. Era conhecido como a teoria da irreversibilidade e tinha como fator principal a proteção aos direitos de propriedade.

Surgiu como forma de garantir proteção jurídica a direitos que não eram consagrados pela Constituição. Esta cláusula era dirigida em sua origem ao legislador ordinário com o intuito de impedir, em quaisquer circunstâncias, que se retrocedesse no nível das prestações concretizadoras de direitos sociais.

No direito português, o professor Gomes Canotilho (2003, p. 260) foi um dos primeiros defensores de tal princípio. Entendia que quando um direito econômico, social ou cultural, constitucionalmente garantido, tiver obtido certo nível de realização legal, é possível conceber-se uma ação judicial contra o retrocesso ou desigualdade.

Expressava ainda que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados por medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação pura e simples desse núcleo essencial.

A realidade brasileira não difere da prática de seus colonizadores. A constituição brasileira é rica em direitos sociais, mas que estão longe de serem efetivados para todos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) analisou o princípio da proibição do retrocesso social pela primeira vez em 2004, por ocasião do julgamento da ADI nº 3105, onde o Ministro Celso de Mello analisou a viabilidade da incidência da contribuição previdenciária dos servidores inativos, fixando o entendimento de que:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Posteriormente, em 2011, no julgamento ARE nº 693337/SP, o STF fixou a obrigação do Município de prestar os serviços de educação com a matrícula de crianças em creches ou pré-escolas, com fundamento no princípio da proibição do retrocesso social, conforme trecho do voto do Ministro Celso de Mello abaixo transcrito:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência (sic) desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a

preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

No tocante ao direito à saúde, o STF manteve posição coerente com os julgados citados quando do julgamento do ARE 727864/PR, ocorrido em 2014, para assegurar o mínimo existencial e a progressividade dos direitos sociais, afastando a alegação da reserva do possível sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial, em controvérsia envolvendo a responsabilidade de custeio pelo Estado de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em casos emergenciais de pacientes atendidos pelo SAMU quando não houver leitos na rede pública.

2.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO DIREITO COMPARADO: PORTUGAL E BRASIL

O princípio da vedação do retrocesso social também é conhecido como proibição da revolução reacionária, regra do não retorno da concretização ou simplesmente como proibição do retrocesso (CANOTILHO, 2003, p. 338). Teve origem na jurisprudência europeia, principalmente na Alemanha e em Portugal.

Na Alemanha, tal princípio foi fortalecido nos anos 70 do século passado, em um período que pôs em causa tais direitos. Era conhecido como a teoria da irreversibilidade e tinha como fator principal a proteção aos direitos de propriedade.

Surgiu como forma de garantir proteção jurídica a direitos que não eram consagrados pela Constituição. Esta cláusula era dirigida em sua origem ao legislador ordinário com o intuito de impedir, em quaisquer circunstâncias, que se retrocedesse no nível das prestações concretizadoras de direitos sociais.

No direito português, o professor Gomes Canotilho (2003, p. 260) foi um dos primeiros defensores de tal princípio. Entendia que quando um direito econômico, social ou cultural, constitucionalmente garantido, tiver obtido certo nível de realização legal, é possível conceber-se uma ação judicial contra o retrocesso ou desigualdade.

Expressava ainda que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados por medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas

alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação pura e simples desse núcleo essencial.

No entanto, o princípio da vedação ao retrocesso, vem sendo relativizado pela Corte Portuguesa, uma vez que este princípio somente atuará em casos limites quando houver a violação do núcleo essencial de um direito social ou do conteúdo do referido direito que já esteja sedimentado no seio da sociedade, e dos princípios da igualdade e da proteção da confiança.

A necessidade deste princípio estar necessariamente conectado a outros para a jurisprudência do Tribunal tem-se caracterizado por perfilhar a visão de que o princípio apenas poderá valer numa acepção restrita, valendo, por conseguinte, apenas quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação de outros princípios constitucionais.

