

Wagner Balera

PARECER

2013

A.D.

1. INTRODUÇÃO

O SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL e o SINDICATO NACIONAL DOS ANALISTAS TRIBUTÁRIOS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL formulam Consulta acerca dos efeitos previdenciários decorrentes da injunção que o Supremo Tribunal Federal efetuou em favor dos beneficiários da aposentadoria no regime próprio, diante da ausência do preceito normativo pertinente. Interessa destacar se a hipótese de conversão do tempo especial em comum é modalidade de tempo fictício.

O objeto de apreensão é a norma jurídica e a respectiva repercussão jurisprudencial. Nossas conjecturas serão extraídas e confirmadas através do texto legal e da injunção concretizada pela jurisprudência do Maximário Excelso no seu incontroverso papel de interprete maior da Constituição.

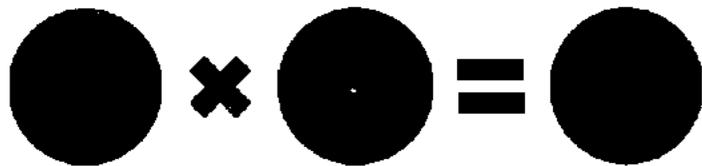
O rigor metodológico será observado como forma de legitimação do estudo.

2. RISCO SOCIAL

Os seguros sociais foram introduzidos através de sociedades de socorros mútuos; passando, posteriormente, a serem subvencionados e convertidos em obrigatórios e estatutários, na medida em que se centravam em riscos perfeitamente definidos. De fato, para os trabalhadores assalariados, as situações de invalidez, desemprego ou velhice significavam automaticamente a perda da sua única fonte de renda, criando, por extensão, situação de necessidade econômica quando não de miserabilidade.

WAGNER BALERA

A necessidade é presumida; aferida por meio da constatação do risco. A substituição da necessidade pelo risco alterou a perspectiva acerca do tempo. Tal como concebida, na proteção do tipo previdenciário, que considera o dado elementar do seguro, o risco se orienta através de um acontecimento incerto e futuro, de maneira que os seguros baseados no risco não se centram em necessidade presente, mas em uma possibilidade. O risco (R) coberto pelo seguro combina duas variáveis: a probabilidade (p) e o dano (D):


$$\text{Risco (R)} = \text{Probabilidade (p)} \times \text{Dano (D)}$$

O dano (D) é instrumento eficaz à diferenciação de risco e risco social. O dano é integrado por três fatores: i) valor; ii) tempo; iii) espaço. O fator valor se refere à quantidade econômica perdida. O tempo relaciona-se com o custo do dano, vinculando o valor à temporariedade da contingência. Quando mais tempo durar a contingência, maior será o valor do dano.

Os efeitos dos danos cobertos pela Seguridade Social não se limitam à pessoa do segurado. Os danos são reflexivos a terceiros com os quais o principal afetado interage direta ou indiretamente. O terceiro fato, enfocado na reflexão do dano, é o que caracteriza o risco como social, vinculando-o à Seguridade Social. O reflexo do dano é a razão pela qual alguns riscos são obrigatoriamente cobertos pela Seguridade Social, caracterizando-se como riscos sociais. Esses riscos que exigem a oferta de um padrão mínimo de bem estar, justificam a ação social na proteção dos danos aparentemente individuais.

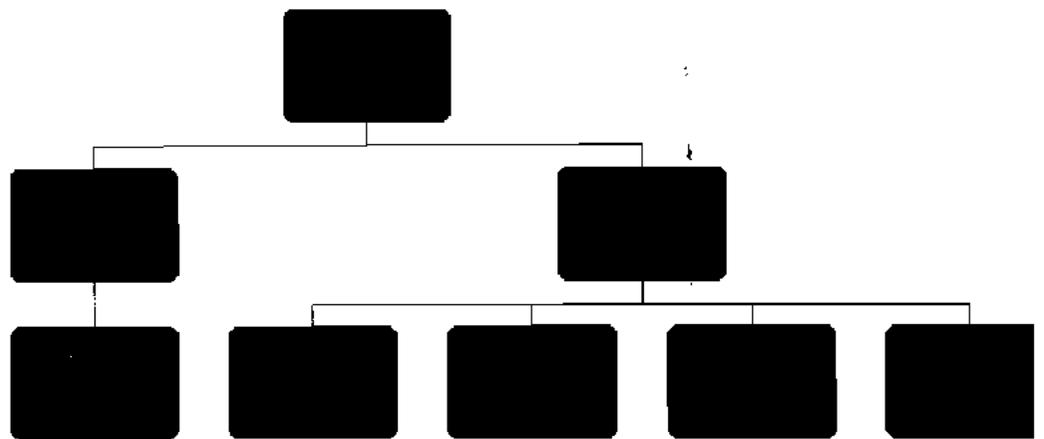
Assim, ainda que o objetivo do sistema de Seguridade Social seja a cobertura da necessidade, a forma estrutural pela qual a necessidade econômica pode ser associada com determinados riscos é o dado permissivo de compreensão dos riscos como fundamento de redistribuição. Em qualquer caso, os sistemas de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

