

OS NOVOS CONTORNOS CONFERIDOS À APOSENTADORIA ESPECIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O JULGAMENTO DO ARE N. 664.335 SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

NEW LIGHT ASSIGNED BY SUPREME COURT TO SPECIAL RETIREMENT: THE CASE ARE N. 664.335 WITH THE PERSPECTIVE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Oksandro Osdival Gonçalves*
Antonio Bazilio Floriani Neto**

Resumo: O presente artigo teve como objetivo examinar os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no benefício previdenciário denominado aposentadoria especial. Para tanto, fez-se uso da hermenêutica histórica, haja vista a sua capacidade de reconstruir elementos motivadores de uma teoria. Com isso, puderam ser observadas as mudanças ocorridas nessa prestação até chegar à forma com que é concedida hoje. Atualmente, o segurado deve comprovar, mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário, a efetiva exposição a agentes nocivos por 15, 20 ou 25 anos. Ocorre que a autarquia previdenciária condiciona a redução no tempo de contribuição a um aumento no custeio, sob pena de ofensa ao equilíbrio econômico. Com essas premissas em mente, a matéria chegou à Suprema Corte brasileira e duas teses foram criadas. Nessa toada, o artigo buscou examinar de forma pormenorizada quais foram as proposições e como estas podem conferir novos rumos à matéria utilizando o ferramental da análise econômica do direito.

Palavras-chave: Aposentadoria especial. Empresas. Tributação. Análise econômica do direito.

Abstract: This article aimed to comment the effects of the decision rendered by the Supreme Court in the pension benefit called special retirement. With this purpose, the historical hermeneutic was used, especially for its ability to rebuild motivating elements of a theory. With this premises in mind, it could be observed the changes occurred in this pension until the way it is granted today. Currently, the insured must prove, by a form called professional profile, the effective exposure to harmful agents for 15, 20 or 25 years. It turns out that the social security authority determines the reduction in the contribution of time to an increase in funding, under penalty of offense to the economic balance. With these premises in mind, the matter came to the Brazilian Supreme Court and two theses were created. As a consequence, the paper aimed to examine what were the propositions and how they can give new directions to the matter, using the tools of economic analysis of law.

Keywords: Especial retirement. Firms. Tributation. Economic analysis of law.

* Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor da graduação e do mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Advogado; Faculdade de Educação Superior do Paraná; oksandro@cgaadv.com.br

** Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Especialista em Direito Previdenciário; Advogado; Rua Dr. Faivre, 141, Centro, Curitiba, PR, 80060-140; antonio@melissafolmann.com.br

Introdução

A existência de um meio ambiente laborativo, sadio e equilibrado é fundamental para o Estado, para o trabalhador e para a empresa. A importância para o poder estatal está ligada à eficácia dos direitos sociais consagrados no Texto Constitucional, entre os quais se destacam a saúde, o trabalho, a segurança e a Previdência Social. Para o trabalhador, trata-se de uma garantia não somente para exercer seu ofício com dignidade, mas também para gozar dos aludidos direitos. Já as empresas poderão aumentar sua produtividade com trabalhadores seguros e saudáveis.

Mais do que um mero objetivo, a consagração da saúde do trabalhador deve ser visualizada como um bem jurídico, resultado de avanços legislativos e constitucionais. Não por acaso, portanto, é tutelada não apenas pela ciência jurídica, mas também por outras áreas do conhecimento, como a Engenharia de Segurança do Trabalho e a Medicina do Trabalho.

Em âmbito jurídico, exemplos podem ser citados nas mais diversas áreas: Penal, Civil, Ambiental, Trabalhista, Tributária e Previdenciária.

A visão penal da saúde do trabalhador tem como escopo a responsabilização, englobando as condutas reprováveis, regradas pelo Código Penal, como, por exemplo, expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente (art. 132), à lesão corporal (art. 129, § 1º, I e § 2º) e ao homicídio (art. 121).

A ótica civil, por sua vez, busca a reparação do dano por meio de uma indenização, vincula-se ao direito das obrigações e pode ser resolvida em perdas e danos.

Por meio do prisma ambiental, o trabalho deixou de ser um mero *lugar*, passando a ser compreendido como um *meio ambiente*, haja vista as disposições contidas na Constituição de 1988, art. 200, VIII, e também na Convenção n. 155, da Organização Internacional do Trabalho (art. 4º-2). Por conta disso, os princípios de direito ambiental constitucionalmente consagrados, como o de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, e, até mesmo, a responsabilização pela sua degradação, podem ser aplicados ao trabalho.

Na esfera trabalhista, os conceitos de insalubridade, penosidade e periculosidade foram incorporados como adicionais, mas com eles não se confundem, eis que originariamente surgiram como um nexos causal entre o meio ambiente laborativo e as consequências no ser humano.

O ferramental tributário possibilitou que a saúde do trabalhador fosse custeada por toda a população, mormente pelas empresas, como ocorre com o seguro acidentário, previsto no art. 7º, XXVIII, da Constituição.

Por fim, chega-se à esfera previdenciária, na qual se analisam os benefícios a serem cobertos pelos mais diversos riscos sociais, como a invalidez, a doença, a morte e o exercício de atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Feitas essas considerações, há de ser realizado um corte metodológico. Por conta disso, o presente artigo se propõe a analisar o benefício previdenciário destina-

do aos trabalhadores que exerceram seu ofício expostos a agentes nocivos. Trata-se da aposentadoria especial, financiada pelo seguro contra acidente do trabalho (SAT).

A escolha do tema decorreu do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo no Recurso Extraordinário (ARE) n. 664.335/SC, o qual estabeleceu duas teses em relação ao mencionado benefício, conferindo novos contornos à matéria.

Nessa toada, o presente artigo destina-se a examinar, inicialmente, o sistema brasileiro de seguridade social previsto na Constituição de 1988 e, mais especificamente, o direito à aposentadoria especial no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Assentadas essas premissas, é estudado como ocorre o financiamento da prestação por meio do SAT. Ato contínuo, as atenções são voltadas à decisão proferida pela Suprema Corte brasileira no ARE n. 664.335/SC. Ao fim, apresentam-se os possíveis efeitos, utilizando-se o arcabouço teórico da análise econômica do direito (AED).

1 A Previdência Social e a cobertura dos riscos sociais

A Constituição pode ser considerada o “[...] fundamento de validade de toda a ordem jurídica” (BARROSO, 2009, p. 61), eis que são os seus dispositivos os responsáveis por conferirem unidade e coerência ao ordenamento jurídico.

Ao traçar um paralelo entre a ordem constitucional estabelecida em 1988 e a anterior, Sarlet (2008, p. 73) destaca o surgimento de significativas inovações na seara dos direitos fundamentais, podendo ser considerada a primeira ocasião em que foram tratados com a importância merecida.

Nesse passo, conforme bem elucida Piovesan (2011, p. 76), a Constituição Federal de 1988 constituiu um marco na institucionalização de um regime político democrático em nosso país, promovendo grandes avanços na consolidação legislativa dos direitos e garantias fundamentais. Por conta disso, a autora reputa o Texto Constitucional de 1988 como um dos mais avançados em relação a esses direitos (PIOVESAN, 2011, p. 77).