O princípio da proibição do retrocesso social, a admitir-se, sempre carecerá de autonomia normativa em relação não só a outros parâmetros normativos de maior intensidade constitucional, mas de menor extensão económico-social, tais como, o princípio da igualdade ou o princípio da proteção da confiança legítima, que resulta da ideia de Estado de Direito, mas também ao próprio núcleo essencial do direito social já realizado e efetivado através de medidas legislativas.

Analisando um julgado da Corte Portuguesa, a invocação da crise serviu para acabar com a ideia de que salários nunca poderiam ser reduzidos e tributos não poderiam ser majorados. Como exemplo do caso, se pode citar o acórdão 353/2012 que declarou a constitucionalidade do não pagamento do subsídio de férias e da gratificação natalina aos servidores públicos no ano de 2012. Uma das justificativas para tal ato foi que pelo fato de tais pessoas exercerem atividade de interesse público, estas parcelas salariais deveriam ser temporariamente retiradas visando o bem da maioria da população. Os servidores públicos foram os principais prejudicados pela crise em Portugal. Apesar dessas decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional, o seu entendimento é que essas medidas são de curto prazo e dentro dos limites da proibição do excesso ser considerado demonstra como não possui mais força no direito português.

É notório que os direitos sociais não podem ser considerados isoladamente. Eles dependem do momento histórico e financeiro de cada Estado. O Tribunal Constitucional tem considerado que uma vez concretizado legislativamente um direito social, a sua posterior alteração legislativa deve ser aferida pelos princípios constitucionais fundamentais.

Associando, portanto, a violação da proibição do retrocesso à violação do princípio da proteção da confiança legítima (CROIRIE, 2013, p.37). São vários os acórdãos do Tribunal Constitucional a manifestar tal decisão, dentre eles o de número 188/09. Protege-se também o mínimo existencial, mas assegura-se que relacionado aos direitos sociais, o legislador sempre terá maior margem de conformação. De fato, se pode retirar da jurisprudência constitucional portuguesa que parece ser um consenso que o retrocesso por si só não implica qualquer violação da Constituição.

A realidade brasileira não difere da prática de seus colonizadores. A constituição brasileira é rica em direitos sociais, mas que estão longe de serem efetivados para todos.

A aplicação do princípio analisado era incipiente ainda no ano de 2010. Nesse contexto, observa-se que, embora distante das circunstâncias que gritavam, em tempo, ao Tribunal Constitucional de Portugal, o Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo um recente histórico (2014 - 2015) de decisões em que era aplicado o princípio da proibição do retrocesso, a exemplo da obrigatoriedade do custeio de serviços hospitalares privados para pacientes do SUS (ARE 727864 AgR/PR 28) passa a proferir recentes decisões nas quais, em tese, se observa uma implícita relativização do princípio da vedação ao retrocesso, a exemplo do RE 760931/DF 29, na qual foi discutida a questão de que a União responde tão somente em *ultima ratio* às dívidas trabalhistas e alimentares devidas aos seus funcionários terceirizados.

Não bastasse isso, percebe-se também uma violação à obrigação de uma atuação negativa do Estado, tanto em produtos, quanto em projetos legislativos que refletem um ideal de contrário ao que se apresenta na ideia de vedação ao retrocesso, tais como: EC 95/2016, que limita o teto dos gastos públicos e a Lei 13.429/2017, também conhecida como “lei da terceirização”.

Ou seja, em certa medida, vê-se que há influências da atual crise econômica na atuação do Supremo Tribunal, que mesmo sem uma expressa citação do princípio da proibição ao retrocesso, relativiza este último com teses jurídicas involutivas, de modo que propicia, devido à insegurança jurídica, uma indeterminação jurisprudencial quanto ao princípio em discussão.

2.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA APOSENTADORIA ESPECIAL

A aposentadoria especial foi instituída, inicialmente, pelo art. 31 da Lei nº 3.807/1960, a qual era concedida ao segurado que preenchesse os seguintes requisitos: mínimo de 50 anos

de idade e 15 anos de contribuição (carência), desde que tenha trabalhado por 15, 20 ou 25 anos em serviços que, conforme a atividade profissional, fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos. Veja-se que a aposentadoria especial foi estabelecida, inicialmente, com requisito de idade mínima, o que sofreu algumas alterações posteriores.