A caracterização do risco como social relaciona-se com a teleologia do sistema. Inobstante as teorias que negam a teleologia do Estado, parece ao signatário que a aferição da natureza social do risco decorre da conexão entre o dano e o interesse social, consolidado na finalidade estatal de proteger os interesses individuais comuns, ou seja, os interesses sociais.

Não interessa, aqui, a catalogação dos riscos sociais. Entendo que o arrolamento seria efêmero, pois afeto a relatividade temporal. Interessa, tão somente, a teorização geral; na elaboração de um tópoi adequado à natureza caótica do sistema de Seguridade Social, sem que tal verdade possa, de todo, ser admitida.

O risco tipo é a invalidez. Não aquele fato tido como imponível da aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, contudo o fenômeno na sua máxima ampliação pragmática e semântica. Discordamos daqueles que conhecem a idade ou o tempo de trabalho como riscos sociais. Tais situações são instrumentos de constatação dessa realidade.

A invalidez é a incapacidade substancial para o trabalho; a impossibilidade fenomênica ou ideal do sujeito exercer a atividade. Essa circunstância pode ser comprovada ou presumida:



A espécie fenomênica deriva da realidade. Sua aferição demanda prova, pois o fato deve ser atestado dentro da realidade concreta. A invalidez presumida não é imaginação legal, mas constatação estatística da probabilidade. Sem prejuízo à realidade, a norma seleciona fato que representa abstratamente um ideário de invalidez; reputando sua materialização quando da ocorrência concreta. Isto é, quando o sujeito comprova a idade está, em realidade, demonstrando por meio da presunção a invalidez substancial para o trabalho (risco social). Não se trata de ficção¹, mas de processo lógico; juízo que confere suposta causalidade a dois fatos que meramente demonstram correlação.

A presunção decorrente é absoluta, não admitindo prova em contrário. Constatado o fato – tempo e/ou idade – presume-se *iuris et de iure* a invalidez. Tal característica impõe a vitaliciedade ao benefício concedido, diante da impossibilidade de comprovação, como ocorre na invalidez real, da reabilitação substancial ao trabalho.

¹ CARVALHO, Cristiano Rosa de. *Ficções e Sistema Jurídico Tributário – Uma Aplicação da Teoria dos Atos de Fala no Direito*. São Paulo: Tese de doutoramento PUC/SP. 2006, p. 69 e ss.

Há outros fatos individuais que implicam em danos sociais. Essas situações podem se originar de sem número de circunstâncias, que serão relevadas ou não mediante o processo de escolha (seleção) legislativa. Aquelas situações selecionadas são tidas como riscos sociais normativos. Isso não importa na descaracterização social dos riscos não escolhidos. Aguardam *in fieri* que lhes sejam captados os contornos quando resultar atingido o ideal da universalidade da cobertura e do atendimento.

Os riscos não selecionados, inobstante sua qualidade social, são indiferentes ao direito. A indiferença não decorre do positivismo, sobretudo porque essa metodologia afere somente a Ciência do Direito. Não vemos empecilhos em compreender os riscos não selecionados como sociais, desde que, contudo, a conjectura esteja pautada em métodos racionais ou naturalistas. Sob a percepção positiva, não há alternativa senão conferir essa qualidade apenas aos riscos sociais eleitos como tais pelo ordenamento jurídico.