Ao projetar em seu preâmbulo a construção de um Estado Democrático de Direito e em seu art. 3º elencar como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, promover o bem de todos, a Constituição demonstra a sua acentuada preocupação “[...] em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social.” (PIOVESAN, 2011, p. 79).

Nessa toada, o legislador constituinte optou por estruturar o ordenamento jurídico com o valor da dignidade da pessoa humana, o qual pode ser considerado como núcleo básico e informador de todo o sistema, servindo como critério e parâmetro valorativo para a interpretação constitucional (PIOVESAN, 2011, p. 79).

Não por acaso, portanto, a Constituição de 1988 trouxe o conceito de seguridade social em seu art. 194, definida como o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurarem os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Em seu art. 196, a Carta Constitucional prevê a saúde como um direito de todos e impõe ao Estado garanti-la mediante políticas sociais e econômicas.

A assistência será prestada a quem dela necessitar, conforme o art. 203 do Texto Constitucional, e independe de contribuição, ou seja, visa atender a todos aqueles incapazes de proverem a própria manutenção (IBRAHIM, 2014, p. 12).

Por fim, a rede protetiva é formada pela Previdência Social, “seguro *sui generis*” (IBRAHIM, 2014, p. 27), haja vista a obrigatoriedade de filiação não apenas para o Regime Geral como também para o Próprio, apresentando como características gerais o fato de ser contributivo e de organização estatal. É de se mencionar, ainda, que o seu fim é amparar os cidadãos envolvidos nos riscos sociais, de modo a garantir um padrão mínimo de vida (IBRAHIM, 2011, p. 136).

Para o presente artigo, as atenções são voltadas ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e, mais especificamente, à prestação denominada aposentadoria especial.

O risco social a ser protegido é o *exercício de atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física*. Nessa toada, com a finalidade de evitar que o segurado sofra danos irreversíveis, o Estado brasileiro estabeleceu uma contagem de tempo reduzida para a sua obtenção. Nota-se a importância conferida ao meio ambiente do trabalho, o qual pode ocasionar doenças ao trabalhador. Feitas essas breves considerações iniciais, o próximo item é destinado à abordagem histórica da aposentadoria especial.

1.1 Hermenêutica histórica da aposentadoria especial

A hermenêutica histórica difere-se do “[...] tradicional método histórico-evolutivo da exegese” (BORGES, 2001, p. 133), isto é, não se resume à simples análise histórica, indo muito além: consiste na volta ao passado, à origem, ao momento de eclosão e à formação de uma teoria.

Entende-se ser necessária essa abordagem porque o presente artigo se destina a examinar as possíveis consequências no benefício de aposentadoria especial após o julgamento do ARE n. 664.335/SC, o qual conferiu novos contornos ao entendimento jurisprudencial e, ato contínuo, à aludida prestação. Assim, muito embora a lei tenha se pautado em uma direção, a sua interpretação à luz da Corte Constitucional modificou essa direção, como será melhor explicitado a seguir.

Por conta disso, se a decisão alterou os paradigmas acerca dessa prestação, imprescindível se torna conhecê-la a fundo. Para tanto, faz-se uso da hermenêutica histórica, método hábil em reconstruir os elementos e fatos motivadores de uma teoria (BORGES, 2001, p. 133).

Logo, para que seja possível a compreensão da teoria hoje vigente “[...] é necessário entender também porque ela foi erigida, isto é, saber quais as contingências históricas que, pragmaticamente, determinaram sua criação” (FOLLONI, 2013, p. 36), até porque “[...] não se compreende bem uma construção do passado pensando

exclusivamente em termos presentes.” (FOLLONI, 2013, p. 35). É nisso que o estudo passa a concentrar suas atenções.

De forma sucinta, a aposentadoria especial é o benefício previdenciário destinado ao segurado que tenha laborado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física (RIBEIRO, 2013, p. 33).

Essa prestação foi instituída no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei n. 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), em seu art. 31.¹

Resumidamente, a LOPS fixou três requisitos para a sua concessão: idade de 50 anos, carência² de 180 contribuições e um tempo de 15, 20 ou 25 anos de trabalho considerado penoso, insalubre ou perigoso.

Ao comentar esse benefício, Martinez (1998, p. 19) destaca que, com o passar dos anos, sofreu diversas alterações, no entanto, permaneceu “[...] ínsita a qualidade de direito excepcional.” Serão examinadas, então, as alterações.

O critério etário persistiu até o advento da Lei n. 5.440-A/68, que em seu artigo 1º suprimiu esse requisito. Ladenthin (2013, p. 108) comenta que, apesar de tal previsão legal, o INSS, em âmbito administrativo, somente reconheceu a inexistência da idade mínima em 1995, por meio do Parecer CJ/MAPAS 2.23, de 31 de agosto de 1995.

Atualmente, é a Lei n. 8.213/91, em seus artigos 57 e 58, responsável por disciplinar essa prestação e inexistente uma idade mínima para obtê-la.

Já a carência foi alterada pela Lei n. 5.890/73, responsável por reduzi-la para 60 contribuições. Hodiernamente, o art. 25, inciso II, exige 180 contribuições mensais.

No entanto, o ponto mais controverso (e também com maiores alterações) desse direito é outro: *como* o ofício poderia ser considerado penoso, insalubre ou perigoso para fins da obtenção do aludido benefício?

A Lei n. 3.807/60 estabeleceu que tal encargo regulamentar ficaria por conta de Decreto do Poder Executivo. Nesse contexto, foi editado o Decreto n. 53.831/64,³

¹ Art. 31 A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para êsse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

§ 1º A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal calculada na forma do § 4º do art. 27, aplicando-se-lhe, outrossim o disposto no § 1º do art. 20.

§ 2º Reger-se-á pela respectiva legislação especial a aposentadoria dos aeronautas e a dos jornalistas profissionais (BRASIL, 1960).

² Número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício.

³ Art. 1º A Aposentadoria Especial, a que se refere o art. 31 da Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, será concedida ao segurado que exerça ou tenha exercido atividade profissional em serviços considerados insalubres, perigosos ou penosos nos termos deste decreto.

Art. 2º Para os efeitos da concessão da Aposentadoria Especial, serão considerados serviços insalubres, perigosos ou penosos, os constantes do Quadro Anexo em que se estabelece também a correspondência com os prazos referidos no art. 31 da citada Lei.

Art. 3º A concessão do benefício de que trata este decreto dependerá de comprovação pelo segurado efetuado na forma prescrita pelo art. 60, do Regulamento Geral da Previdência Social, perante o Instituto de Aposentadoria e Pensões a que estiver filiado do tempo de trabalho permanente e habitualmente prestado no serviço ou serviços, considerados insalubres, perigosos ou penosos, durante o prazo mínimo fixado.

responsável por estabelecer o rol de agentes químicos, físicos e biológicos, bem como de serviços e atividades profissionais consideradas insalubres, perigosas ou penosas.