Em 1968, a Lei nº 5.440-A/1968 alterou o art. 31 da Lei 3.807/1960, suprimindo o requisito de idade de 50 anos e em 1964, com o Decreto 53.831, foi introduzida à legislação a relação de atividades prejudiciais à saúde e à integridade física, bem como dos agentes nocivos físicos, químicos e biológicos.

Em 1973, o art. 9º da Lei nº 5.890/1973 estabeleceu que a aposentadoria especial seria concedida ao segurado que contasse com, no mínimo, 5 anos de carência e trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos em atividades que, conforme a atividade profissional, eram consideradas insalubres, penosas ou perigosas, conforme decreto do Executivo.

Até 11/10/1996, quando entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.523/96, as atividades exercidas em ambientes insalubres eram consideradas presumidamente especiais, não sendo necessária a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos que se sujeitem estes profissionais, bastando simplesmente comprovar o exercício da profissão. No entanto, essa possibilidade de insalubridade por presunção extinguiu-se com o advento da Lei 9.032/95 em 28/04/95.

Após a referida data, extinguiu-se no direito brasileiro o enquadramento da atividade por grupo profissional, passando a exigir-se que o segurado comprovasse a exposição efetiva aos agentes insalubres através de formulário técnico expedido pelo empregador, “de modo permanente, não ocasional, nem intermitente”, além de laudo assinado por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

As pessoas que trabalham em ambientes expostos a agentes químicos, físicos e biológicos sofrem, em logo prazo, prejuízos à sua saúde ou à integridade física, o que justifica a proteção do Estado, tanto no âmbito do direito do trabalho como no âmbito do direito previdenciário. Para tanto, a Norma Regulamentar nº 15 do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE estabelece a relação de atividades e operações consideradas insalubres, estabelecendo os limites de tolerância considerados ideal para a saúde do trabalhador bem como assegura o percentual do adicional de insalubridade.

Neste contexto, a proteção às atividades de risco está disciplinada no § 1º do art. 201 da CF, segundo a qual:

§ 1º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral da previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

As atividades de riscos, que dão ensejo à aposentadoria especial, compreendem as atividades prestadas em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador. O § 4º do art. 57 da Lei nº 8.213/1991 estabelece que para ter direito a aposentadoria especial é necessário comprovar “exposição aos agentes químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes” por determinado período.

Impende destacar que a Lei nº 8.213/1991 não se refere mais a atividades insalubres, penosas ou perigosas, mas sim a agentes físicos, químicos e biológicos que são prejudiciais à saúde ou a integridade física. No mesmo sentido, o art. 189 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT considera como atividades ou operações insalubres “aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados”

A legislação Previdenciária ampara o trabalhador que esteve exposto em condições que prejudiquem sua saúde conforme dispõe o art. 57 da lei 8.213/91:

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

A Legislação previdenciária procurou conferir tratamento jurídico privilegiado para aquelas pessoas que tenham trabalhado sob condições nocivas a sua saúde, de maneira a viabilizar uma aposentadoria mais precoce e vantajosa do que as demais atividades profissionais.

2.4 MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/19 NA APOSENTADORIA ESPECIAL

O requisito para a concessão da aposentadoria especial, até a entrada em vigor da EC 103/19, era a efetiva exposição ao agente de risco por 15, 20 ou 25 anos, sem previsão de idade mínima.

Com o advento da EC 103/19, uma das alterações mais drásticas nos requisitos para a concessão da aposentadoria especial, foi o restabelecimento da idade mínima para a concessão deste benefício.

De acordo com o art. 19 da referida emenda, até que seja editada lei que trate acerca da idade mínima, para que o segurado faça jus a concessão da aposentadoria especial, além do exercício da atividade especial por 15, 20 e 25, será exigido a idade mínima de 55, 58 e 60, respectivamente:

Art. 19. Até que lei disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social após a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional será aposentado aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, com 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20(vinte) anos de tempo de contribuição, se homem.