2.1 Risco Especial

A palavra “especial” tem diversos significados. As possibilidades semânticas decorrem dos múltiplos contextos onde o termo pode ser empregado². Não se quer, aqui, definir a generalidade das situações especiais; significado aceito em todas as áreas onde o termo é utilizado. Objetivamos, tão somente, compreender a semântica e a pragmática da palavra dentro do campo restrito do direito positivo previdenciário brasileiro.

² FLUSSER, Vilém. *Lingua e Realidade*. 3ª Ed. São Paulo: Annablume. 2007, p. 131.

A lei é a fonte primária do direito. Dela podemos extrair a norma jurídica dando vida a abstração normatizada. O significado jurídico da palavra "especial" decorre da observação empírica da norma jurídica (objeto de apreensão). A dialética inerente ao processo de cognição retorna a conjectura ao objeto verificando sua adequação à teleologia do sistema. Através da lei, portanto, criamos e corroboramos o significado do termo.

A hierarquia dinâmica presente no ordenamento impõe à investigação início constitucional. A apreensão parte da Constituição Federal finalizando no exame das normas jurídicas individuais e concretas. A supressão de qualquer das etapas pode afetar o resultado, ante a ausência de verificação dinâmica da fonte utilizada.

A Constituição Federal é omissa na definição do significado do termo "especial", cuidando apenas da valoração do fato como risco social. Em ambos os regimes previdenciários, próprio e geral, a especialidade é conhecida como contingência social, ensejando prestação. As normas constitucionais que ajustam os regimes (artigos 40 e 201) carecem de aplicabilidade plena, reservando expressamente à lei sua completa eficácia.

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

A especificidade legal procedeu da temporariedade do fato, eis que à aposentadoria especial incumbe dar proteção àqueles que durante um prazo indeterminado realizam as respectivas atividades em ambiente mais agressivo ou sob risco mais acentuado, enquanto que a aposentadoria comum se encarrega de proporcionar cobertura a todo e qualquer tempo de trabalho.

WAGNER BALERA

As prestações de aposentadoria especial e comum, contudo, decorrem de um mesmo fato-tipo, descrito no caput do artigo 52 e corroborado no inciso II do artigo 25 da Lei nº 8.213, de julho de 1991. Trata-se da situação fenomênica da atividade laborativa, definida no artigo 42 como certo e determinado lapso de tempo.

Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do sexo masculino.

A origem do preceito é indiferente à verificação do risco. Importa constar (mediante dados objetivos) o presumido desgaste à atividade física do trabalhador.

A conjectura é corroborada pelo dado neutro lançado no artigo 25, II do mesmo Diploma. O sistema permite a concessão de prestações de aposentadoria pelo simples decurso de certo lapso de tempo de atividade. As três situações decorreram da filiação, permitindo a aquisição da qualidade de segurado. E, da filiação, mediante o decurso de tempo, sacam a presunção da incapacidade para o trabalho.

É o aperfeiçoamento da cultura previdenciária; o refinamento da compreensão do risco social no seu todo considerado que faz aflorar a modalidade especial da aposentadoria por tempo de trabalho.

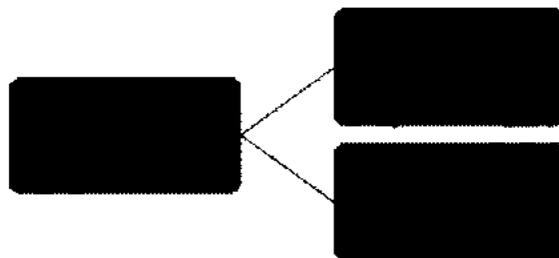
Perceberam bem essa circunstância DANIEL MACHADO DA ROCHA e JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR ao afirmarem, com base na categoria aristotélica: *“Na essência é uma modalidade de aposentadoria por tempo de serviço, com redução deste em função das peculiares condições sob as quais o trabalho é prestado, presumindo a lei que o seu desempenho não poderia ser efetivado pelo mesmo período das demais atividades profissionais”*.³

A carência acaba por se constituir, destarte, no único traço diferencial entre as distintas modalidades de aposentadoria especial quando confrontadas com a matriz comum (que outrora, com maior exatidão, fora denominada aposentadoria ordinária [art. 10 do Decreto n. 4682, de 1923 – Lei Eloy Chaves]. As circunstâncias especiais não foram objeto de descrição legal. A matéria foi cominada ao labor regulamentar. A lei omite-se quanto as razões justificadoras da especialidade, ocupando-se apenas da sua caracterização teleológica. Podem, destarte, ser elevadas à hipótese de circunstâncias especiais situações da vida que, de cotio, surgem no meio ambiente cultural ou social.