Ensina Ladenthin (2013, p. 109) que, posteriormente, veio a ser editado o Decreto n. 72.771/73, cujos anexos trouxeram, também, quadros de agentes agressivos e atividades profissionais passíveis de enquadramento. Anos mais tarde, foi publicado o Decreto n. 83.080/79, o qual igualmente apresenta em seus anexos I e II os agentes nocivos e as categorias profissionais.

Tendo esses conceitos em mente, pode-se afirmar que a comprovação do tempo de serviço especial por enquadramento vigorou durante vários anos e sob dois critérios: por categoria profissional e por exposição a agentes nocivos.

Nesse contexto, a fim de obter a prestação, bastava que o segurado comprovasse o exercício de um ofício que lhe colocasse em condição insalubre, perigosa, penosa ou, então, em exposição aos agentes considerados nocivos.

Importante destacar que nesse tempo se falava em presunção de risco, ou seja, não era exigida do trabalhador a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos ou das condições prejudiciais à saúde. Pelo contrário, profissionais como o engenheiro civil, químico, de minas, ou então químicos industriais, aeronautas, soldados, motoristas de ônibus e de caminhões de cargas, poderiam obter a aposentadoria especial caso comprovassem, única e exclusivamente, o exercício desses ofícios, eis que tais categorias profissionais se encontravam devidamente inseridas nos decretos disciplinadores da matéria.

Importante assentar que esse critério vigorou por décadas e sofreu importante reestruturação com o advento da Lei n. 9.032/95, responsável por extinguir a presunção de risco. Destaca-se que tal direito se encontra pacificado em âmbito jurisprudencial, ou seja, os principais tribunais pátrios comungam do entendimento de que 28 de abril de 1995 é a data limite para o enquadramento⁴ por categoria ou agentes nocivos. (BRASIL, 2005).

A contar da Lei n. 9.032/95, portanto, torna-se imprescindível a demonstração da exposição a agentes nocivos por qualquer meio de prova (RIO GRANDE DO SUL, 2013b; RIO GRANDE DO SUL, 2013c).

Nota-se a abrangência do termo “qualquer meio de prova”. Por conta disso, admitir-se-ia o reconhecimento da exposição, por exemplo, com o recebimento de adicionais de insalubridade, penosidade e periculosidade.

Art. 4º Os institutos de Aposentadoria e Pensões enviarão semestralmente à Divisão de Higiene e Segurança do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Previdência Social na forma do modelo a ser apresentado por essa Divisão relação das empresas que empregavam os segurados, a que tenha sido concedida aposentadoria especial.

Art. 5º As dúvidas suscitadas na aplicação do presente Decreto serão resolvidas pelo Departamento Nacional da Previdência Social ouvida sempre a Divisão de Higiene e Segurança do Trabalho, no âmbito de suas atividades.

Art. 6º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário (BRASIL, 2015).

⁴ Com exceção daquelas atividades a que se refere a Lei n. 5.527/68, cujo enquadramento por categoria deve ser feito até 13/10/1996, dia anterior à publicação da Medida Provisória n. 1.523, de 14 de outubro de 1996, como, por exemplo, ocorre com os engenheiros civis, de minas e eletricitistas.

Ocorre que não era esse o objetivo do legislador: alargar a forma concessória do benefício. O escopo era delimitar a matéria e criar um padrão a fim de que pudesse melhor regulamentá-la.

Com esse propósito, adveio o Decreto n. 2.172/97,⁵ momento em que se passou a exigir do segurado a comprovação da efetiva sujeição por meio de formulário embasado em laudo técnico. Hoje, esse formulário é denominado Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP). Essa exigência, inclusive, está prevista na Lei n. 8.213/91, art. 58, § 1^o, cuja redação está vigente.

Considerando todas essas alterações ocorridas, pode ser levantada a dúvida acerca de qual legislação aplicar ao caso em concreto, pois o segurado pode ter exercido condições especiais nos mais variados períodos, cada qual com vigência de uma lei distinta. Para dirimir essa inquietação, a jurisprudência tem assim se pronunciado:

O reconhecimento da especialidade da atividade exercida é disciplinado pela lei em vigor à época em que efetivamente exercido, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador. Desse modo, uma vez prestado o serviço sob a égide de legislação que o ampara, o segurado adquire o direito à contagem como tal, bem como à comprovação das condições de trabalho na forma então exigida, não se aplicando retroativamente uma lei nova que venha a estabelecer restrições à admissão do tempo de serviço especial. (RIO GRANDE DO SUL, 2013a, BRASIL, 2009).

Atualmente, a fim de que o segurado obtenha a aposentadoria especial, deve atender a dois requisitos: ter 180 contribuições para fins de carência e comprovar 15, 20 ou 25 anos de exposição a agentes nocivos, consoante dispõe o art. 57, da Lei n. 8.213/91.

Em face dessa redução no tempo exigido para a sua concessão, em especial se se comparar àquele exigido para obter a aposentadoria por tempo, exige-se uma maior contribuição previdenciária, sob pena de ofensa ao equilíbrio econômico do sistema previdenciário. Por conta disso, passa-se ao estudo do financiamento da aposentadoria especial.

2 Financiamento da aposentadoria especial

Para haver a efetivação dessa prestação previdenciária, imprescindível haver recursos, sendo a principal fonte de financiamento, nos Estados contemporâneos, os tributos (SCHOUERI, 2005, p. 1). O desafio, contudo, é harmonizar a escassez de recur-

⁵ Esse decreto trouxe alterações no art. 58, da Lei n. 8.213/91, que foram efetivadas por meio da Lei 9.528/97.

⁶ Art. 58 A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1^o A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista (BRASIL, 1991, grifo nosso).

tos, com a busca pela liberdade real (IBRAHIM, 2011, p. 136), sendo esse um importante aspecto acerca dos novos contornos conferidos à aposentadoria especial pelo STF.

Nessa linha de raciocínio e no âmbito da seguridade social, o constituinte impôs a todos o dever de contribuir, como se verifica no art. 195. O mencionado dispositivo, por conta disso, pode ser considerado o responsável por racionalizar (CORREIA; CORREIA, 2012, p. 118) a forma de custeio do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), prevendo em seus quatro incisos as contribuições a cargo do empregador (inciso I), do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social (inciso II), sobre a receita de concurso de prognósticos (inciso III) e do importador de bens ou serviços do exterior (inciso IV).⁷ Em seu parágrafo 9º, o Texto Constitucional ainda estipulou que as contribuições sociais a cargo dos empregadores, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei podem ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

Não foi deixada de lado pelo legislador constituinte a precedência da fonte de custeio (FOLMANN, 2014, p. 257), positivando-a expressamente no § 5º, do art. 195. Assim, “[...] o Estado brasileiro, através da Constituição Federal, previu um sistema protetivo a fim de atender às necessidades mais elementares do cidadão envolto em riscos sociais que emergem de sua própria existência humana [...]” (FOLMANN; FLORIANI NETO, 2013, p. 291), sendo um deles o exercício de atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, financiado pelo Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT), haja vista a redação do art. 57, § 6º⁸, da Lei n. 8.213/91.