§ 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria:

I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

- a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;
- b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição;

Além do restabelecimento da idade mínima, foi vedado a contagem de tempo ficta (conversão de tempo especial em comum) e a caracterização da atividade especial por categoria profissional ou ocupação.

A EC 103/19 também tratou da regra de transição para os segurados já filiados ao regime previdenciário antes da reforma, instituindo um sistema de pontos. Dessa forma, o total da soma dos pontos deverá acompanhar o seguinte regramento:

- I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;
- II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e
- III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição.

Antes da reforma previdenciária, a renda mensal inicial do benefício era calculado levando em conta os salários de contribuição a partir de julho/94, desconsiderando 20% dos

menores salários de contribuição, sendo o cálculo incidindo sobre os 80% maiores salários de contribuição.

Com a reforma, o artigo 26 da EC 103/19 unificou a metodologia de cálculo dos benefícios previdenciários, incluindo a aposentadoria especial, de modo que a nova regra de cálculo da RMI da aposentadoria especial limita-se a 60% do valor da média aritmética simples de todos os salários recebidos pelo segurado (devidamente atualizados para a data do cálculo), acrescentando a este cálculo mais 2% para cada ano de contribuição que exceder 20 anos para homens e 15 anos para mulheres.

3. RESTABELECIMENTO DA IDADE MÍNIMA NA APOSENTADORIA ESPECIAL –VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A idade mínima fixada em 50 anos para a concessão da aposentadoria especial vigorou no período de 1960 a 1968, durante a vigência da Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS.

Analisando a Legislação após a vigência da referida Lei Orgânica, em nenhum momento houve o restabelecimento da idade mínima, até que após a edição da EC 103/2019, foi apresentada uma regra de transição, com ares de permanente, estabelecendo idade mínima de 55, 58 e 60 anos de idade para os trabalhadores em atividades especiais de 15, 20 e 25 anos, respectivamente.

Podemos observar que a nova regra de transição desvirtua o objetivo central da aposentadoria especial que é a proteção da capacidade produtiva do segurado, retirando-o preventiva e antecipadamente do meio nocivo, a fim de que seja evitado evento futuro e incerto, porém, de alta previsibilidade, quando aumenta a idade mínima para 60 anos.

Considerando que o segurado inicie sua atividade laboral com 20 anos de idade e durante 25 anos, exerça atividade especial exposto ao agente nocivo eletricidade (alto grau de letalidade), terá que trabalhar por 40 anos para fazer jus a aposentadoria especial, isso acarretará a manutenção da exposição ao ambiente de risco insalubre ou perigoso por um período adicional de 15 anos, aumentando a degradação física do segurado.

O STF, ao julgar o tema 709, que analisou a constitucionalidade do §8º do art. 57 da Lei 8.213/91, definindo que ao segurado que for concedida a aposentadoria especial, terá que cessar o exercício da atividade especial após a sua concessão, sob pena de cancelamento do benefício:

I) É constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não. II) Nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros. Efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial a implantação do benefício, uma vez verificado o retorno ao labor nocivo ou sua continuidade, cessará o benefício previdenciário em questão", vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Celso de Mello e Rosa Weber.

Na decisão do STF, o critério adotado foi a preservação da integridade física do segurado, em razão de ocorrência de evento futuro e incerto ou doença, que é inerente a atividade especial exercida, o que torna premente o seu afastamento dessa atividade, após a sua aposentadoria.

Portanto, o restabelecimento da idade mínima para a concessão da aposentadoria especial afronta o princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez que o caráter central da aposentadoria especial foi retirado ao instituir idade mínima de 60 anos, inviabilizando totalmente a concessão do benefício.

4. CONCLUSÃO

Deve-se ter em mente que os objetivos fundamentais determinados pela Constituição Federal são inadiáveis ao direito, de modo que se deve entender que a atuação governamental não pode ser outra, senão aquela pautada em práticas para atingir seu alcance.