Sacando dessa indeterminação conceitual um certo significado, a Lei n. 8.213, de 1991, considera que a atividade especial será aquela que *“prejudique a saúde ou a integridade física”* do segurado.

O significado legal da palavra “especial”; termo distinto do “comum” foi explicitado pelos diversos decretos regulamentares que cuidaram do tema que acabaram traçando um divisor de águas entre duas situações:

³ ROCHA, Daniel M., BALTAZAR JUNIOR, José P., *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, Livraria do Advogado, Porto alegre, 2000, p. 203.



Com o surgimento de sempre maiores restrições à concessão do benefício, porém, a legislação veio a impor exigências que relacionem o trabalho com o respectivo ambiente.

Não interessa tanto, destarte, a atividade em si, mas o ambiente dentro no qual a mesma é desempenhada. A causalidade é operada através da conexão, genética (origem) ou funcional (decorrente), entre a doença e os agentes nocivos eventualmente existentes no ambiente de trabalho.

Esse modelo importa duas tarefas. A primeira se traduz na verificação das condições do ambiente de trabalho, inferindo através de aferição técnica a presença ou não de agentes nocivos, bem como suas frequências e graduações. Num segundo momento impõe-se a averiguação da causalidade entre o agente nocivo constatado, observando todas as suas peculiaridades, e o desgaste adquirido ou desencadeado.

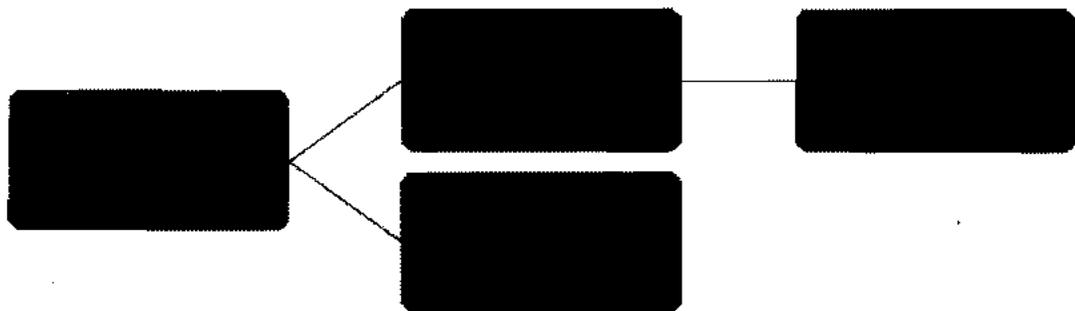
A primeira tarefa é atribuída ao Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho – LTCAT. Através desse estudo, necessariamente desenvolvido por um Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho, a empresa constata os agentes nocivos presentes em seus ambientes, relacionando paralelamente quais atividades encontram-se expostas a esses agentes, em quais graduações, frequências e periodicidade.

WAGNER BALERA

A segunda tarefa restou assumida pelo Decreto nº 3.048/99. Através de modelos, devidamente atualizados pelo Decreto nº 6.042/07, objetivou-se a causalidade, especificando por agente as doenças passíveis de aquisição ou desencadeamento.

A liturgia da qualificação do tempo especial inicia-se pelo conhecimento do ambiente de trabalho ocupado pelo segurado. Conhecido o dado, a investigação passa à apreensão das informações presentes no LTCAT, localizando, se existente, os agentes nocivos estavam presentes no ambiente quando da prestação do trabalho pelo empregado. Formada a situação, a conjectura é posta à corroboração pelo Decreto nº 3.048/99. Verificada a conexão entre o fato do trabalho e o agente nocivo presente no ambiente, é o caso da tipificação ensejadora da especial.

O dado presente no LTCAT é demasiado importante na aferição da atividade, haja vista ser ele o instrumento legal à constatação da nocividade laboral (especialidade). A inexistência de agentes nocivos nos ambientes da empresa impossibilita a tipificação da atividade como especial, em face de ausência do pressuposto básico da sua existência. A regra só confere cobertura ao segurado (empregado) que exerça suas atividades em ambientes nocivos, cuja continuidade determinada o elege para a aposentadoria especial. O sujeito hipotético da aposentadoria especial é aquele que logra comprovar a nocividade da atividade exercida em certo ambiente.