A previsão constitucional do SAT está no art. 7º, inciso XXVIII. Inicialmente, o dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 7.787/1989, em seus arts. 3º⁹ e 4º.¹⁰ De acordo com esse ato normativo, o SAT era formado por uma alíquota única, de 2%. No entanto, poderia ser majorada caso a empresa apresentasse índices

⁷ Aqui vale lembrar que as importantes considerações tecidas por Folmann (2014, p. 255-280) a respeito da existência de duas fontes de custeio para a Seguridade Social, a primeira, delineada nos incisos previstos no art. 195, do Texto Constitucional, e a segunda decorrente de recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, havendo uma clara “[...] repartição de responsabilidades constitucionalmente estipulada de forma que a sociedade e o Estado contribuiriam para a existência e manutenção da Seguridade Social.”

⁸ 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.

[...]

§ 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 n. 8.213, 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 (BRASIL, 1991).

⁹ “Art. 3º A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a elas equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será:

[...]

II - de 2% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e avulsos, para o financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho.

[...] (BRASIL, 1989).

¹⁰ “Art. 4º A empresa cujo índice de acidente de trabalho seja superior à média do respectivo setor, sujeitar-se-á a uma contribuição adicional de 0,9% a 1,8%, para financiamento do respectivo seguro.” (BRASIL, 1989).

de acidentalidade superiores à média do respectivo setor. Essa contribuição adicional poderia variar de 0,9 a 1,8%.

Ocorre que a aludida sistemática não perdurou por muito tempo, sendo mantida somente até o advento da Lei n. 8.213/91, art. 22, II, responsável por conferir redação atual e disciplinar a essa exação.

Em apertada síntese, o SAT é uma contribuição social, cuja base de cálculo é o total de remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados e trabalhadores avulsos. A sua alíquota é de 1 a 3%, variável conforme o grau de risco da atividade preponderante da empresa: caso seja leve, terá a menor das alíquotas, ao passo que o risco médio é tributado com 2% e o grave, a mais alta.

O sujeito ativo é a União e o passivo, as empresas. Quanto à finalidade, o SAT se destina a custear eventuais danos causados à saúde dos empregados. Oliveira (2011, p. 184) ensina que a atual metodologia de proteção ao trabalhador conferida pelo SAT considera tanto pressupostos filosóficos quanto estatísticos, exprimidos por raciocínios como: o que aconteceu, acontecerá de novo, a causa do acidente será a mesma, o acaso existe, se distribui aleatoriamente e alcança a todos.

A empresa é visualizada como um indivíduo, pertencente a um grupo, determinado pela sua atividade econômica Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE). Vale dizer, há uma relação entre eventos acidentários de um mesmo ramo, por se acreditar existir: uma relação de causa e efeito; uma “continuidade fenomenológica” (OLIVEIRA, 2011, p. 184); uma força de associação; e, uma plausibilidade entre atividade econômica e acidentes laborativos.

As empresas são agrupadas com base na CNAE, que atua como um elo entre extremos: definir uma alíquota específica para cada empresa e uma geral para todos. Oliveira (2008, p. 33-34, grifo do autor) comenta que toda empresa

[...] tem duas facetas (dupla personalidade) existenciais: uma individual, dada pela personalidade jurídica que representa a si mesmo, sob visão *interna corporis*, segundo seu registro de nascimento (CNPJ); e uma outra, dita coletiva, pela roupagem econômica que representa a todos, dada pela CNAE ao qual pertence o CNPJ, em perspectiva externa *corporis*, em que a parte representa o todo e o todo prenuncia a parte.

A CNAE, portanto, revela-se como um parâmetro capaz para fazer um *link* entre essa dupla personalidade da empresa – vocação socioeconômica e a forma com que esta atende à sua razão de ser (OLIVEIRA, 2008, p. 34).

Por conta disso,

[...] assume a figura de um ser social cujos indivíduos, cada uma das empresas (CNPJ) integrantes comungam, convivem, concorrem, compram, vendem, apreçam, contratam, escrituram, licitam, alienam, participam do mercado bursátil, terceirizam, empregam, protegem e adoecem de maneira verossimilhante, entre outros, e, portanto reproduzem práticas multidimensionadas de plurais representações. Eis o porquê ontológico. (OLIVEIRA, 2008, p. 34).

Pois bem. Definidas as alíquotas com base na atividade econômica, a sua incidência é mensal e pode ser visualizada por meio de SEFIP/GEFIP. O lançamento do tributo é feito por homologação,¹¹ isso implica a responsabilidade de a empresa identificar a atividade preponderante, localizar a sua alíquota, identificar o valor devido e pagar a exação (IBRAHIM, 2014, p. 262). Até por conta disso, não há que se falar em qualquer responsabilidade do segurado/trabalhador na contribuição para o SAT.

No entanto, cabe destacar que não são as alíquotas (de 1 a 3%) do SAT base, por assim dizer, responsáveis por financiarem diretamente a aposentadoria especial.

Diz-se isso porque há um *adicional* com esse propósito específico: custear a prestação destinada ao trabalhador que tenha exercido atividade profissional exposto a agentes nocivos durante 15, 20 ou 25 anos.

Esse adicional foi instituído sob pena de ofensa ao equilíbrio financeiro do sistema previdenciário. Fala-se em ofensa ao equilíbrio financeiro porque a Receita Federal Brasileira (RFB) deixa de arrecadar por um período grande ao conceder a mencionada prestação. Não bastasse tal, o segurado tem condições de se aposentar prematuramente, com uma idade mais baixa. Logo, a sua expectativa de sobrevida será maior e, conseqüentemente, a prestação pode vir a ser paga por maior lapso temporal pelo INSS se se comparar com o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo. Aqui, vale lembrar que sobre a aposentadoria especial não há a incidência do famigerado fator previdenciário, multiplicador composto pela idade, tempo de contribuição e expectativa de sobrevida do segurado, cuja finalidade é retardar o ato concessório e desestimular segurados a se aposentarem com uma idade baixa.

Em outros termos, em vez de fazer com que o empregador simplesmente colocasse dinheiro no bolso do trabalhador, a norma lhe inseriu no “[...] polo passivo na relação jurídico-tributária com a RFB, na qual fica obrigado a recolher contribuição social decorrente da ativação da hipótese de incidência – expor o trabalhador a fatores de riscos à saúde e à vida.” (OLIVEIRA, 2011, p. 212).

Como consequência, tem-se o adicional do SAT, variável de 12, 9 ou 6%.¹² Esses percentuais são definidos conforme o tempo de trabalho exigido para obter a

¹¹ “Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

¹² Lei n. 8.213/91, “Art. 57 [...]”

§ 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 n. 8.213, 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 apo-

aposentadoria especial: se 15 anos, o percentual será de 12%; se 20 anos, o percentual será de 9%; e por fim, se 25 anos, o percentual será de 6%.