Para tanto, revela-se crucial a interpretação no sentido de considerar que o princípio do não retrocesso está presente no ordenamento pátrio, não só para garantir uma atuação negativa do estado, mas, de igual forma, ser possível uma exigência de uma prestação positiva estatal, a fim de concretizar os direitos subjetivos assegurados à população, especialmente quando tais direitos são ameaçados pela presença de uma teoria jurisprudencial essencialmente protetora do Estado.

Neste contexto, conforme o exposto, é possível extrair da EC nº 103/2019 que o núcleo essencial da aposentadoria especial foi modificado, qual seja, a preocupação com a saúde do segurado exposto a agentes prejudiciais, perdendo o seu sentido de ser. Ora, estabelecer uma idade mínima descaracteriza o caráter especial que essa aposentadoria tinha, qual seja, aposentar-se apenas pelo tempo de exposição efetiva aos agentes prejudiciais à saúde, tamanho é o prejuízo causado aos trabalhadores submetidos a esses agentes no longo prazo.

A professora Adriane Bramante de Castro Ladenthin assevera que restabelecer a idade mínima para a concessão da aposentadoria especial é um retrocesso social:

Exigir cinquenta anos de idade para a aposentadoria especial e vedar a conversão de tempo é um retrocesso social. Deve ser garantido ao trabalhador esse direito, sob pena de faltar mão de obra em muitas empresas se não houver estímulo para que exerçam funções que colocam em risco seu bem maior: a saúde.

Desta forma não há que se cogitar em cercear os direitos previdenciários, visto que se trata de direitos fundamentais, que visam garantir e a manter a dignidade da pessoa humana.

A aposentadoria especial praticamente deixa de existir, considerando que, com o restabelecimento da idade mínima, este benefício se aproxima muito das chamadas aposentadorias programadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES FILHO, Durval. **Direito Público em Seis Tempos Teóricos Relevantes e Atuais**. Florianópolis: FUNJAB, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9 ed. rev. ampl. Atual. Salvador: Ed. JusPodium, 2017.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. COIMBRA. ALMEDINA, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 20ª ed. São Paulo. Malheiros. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5.ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEZERRA, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BEZERRA, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRAMANTE, Ivani Contini. **Evolução e aspectos evolutivos. Proibição de retrocesso social**. In: KOSUGI, Dirce Namie (coord). *O princípio da vedação do retrocesso na previdência social*. São Paulo: LTr. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Tupinambá Pinto de Azevedo. In Revista do Ministério Público Nova Fase, Porto Alegre, v. 1, n. 18, p. 8-26, 1985, p. 9

CAMPO, Hélio Márcio. **Assistência jurídica gratuita**: assistência judiciária e gratuidade judiciária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7.ed. Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; Lazzari, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr> Data de acesso: 09/01/2022.

CROIRIE, Benedita Mac. **Os direitos sociais em crise? A crise e o Direito Público**. VI Encontro de professores português de Direito Público. ICJP, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, José Jairo. **Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. **O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria: análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34832>>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021.

JÚNIOR, Fredie Didier; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**. 6ª ed. Revista e atualizada. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Dispõe sobre a Reforma Trabalhista**. Brasília, DF. Disponível em: <[HTTPS://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm)> Acesso em 21/08/2021.

Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Dispõe sobre o Código de Processo Civil**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17. mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 21/08/2021.

Lei nº 10.537, de 27 de agosto de 2002. altera os artigos 789 e 790 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Custas e emolumentos da Justiça do Trabalho. Acesso em 21/08/2021.

Lei 5.584 de 26 de julho de 1970. **Altera dispositivos da consolidação das leis do trabalho.** Brasília. DF. Acesso em 21/08/2021.

Lei Nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. **Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm. Acesso em 21/08/2021.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *A reforma da previdência na aposentadoria especial.* São Paulo: LTr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª Ed. Editora Saraiva, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.**

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil -Direito de Família.** vol. V. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

RISKALLA FILHO, Carlos Alberto. **Custas, emolumentos e a justiça gratuita no direito do trabalho.** Mega jurídico, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho.** São Paulo: LTR, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 8ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.