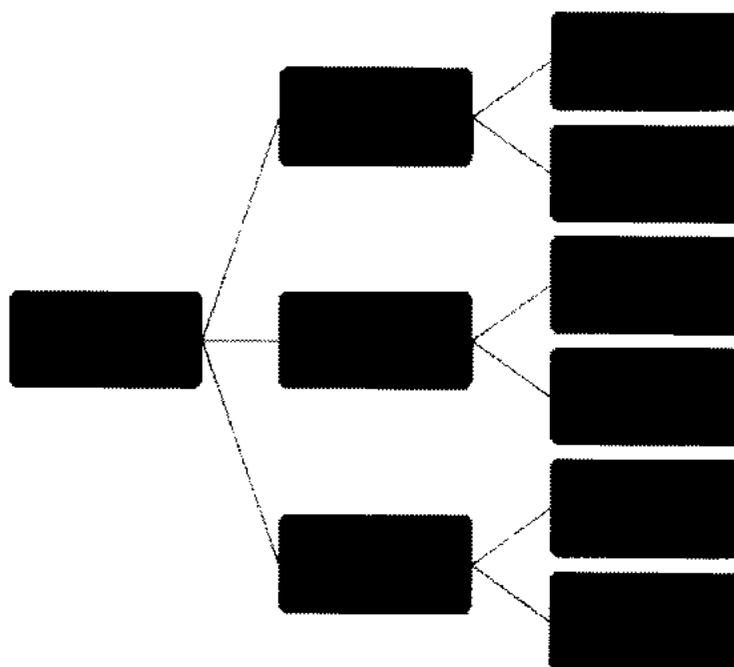


Os empregados que trabalham em empresas sem ambientes laborais nocivos devidamente apurados em LTCAT não beneficiarão da especial.

Creemos que, assim sumariado, já se pode dar por compreendida – tanto quanto interessa ao deslinde da questão principal aqui proposta – a disciplina legal atualizada da aposentadoria especial.

2.2 Espécies de Aposentadoria

A aposentadoria pode ser classificada de inúmeras formas. Interessa-nos, diante dos limites metodológicos do estudo, apenas a classificação quanto a: i) origem; ii) temporariedade; iii) repercussão tributária e trabalhista.



Na primeira forma, podemos especificar a aposentadoria real em: i) especial; ii) comum. A aposentadoria especial legitima a concessão de benefício mediante circunstância de tempo diferenciada. Enquanto o aposentado especial torna-se elegível ao benefício mediante redução de determinado lapso de tempo (tudo em função, é claro, da especialidade das condições de trabalho), o segurado que atua em condições comuns de trabalho está subordinado ao prazo ordinário para a concessão da prestação.

Quanto a temporariedade, constata-se que o legislador não ignorou que podem existir situações nas quais o segurado exerceu atividades, ao longo do tempo, que nem sempre foram localizadas em ambiente impróprio ou cujas características específicas são, presumivelmente, agressivas. Nessas situações foi admitida a qualificação especial do tempo no qual a atividade expôs o trabalhador a maiores riscos e, conseqüentemente, resultou admitida a conversão – mediante a mais rígida observância de critérios técnicos - do tempo prestado sob condições especiais em tempo comum.

Não se trata, como alguém poderia supor, de ficção. O tempo não é de mentira. É, isso sim, um tempo que, por assim dizer, custou mais a passar devido à maior exposição do trabalhador aos riscos ambientais ou do trabalho. A norma, por presunção, houve por bem qualificar de modo especial tal tempo porque a cobertura teve que ser mais intensa no lapso de tempo considerado.