Importante destacar, ainda, que esse critério que relaciona a atividade econômica e o risco é denominado Grau de Incidência de Incapacidade Laboral Decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho (GIILDRAT), de Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) ou, simplesmente de adicional do SAT (OLIVEIRA, 2011, p. 217).

Ibrahim (2014, p. 274) explica que são diferentes denominações, porém similares. Por conta disso, o autor prefere o termo *adicional do SAT*, especialmente pelo fato de ser uma sigla já utilizada há muitos anos no direito previdenciário, além de as modificações terminológicas tornarem o assunto mais hermético. Com efeito, assiste razão ao autor, mormente por uma questão didática.

De qualquer sorte, seja qual for das três denominações, fala-se em alíquota e presunção de risco. Não bastasse tal, são duas normas invocadas: uma tributária e outra previdenciária (OLIVEIRA, 2011, p. 197).

A tributária, inerente à relação empresa-fisco, cujas atenções são voltadas ao financiamento da aposentadoria especial. Já a previdenciária, reside na relação entre o empregado/segurado e a Previdência Social visando à obtenção do benefício.

A última consideração a ser feita sobre esse adicional é que, diferentemente do que ocorre com o SAT, cuja incidência é sobre o total dos rendimentos pagos ou creditados de todos os empregados e avulsos, ele atua exclusivamente sobre a remuneração do trabalhador sujeito a condições especiais.

Apresentado o SAT, bem como o seu adicional, passa-se ao julgamento do STF no *leading case* ARE n. 664.335/SC.

3 O julgamento do ARE 664335/SC

Ao reconhecer a repercussão geral no ARE n. 664.335/SC, o STF estipulou como tema de n. 555 a discussão envolvendo o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual (EPI) como fator de descaracterização do tempo de serviço especial. A matéria constitucional invocada foi o § 5º, do art. 195, bem como do § 1º e *caput* do art. 201.

Resumidamente, a controvérsia girou em torno da precedência da fonte de custeio e aposentadoria especial, suscitando um embate entre direito social e financiamento.

sentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98).

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

Para empresa tomadora de serviços de cooperado filiado à cooperativa de trabalho, cooperativa de produção que remunere seus cooperados e para a empresa contratante de prestação de serviços relativa a serviços por cessão de mão de obra, o adicional terá alíquotas diferentes, conforme Lei 10.666/2003, artigos 1º, parágrafo 1º, 2º e artigo 6º” (BRASIL, 1991).

Argumentou a autarquia previdenciária que o simples fato de a empresa mencionar, por meio de formulário do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), a eficácia do EPI, estariam elididos os riscos para o trabalhador.

Com isso, haveria uma redução no SAT contribuído pela empresa. Logo, o argumento do INSS foi pela impossibilidade de conceder benefício sem a correspondente fonte de custeio, haja vista o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, em medida que vincula a concessão de aposentadoria especial ao pagamento do adicional do SAT pela empresa.

Nesse passo, se a empresa simplesmente deixar de cumprir com sua *obrigação tributária* e a Previdência, com o seu *dever* de fiscalização, poderá o segurado ser prejudicado com o seu *direito* à aposentadoria especial.

Assentadas essas premissas, surgiram as seguintes hipóteses no *leading case*: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador ao agente nocivo à sua saúde? O fornecimento de EPI, informado no PPP, descaracteriza o tempo especial?

Para tentar respondê-las, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, expôs a existência de duas linhas de raciocínio, quais sejam: proteção extrema e proteção limitada à eficiência do EPI (BRASIL, 2014, p. 35-36).

De acordo com a primeira, entende-se que independentemente da eficiência do EPI, a aposentadoria especial continua sendo devida, pois a insalubridade se relaciona com o meio ambiente laborativo e, especialmente, pelo fato de que este não sofre alteração com o fornecimento ou eficiência do EPI. Em outros termos, o meio ambiente do trabalho continuará sendo nocivo, de sorte que “[...] o fato gerador do benefício continuará incidindo.” (BRASIL, 2014, p. 36).

Já para a segunda, denominada proteção limitada, a aposentadoria especial não será devida quando restar “[...] comprovada a irrefutável caracterização do binômio risco-adequação do equipamento de proteção, sua efetiva utilização, e a eliminação/neutralização da relação dos agentes nocivos com os trabalhadores.” (BRASIL, 2014, p. 36).

O STF optou pela adoção da tese de proteção limitada à eficiência do EPI, entendendo que essa seria a melhor interpretação à luz da Constituição de 1988. Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux argumentou que se a Suprema Corte adotasse pelo *risco potencial do dano*, admitir-se-ia, então, a potencialidade do risco para as demais espécies previdenciárias, como, por exemplo: conceder a pensão por morte em eventual possibilidade da ocorrência do evento morte. Ademais, o relator expôs que:

À exceção da aposentadoria por tempo de contribuição, que possuía uma *ratio* logicamente diversa, é certo que todos os benefícios previdenciários apresentam um rico social correlato. O que não se pode afirmar é que todos decorrem de um dano efetivo. Peguemos, *verbi gratia*, a aposentadoria por idade. Pode-se falar em dano efetivo? Evidente que não, o dano que consta da norma é, evidentemente, presumido. (BRASIL, 2014, p. 37).

De acordo com a ótica da Suprema Corte, ignorar a eficácia do EPI para fins de concessão do benefício representaria no alargamento de sua hipótese de incidência, bem como tornaria “[...] irrelevante sua própria essência, ou seja, proteger o trabalhador do risco social do trabalho em condições prejudiciais à saúde.” (BRASIL, 2014, p. 37).

Assim,

[...] deve-se indagar: qual a finalidade da previsão constitucional do benefício previdenciário da aposentadoria especial? Por óbvio, é a de amparar, tendo em vista o sistema constitucional de direitos fundamentais que devem sempre ser perquiridos – vida, saúde, dignidade da pessoa humana –, o trabalhador que laborou em condições nocivas e perigosas à sua saúde, de forma que a possibilidade do evento danoso pelo contato com os agentes nocivos levam à necessidade de um descanso precoce do ser humano, o que é amparado pela Previdência Social. (BRASIL, 2014, p. 39).

Nesse contexto, o Ministro posicionou-se no sentido de que a aposentadoria especial deve ser considerada como um benefício excepcional e, por conta disso, somente deve ser concedida ao trabalhador que tenha efetivamente exercido seu ofício em condições que lhe prejudiquem a saúde ou a integridade física (BRASIL, 2014, p. 41). Essa foi a primeira tese adotada.

E mais, no voto afirmou-se que a concessão de aposentadoria especial, com redução do tempo de contribuição, não tem produzido o efeito esperado, ou seja, o de induzir as empresas a investirem em prevenção para reduzir os riscos do ambiente de trabalho (BRASIL, 2014, p. 22).

No que se refere ao agente nocivo ruído, foi confeccionada uma segunda tese, qual seja: inexistente EPI eficaz para afastar todos os danos ao organismo humano.

Vale dizer, mesmo que o equipamento de proteção individual (protetor auricular) seja hábil para elidir a agressividade do ruído, a fim de reduzi-lo à normalidade, a potência do som ainda terá o condão de causar danos ao organismo, os quais vão além da perda da função auditiva (BRASIL, 2014, p. 26).

Nesse contexto, não há que se cogitar “[...] uma proteção efetiva que descaracteriza a insalubridade da relação ambiente-trabalhador para fins da não concessão do benefício da aposentadoria especial quanto ao ruído.” (BRASIL, 2014, p. 30).

Diz-se isso porque as ondas sonoras propagam pelo corpo todo, podendo ensejar as mais variadas doenças. Nesse contexto, o Ministro teceu as seguintes considerações:

A segunda tese a ser firmada 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.

Adequando as duas teses ora firmadas, temos, nesta segunda, solução evidentemente provisória. Se atualmente prevalece o entendimento que não há completa neutralização da nocividade no caso de exposição a ruído acima do limite legal tolerável, no futuro, levando em conta o rápido avanço

tecnológico, podem ser desenvolvidos equipamentos, treinamentos e sistemas de fiscalização que garantam a eliminação dos riscos à saúde do trabalhador, de sorte que o benefício da aposentadoria especial não será devido. (BRASIL, 2014, p. 30).

Caso as inovações citadas sejam efetivamente criadas e implementadas, a Suprema Corte poderá, então, rever a validade da tese para o caso específico do agente nocivo ruído (BRASIL, 2014, p. 30-31).

Ao comentar sobre o PPP, entendeu o Ministro que recaía ao empregador a responsabilidade de preenchê-lo devidamente e, ao Estado, fiscalizar e punir aquela empresa que insere informações inverídicas no formulário.

Todavia, o simples fato

[...] de ele ser lavrado unilateralmente e o fato da Administração Pública fiscalizar não impede que haja uma revisão judicial, um acesso à Justiça para infirmar aquilo que o Instituto decidiu. Por isso é que estou dando a interpretação teleológica-sistêmica ao artigo 201, que remete a uma lei complementar, obrigando as empresas a cumprir requisitos que elas cumpriram, e estou então me posicionando contrariamente a esse enunciado das turmas recursais, fixando essa tese jurídica. (BRASIL, 2014, p. 49).

O enunciado mencionado pelo Ministro foi o de n. 09, da Turma Nacional de Uniformização (TNU), o qual determina o seguinte: “O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado.” (BRASIL, 2014). Ocorre que, de acordo com o seu entendimento, não há que se ventilar a hipótese de o EPI eliminar a insalubridade do ruído.

Terminado o voto, iniciou-se um debate sobre a questão do financiamento e da eficácia do EPI, momento em que o Ministro Luís Roberto Barroso trouxe para o embate a questão econômica: “[...] tudo na vida tem um custo, alguém paga; portanto, a questão não é de ser generoso ou não, a questão é de saber como se distribui, em uma sociedade democrática, os custos sociais.” (BRASIL, 2014, p. 53).

A fim de melhor refletir sobre a ideia lançada, o Ministro pediu vista. Ao ser retomado o julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso, resumidamente, aderiu ao entendimento do relator, fazendo questão de ressaltar a necessidade de delimitar a decisão à hipótese do ruído (BRASIL, 2014, p. 62).

Interessante destacar em seu voto outro momento em que aponta a importância da análise econômica, eis que há a possível criação de incentivos econômicos contrários ao cumprimento das normas protetoras da saúde e segurança dos trabalhadores (BRASIL, 2014, p. 71). Ora, se a empresa pode, com a mera informação no PPP, atestar a eficácia do EPI, conseqüentemente, sua tributação será reduzida. Logo, o empregador poderá ser induzido. Eis a reflexão:

Considerar que a declaração, por parte do empregador, acerca do fornecimento de EPI eficaz consiste em condição suficiente para afastar a aposentadoria especial, e, como será desenvolvido adiante, para obter relevante isenção tributária, *cria incentivos econômicos contrários ao cumprimento*

dessas normas. Com efeito, se os equipamentos de proteção individual tendem a ser mais baratos que os de proteção coletiva, e também são idôneos à obtenção da isenção do SAT Especial, não parece haver dúvidas sobre qual será a solução mais econômica para o empregador: a priorização dos EPIs em detrimento dos EPCs, ao contrário do que dispõem as NRs 6 e 9 do Ministério do Trabalho e o conhecimento técnico padrão sobre o assunto (BRASIL, 2014, p. 71, grifo nosso).

Por conta disso, Barroso (2009) fez questão de salientar que a aposentadoria especial não pode ser prejudicada tão somente com a eficácia do EPI contida no PPP:

Assim, pode-se afirmar, em síntese, que o fato de o empregador informar no perfil profissiográfico previdenciário (PPP), que trabalhador exposto a ruído acima dos limites de tolerância usou EPI eficaz, não é suficiente para afastar o direito à aposentadoria especial previsto no parágrafo primeiro do art. 201, da Constituição Federal. (BRASIL, 2014, p. 75).

Cabe ao segurado comprovar o seu direito, demonstrando que não houve a entrega de EPI adequado ao seu biotipo, que não houve treinamento na empresa, que os Certificados de Aprovação (CAs) dos EPIs informados nos formulários PPP eram efetivamente válidos, enfim, buscar qualquer meio de prova para afastar a informação que lhe é prejudicial ou não está em sintonia com o meio ambiente laborativo no qual exerce atividade remunerada.

Ao fim, o Tribunal assentou duas teses: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à saúde, de sorte que a eficácia do EPI afasta o respaldo constitucional e a exposição do trabalhador a níveis de ruído superiores aos limites legais não descaracteriza o direito à aposentadoria especial, mesmo com a informação do empregador no sentido de que o EPI é eficaz.

Dito isso, a próxima seção do presente trabalho é o exame dos possíveis efeitos da decisão proferida pelo STF no ARE n. 664.335/SC, utilizando-se o arcabouço teórico da análise econômica do direito.

4 O ARE n. 664.335 à luz da análise econômica do direito

Friedman (2000, p. 3-4) ensina que se existisse um único homem no mundo, este poderia ter diversos problemas, mas nenhum deles teria natureza jurídica. Acrescente um outro indivíduo e restará aberta a possibilidade de conflito, seja por um alimento seja por espaço ou por qualquer outro interesse. Assim, quanto maior for o número de indivíduos, maiores serão as possibilidades de seus interesses estarem em rota de colisão, premissa que se assenta pelo fato de as necessidades humanas serem ilimitadas e os recursos escassos (NUSDEO, 2013, p. 25).

Essa, inclusive, é a ideia da economia. A primeira assertiva decorre do fato de que o desdobramento das necessidades humanas, em menor ou maior escala, sempre existiu. Em épocas remotas, quando indivíduos viviam em pequenas comunidades, muitas vezes isoladas, as inovações eram lentas e o processo inovador va-

garoso. Uma das formas de rompimento desse marasmo ocorria quando diferentes tribos ou comunidades se encontravam, momento em que se presenciava uma explosão de novas necessidades e de conflitos. Mais recentemente é fácil visualizar a expansão das necessidades, haja vista a grande abrangência dos meios de comunicação e a criação de uma sociedade de consumo (NUSDEO, 2013, p. 25-26).