É o que assinalam, com propriedade, ARTHUR BRAGANÇA e FÁBIO BERBEL quando afirmam que a norma “*presume*” que, após certo tempo de exposição ao agente nocivo, o segurado tornar-se-á incapaz de se manter com certa dignidade.⁴

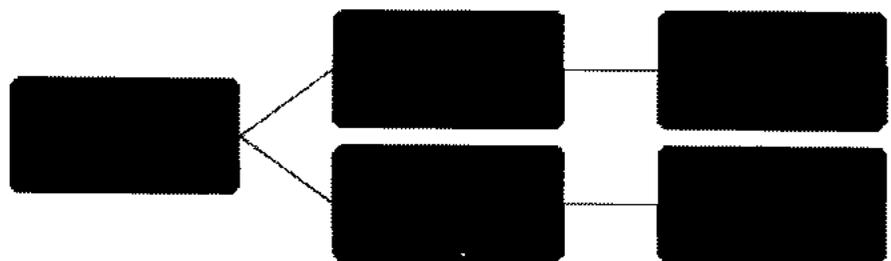
⁴ WEINTRAUB, Arthur Bragança, BERBEL, Fábio Vilela, *Manual da Aposentadoria Especial*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 36

WAGNER BALERA

De fato. O tempo de trabalho, conquanto tenha a maior valia constitucional (vide art. 1º da Lei Magna) é, igualmente, vetor de desgaste da integridade física do trabalhador. Com o advento da maior idade (a assim chamada idade avançada) a presunção do desgaste físico do obreiro é total, desencadeando a aposentadoria por velhice. Esta, inclusive, no serviço público, adquire o caráter de compulsoriedade.

A seu modo, a aposentadoria especial é o instrumento previdenciário que protege o trabalhador do especial desgaste que as respectivas circunstâncias de trabalho acabaram por provocar.

A temporariedade seleciona a prestação a ser concedida, determinando a concessão de aposentadoria comum sempre que o segurado não tenha cumprido todo o tempo em condições especiais, reservando entretanto a aposentadoria especial para aqueles que se sujeitaram durante toda a vida laborativa a maiores sacrifícios impostos pelo decurso de tempo em condições mais ampliadas de risco social. Ambas as espécies de aposentadoria estão sujeitas a condições reais de tempo.



A unicidade do ordenamento jurídico compreende o tempo como dado sistêmico. Sua verificação não se limita ao âmbito previdenciário, podendo repercutir em outras searas jurídicas.

3. Da omissão normativa e sua consequência

3.1 Mandado de Injunção

Consoante relatam os documentos que me foram encaminhados pelos consulentes, as decisões proferidas tanto no **Mandado de Injunção Coletivo nº 836** quanto no **Mandado de Injunção nº 4.216**, que removeram o óbice da falta de lei complementar que disciplinaria (melhor dizendo, deveria ter disciplinado) a aposentadoria especial no âmbito do serviço público.

E, de fato, aquele julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, supriu a lacuna normativa da aposentadoria especial para o servidor público distrital, e houve por bem encaixar a hipótese de incidência de tal benefício no modelo normativo estampado no Plano de Benefícios do Regime Geral. É o que afirma o Ministro AYRES BRITO ao assentar:

“Quanto à presença das demais condições, necessárias ao deferimento das almejadas aposentadorias especiais aos servidores públicos substituídos processualmente pela parte impetrante, é de ser aferida no bojo dos respectivos processos administrativos e na forma da Lei nº 8.213/91. “

As condições e requisitos para a concessão do benefício especial, portanto, são aquelas mesmas aplicáveis ao trabalhador sujeito ao direito comum previdenciário, enquadrado no regime disciplinado pela Lei nº 8.213, de julho de 1991.

Surgia, destarte, o regime jurídico da aposentadoria especial do servidor, em tudo e por tudo idêntico ao regime jurídico da aposentadoria especial que confere cobertura ao segurado do regime geral. *Ubi eadem ratio, uni eadem iuri dispositio* sublinha o vetusto aforisma dos romanos.

Ergo, tudo o que se aplica como regramento da aposentadoria especial que beneficia o segurado vinculado ao regime geral é de ser aplicado ao servidor público.

Para que nenhuma dúvida houvesse a respeito, o Ministro AYRES BRITO ainda fez questão de sublinhar:

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

O que significa dizer que a decisão é “pleno operante”?

Que em todos os aspectos do regime jurídico da aposentadoria especial do servidor público devem ser observados os requisitos e critérios aplicados no regime geral.