Já a segunda premissa, ao inverso da primeira, parte do pressuposto de que há escassez de recursos para satisfazer às necessidades dos indivíduos. Mackaay (2013, p. 37-38) comenta que escassez é o oposto da abundância, mas seu conceito não é tão simples assim, pois ela também possui um aspecto subjetivo: a escassez varia de acordo com o nível de conhecimento das pessoas, de região para região, de tempos em tempos. Isto é, a escassez está relacionada com a quantidade de informação sobre um fato ou um objeto e como utilizá-lo. O autor cita como exemplo o caso da empresa 3M com o *post-it*. Em experimentos, buscava-se elaborar um papel adesivo, mas por um erro na produção, a cola alojou-se em uma extremidade, formando uma linha com baixa aderência. Ato contínuo, a ideia inicial foi descartar o produto, eis que não seria útil. No entanto, um dos empregados da mencionada empresa teve o *insight* de utilizar o papel adesivo como lembrete para livros e documentos. Assim, encontraram um mercado para o *post-it* e a fórmula, anteriormente fracassada, tornou-se perfeita.

De volta à escassez, Mackaay (2013, p. 38-40) destaca que quando um objeto se torna escasso e não há o suficiente para todos os consumidores utilizarem, inicia-se uma disputa. Em caso pátrio, o recente racionamento hídrico na região Sudeste do Brasil é um exemplo. Por conta disso, a escassez impõe escolhas. A limitação e a iminência de exaurimento dos bens exige uma boa administração (NUSDEO, 2013, p. 27).

Se é assim, então nada mais óbvio que sociedades criem relações destinadas a enfrentar a escassez, implementando padrões decisórios. Logo, a economia pode ser definida como o estudo científico “[...] do comportamento humano e das relações e fenômenos dele decorrentes, que se estabelecem em sociedade permanentemente confrontada com a escassez.” (NUSDEO, 2013, p. 30).

Aqui, observa-se a importância do encontro entre direito e economia e da Análise Econômica do Direito (AED). A aplicação do instrumental econômico auxilia na compreensão, na explicação e na previsão “[...] das implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como a lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.” (RIBEIRO; GICO JUNIOR, 2013, p. 19). Subdividida em dois níveis epistemológicos, positivo e normativo, a primeira volta suas atenções para o *que é*, ao passo que a normativa para o *dever ser*.

A AED positiva “[...] se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos.” (SALAMA, 2008, p. 9). Em âmbito normativo, as atenções são voltadas às alternativas possíveis com base no critério normativo estabelecido (RIBEIRO; GICO JUNIOR, 2013, p. 21).

Destaca-se que a AED não é hábil para apresentar soluções a todos os problemas, tampouco

[...] consegue responder se a norma é justa ou injusta, certa ou errada, pois essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, subjetivos, mas pode contribuir para a identificação do que é injusto, já que toda regra que gera desperdício é ineficiente e injusta (MASSI; GONÇALVES, 2013, p. 213).

Feitas essas considerações introdutórias, acredita-se que os postulados fornecidos pela AED podem ser importantes para o exame em questão. Ademais, relembra-se o trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso acerca da possível criação de um estímulo reverso à proteção à saúde e à segurança do trabalhador com a informação acerca da eficácia do EPI no PPP.

E mais, tal premissa não decorre apenas da decisão do STF, mas também por incentivos concedidos pela própria Receita Federal. Veja-se a questão.

A Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil de n. 971/2013, em seu art. 293, § 2º, dispensa a empresa de recolher o adicional ao SAT quando comprova ter adotado medidas de proteção coletiva ou individual, responsáveis por neutralizarem ou reduzirem o grau de exposição do trabalhador a níveis de tolerância de modo a afastar a concessão da aposentadoria especial.

E qual o problema desse dispositivo, eis que expressamente prevê uma benesse à empresa que protege o seu empregado, ou seja, quem consegue afastar seu trabalhador da exposição a agentes nocivos ou, caso isso não seja possível, pelo menos o coloca em níveis legais de tolerância?

Acredita-se que são dois. O primeiro, ter previsto o EPI. O ato normativo faz uso de uma conjunção alternativa: “ou”. Logo, o empresário poderá escolher em investir nas medidas de proteção coletiva *ou* individual.

Equipamentos de proteção individual são todos os dispositivos ou produtos destinados à proteção de riscos do trabalhador, conforme a Norma Regulamentadora n. 6 do Ministério do Trabalho e Emprego (BRASIL, 1978). Entre os exemplos de EPI estão: capacete, capuz, óculos, protetor facial, máscara de solda, protetor auditivo, respirador purificador de ar, vestimentas, luvas, calçado, calça, macacão; todos constantes no anexo I, da NR n. 6.

Já a definição do EPC está no glossário da NR n. 10, item 8: “[...] dispositivo, sistema, ou meio, fixo ou móvel de abrangência coletiva, destinado a preservar a integridade física e a saúde dos trabalhadores, usuários e terceiros.” Não há exemplos no ato, mas de cabos de segurança a sistemas de exaustão, há uma infinidade de medidas que podem se enquadrar tanto em âmbito do EPI quanto do EPC. A diferença, contudo, está no preço: é muito mais vantajoso, financeiramente falando, o empresário investir na compra de luvas, óculos, máscaras, do que implementar o seu meio ambiente laborativo. É dizer, entre gastar alguns reais na compra de um protetor auditivo e investir milhares de reais em isolamento acústico de sua empresa, certamente optará pela primeira opção, fruto da racionalidade econômica.

Trata-se de uma questão óbvia, inerente à noção de lucro. Cavalli (2013, p. 133) destaca que “[...] a empresa organiza fatores de produção para obtenção de um

produto destinado à satisfação de necessidades alheias para trocá-lo por um valor superior ao que despendeu para produzi-lo, isto é, para obter lucro.”

Nesse sentido, utiliza-se o termo *economicidade de gestão* (CAVALLI, 2013, p. 135), isto é, a empresa busca o equilíbrio entre receitas e despesas visando obter lucro. Logo, entre comprar EPI e investir em EPC, a empresa, por buscar o lucro, comprará EPI, por ser financeiramente mais vantajoso. A questão está ligada, também, aos incentivos. Salama (2008, p. 22) expõe que “[...] nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios.”

O problema, contudo, são as consequências da adoção de EPI ou EPC: na primeira opção, um trabalhador específico é protegido. Na segunda, a empresa, como um todo, é aprimorada. Investir em EPC muda o curso de ação: não se trata de proteger individualmente um obreiro, mas de investir na promoção do meio ambiente laborativo. Aqui vale ressaltar a utilização do termo meio ambiente, o qual não se confunde com um mero local, mas de um “[...] conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.¹³ (BRASIL, 1981).