É o que afirmara, igualmente, quando da decisão do Mandado de Injunção n. 795, o Supremo Tribunal Federal, ao decretar:

“...proponho como solução para integrar a norma constitucional garantindo-se a viabilidade do direito que lhe é assegurado no art. 40, § 4º, da Constituição brasileira, a aplicação ao caso, no que couber a partir da comprovação dos dados perante a autoridade administrativa competente, do art. 57 da Lei n. 8.213/91”

Não teria nenhum cabimento que o inteiro teor do preceito – insisto, o preceito que confere certo “regime jurídico” ao instituto da aposentadoria especial – fosse aplicado à meias.

Eis o inteiro regime jurídico da aposentadoria especial do servidor:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

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

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98) (Vide 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. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

§ 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

Como não havia – e ainda não há – norma disciplinadora do direito à aposentadoria especial dos servidores, o Supremo Tribunal Federal preencheu a lacuna com estrita observância da isonomia de proteção social entre os integrantes dos distintos regimes previdenciários existentes no país.

De fato, o decisório da Mais Alta Casa da Justiça pátria confere plena eficácia ao objetivo fundamental da seguridade social estampado no art. 194, parágrafo único, inciso I, da Lei das Leis, que impõe a “universalidade da cobertura e do atendimento”, verdadeira expressão da isonomia em tema de proteção social.⁵

⁵ Vide, a propósito, o meu *Noções Preliminares...*, citado, p. 104 e seguintes.

A verificação do tempo de trabalho em condições especiais enseja, automaticamente, o direito subjetivo público do titular de tal direito a fazer valer esse tempo de trabalho como melhor convenha à respectiva proteção social.

A conversão íntegra, como deixa claro o teor do § 5º do transcrito art. 57 da Lei n. 8.213, de 1991, o fato imponível do benefício previdenciário da aposentadoria especial. Dada a relevância do tempo numa prestação cujo elemento diferencial é o risco no tempo, se dela for retirado tal atributo não terá como produzir seus efeitos especiais em favor do beneficiário.

Não basta à configuração do risco fenomênico que gera a aposentadoria especial a simples concessão do benefício a quem cumpra os requisitos para obtenção de tal prestação.

Tal risco compreende, igualmente, a situação daqueles que, mesmo não tendo trabalhado por toda a vida em condições de maior agressividade, carregarão consigo consequências do pouco ou muito tempo em que militaram sob a exposição real ou potencial de agentes agressivos.

Quando se pretendeu a pura e simples revogação do § 5º do art. 57 da Lei em estudo – como intentara brutalmente a Medida Provisória n. 1.663, de 1998 – o legislador repeliu tal atentado ao direito social e ao regime jurídico do benefício.

Bem observa FABIO ZAMBITTE IBRAHIM que esse fato *“reforça a possibilidade de conversão, inclusive em períodos posteriores a 28 de maio de 1998”*.⁶

⁶ IBRAHIM, Fábio Z., *Curso de Direito Previdenciário*, Impetus, Rio, 17ª ed., 2012, p. 635.

Caso a aposentadoria especial não possa ser concedida o tempo de trabalho sujeito a condições especiais merece considerada em outro quadrante, vale dizer, no cômputo do tempo comum, carregando consigo os atributos de risco que a ele se encontram inexoravelmente colados.

A qualidade jurídica do tempo especial perante o regime geral não pode ser distinta, ou mesmo inexistir, no regime próprio. Estar-se-ia diante de cabal afronta ao dogma da isonomia que, em matéria de seguridade social, com ainda maior cuidado deve ser observado porque se cuida de direito humano fundamental.

Aliás, a Constituição é suficientemente explícita ao impedir quaisquer afrontas à isonomia nos regimes de proteção previdenciária contemplados em seu seio.

É o que claramente deflui do seguinte comando, engravado no interior do art. 40 da Lei Magna:

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
I - portadores de deficiência;
II - que exerçam atividades de risco;
III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

O sistema de seguridade social é um todo que se especializa sem perder a unidade conceptual e lógica.

Seus distintos regimes são expressões de especificidades das assim chamada clientelas protegidas que, sob certos aspectos, são revestidas de peculiaridades inerentes ao teor de relacionamento que mantêm com a comunidade protetora.⁷

Todas as formas de filiação implicam na outorga do catálogo de direitos sociais que, ao longo do tempo, foram sendo incorporados ao patrimônio dos trabalhadores; patrimônio que conforma a comunidade protegida.