Logo, investimentos em EPC e em EPI não podem ser colocados em condição de igualdade. Feitas essas considerações, acredita-se que o objetivo do legislador constituinte, que é a proteção da saúde e da segurança do trabalhador, será alcançado com investimentos em EPC e não em EPI.

E mais, com a decisão proferida no ARE n. 664.335, não terá a Previdência Social qualquer incentivo para fiscalizar a empresa, eis o segundo motivo. Pelo contrário, visualizando o INSS como um agente econômico, cujo objetivo é reduzir os custos transacionais, tem-se que lhe será benéfica a eficácia do EPI, eis que não irá conceder aposentadoria especial.

Consequentemente é criado um cenário favorável ao “mau empregador”, que não investe em segurança do trabalho, expõe seus empregados a riscos e preenche de forma incorreta o formulário. Tudo isso, com o menor custo possível, investindo tão somente em EPI.

Por conta do exposto, entende-se que, do ponto de vista econômico, foi bastante eficiente para o INSS e para os empregadores o julgamento do ARE n. 664.335.

Não é forçoso lembrar, ainda, que o ônus de refutar as informações no PPP recai ao segurado, parte hipossuficiente da relação previdenciária. Assim, em que pese o próprio STF ter reconhecido a possibilidade de criação de incentivos contrários ao cumprimento das normas, o ambiente criado não se revela propício ao segurado, o qual pode ter seu direito social à aposentadoria especial comprometido.

¹³ Definição oriunda do art. 3º, inciso I, da Lei n. 6.938/1981, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (Pnama).

Conclusão

Ao julgar o ARE n. 664.335/SC, o STF estabeleceu duas teses em relação ao benefício aposentadoria especial.

A primeira estabelece que o direito à aludida prestação pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à saúde, de sorte que a eficácia do EPI afasta o respaldo constitucional. Esse entendimento gira em torno do princípio da precedência da fonte de custeio, ou seja, se o legislador confere uma contagem de tempo reduzida para a sua concessão, deve instituir uma maior tributação, sob pena de ofender, também, a isonomia.

A segunda consiste na premissa de que a exposição do trabalhador a níveis de ruído superiores aos limites legais não descaracteriza o direito à aposentadoria especial, mesmo com a informação do empregador no sentido de que o EPI é eficaz. O Pretório Excelso assentou o entendimento de que inexistem equipamentos eficazes para elidirem todos os danos à saúde do trabalhador no caso desse agente nocivo, mormente pelo fato de as ondas sonoras se propagarem por todo o organismo, gerando os mais variados efeitos.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso fez questão de aduzir que a matéria envolvia custos sociais, e, mais especificamente, como estes se distribuem e quem os custeia em uma sociedade democrática.

Por conta disso, abordou os possíveis incentivos econômicos da decisão no ARE n. 664.335/SC, em especial aqueles contrários ao objetivo constitucional. Nesse contexto, ganha espaço a análise econômica do direito.

Utilizando o arcabouço econômico, reúnem-se elementos para afirmar que a decisão do STF favorece o “mau empregador”. Essa premissa se assenta pela possibilidade de a empresa se eximir de pagar o adicional do SAT caso insira no PPP a informação de que o EPI fornecido ao empregado é eficaz. Com isso, a Previdência Social não concederá a aposentadoria especial. E mais, não terá incentivos para fiscalizar as empresas, pois terá menos gastos com a redução das concessões.

De outro giro, a situação revela-se sombria ao segurado, parte hipossuficiente da relação previdenciária, a quem recai o ônus de demonstrar que efetivamente trabalhou exposto a agentes nocivos a fim de obter esse direito social.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964. Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 mar. 1964. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D53831.htm>. Acesso em: 22 maio 2014.

BRASIL. Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Lei Orgânica da Previdência Social. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 set. 1960. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1950-1960/L3807.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 02 set. 1981.

BRASIL. Lei n. 7.787, de 30 de junho de 1989. Dispõe sobre alterações na legislação de custeio da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 jul. 1989.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Portaria GM n. 3.214*, de 08 de junho de 1978. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A47594D04014767F2933F5800/NR-06%20\(atualizada\)%202014.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A47594D04014767F2933F5800/NR-06%20(atualizada)%202014.pdf)>. Acesso em: 06 jan. 2015.

BRASIL. REsp. 639.066/RJ. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgamento em 20 set. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 07 nov. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. AgRg no REsp. 1.103.602/RS. Sexta Turma. Relator: Ministro OG Fernandes. *Diário da Justiça Eletrônico*, 03 ago. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.322.945 – DF*. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. *Diário da Justiça Eletrônico*, 08 mar. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25257509&sReg=201200974088&sData=20130308&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 22 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 664.335 Santa Catarina*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 09 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901>>. Acesso em: 20 abril 2015.

CAVALLI, Cássio. *Empresa, direito e economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOLLONI, André. *Ciência do direito tributário no Brasil: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOLMANN, Melissa. Contribuições sociais previdenciárias sobre folha de salários e análise econômica do direito: crise de destinação. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Org.). *Tributação: democracia e liberdade*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

FOLMANN, Melissa; FLORIANI NETO, Antonio Bazilio. Análise Econômica do Direito: Normas Brasileiras Referentes à Segurança e à Saúde do Trabalhador. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Org.). *Tributação, Concorrência e Desenvolvimento*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

FRIEDMAN, David D. *Law's Order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton University Press: New Jersey, 2000.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Niterói: Impetus, 2014.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Aposentadoria especial: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2013.

MACKAAY, Ejan. *Law and economics for civil law systems*. Northampton: Edward Elgar Publishing, Inc., 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial*. São Paulo: LTr, 1998.

MASSI, Juliana Machado; GONÇALVES, Oksandro. Algumas reflexões sobre a aplicação da análise econômica do direito ao direito do trabalho. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 14, p. 211-230, 2013.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. *Nexo técnico epidemiológico previdenciário NTEP e o fator acidentário de prevenção FAP: um novo olhar sobre a saúde do trabalhador*. 2008. 244 p. Tese (Doutorado em Ciência da Saúde)–Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. *Uma sistematização sobre a saúde do trabalhador: do exótico ao esotérico*. São Paulo: LTr, 2011.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. O Jurista que Calculava. In: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira (Org.). *O jurista que calculava*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria especial: regime geral de previdência social*. Curitiba: Juruá, 2013.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Acórdão APELREEX 5000895-84.2011.404.7001*. Sexta Turma. Relator: Celso Kipper. Decisão em 27 set. 2013a.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Acórdão 5009435-60.2012.404.7204*. Quinta Turma. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Decisão em 07 maio 2013b.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Acórdão 5034241-54.2010.404.7100*. Sexta Turma. Relator: Celso Kipper. Decisão em 27 set. 2013c.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, p. 4-58, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Introdução. In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Data da submissão: 19 de maio de 2014
Avaliado em: 05 de junho de 2014 (Avaliador A)
Avaliado em: 22 de junho de 2014 (Avaliador B)
Aceito em: 09 de junho de 2015