Aliás, ao preceito genérico encartado no catálogo dos direitos sociais estampado no art. 7º da Constituição de outubro de 1988 são adossados dois outros – o art. 40 e o art. 201 – a revelarem o cuidado com que a Norma Fundamental tratou desse direito fundamental da pessoa humana.

Essa conjectura desvenda a amplitude pragmática do citado parágrafo do artigo 40, que quer estabelecer o protagonismo isonômico entre todos os trabalhadores.

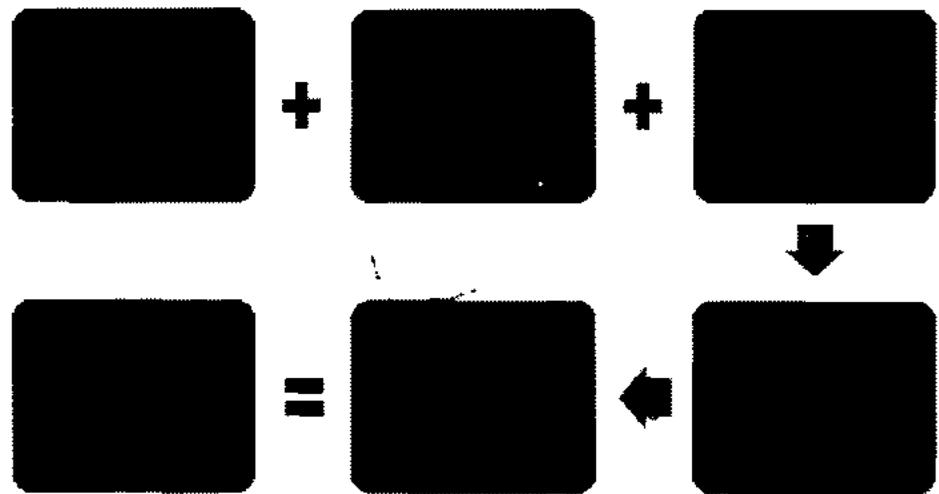
As condições especiais fixam, com maior precisão, a relação causa-efeito, estendendo para situações paralelas ao exercício do trabalho ordinário o atributo adicional da perspectiva temporal diferenciada em razão de um gravame de difícil mensuração individualizada. É como se o potencial de lesividade que as condições especiais desvelam não pudesse merecer apuração individualizada porque o risco é social e, enquanto tal, se encontra adossado à massa protegida.

Isso não condiciona a caracterização da circunstância especial ao deferimento do benefício pela Previdência Social, sobretudo porque há outros requisitos para a outorga do mesmo.

⁷ Cf. o meu *Sistema de Seguridade Social*, LTr, São Paulo, 6ª edição, 2012, p. 31 e segs.

A circunstância especial pode não gerar benefício previdenciário mas, ainda assim, foi atuarialmente estimada para efeito da respectiva inserção no modelo (no tipo, como se diz na linguagem hermética do direito penal) de contagem de tempo diferenciado que inere a tais circunstâncias de trabalho.

Através da cibernética e das conclusões obtidas podemos modelar o instituto da aposentadoria especial, estabelecendo hipótese de qualificação:



Percebe-se, destarte, que posso armar a hipótese normativa sem extrair dela, necessariamente, a consequência da concessão do benefício especial.

Ainda assim restará evidenciado que o traço diferencial de todo esse arcabouço jurídico é o relativo à contagem do tempo de trabalho.

WAGNER BALERA

Como lembrava, com propriedade, o saudoso ANTONIO CARLOS OLIVEIRA, trata-se de *“benefício baseada no tempo de serviço, mas tal serviço se refere à atividade profissional exercida em condições especiais...”*⁸

Em essência é de exercício do trabalho peculiar que se trata, no qual o ambiente influencia a qualificação do tempo, assim como os gravames impostos pelas circunstâncias dentro nas quais a atividade é desempenhada.

ANDRÉ STUDART LEITÃO, monografista do tema, acentua: *“Não basta o simples exercício de atividade prejudicial à saúde ou à integridade. Também não é suficiente a prática de atividade nociva durante o tempo previsto no aludido preceptivo. É preciso que as duas condições estejam presentes cumulativamente, de modo que se atinja o tempo previsto (15, 20 ou 25 anos), tendo como referência, obviamente, uma atividade especial.”*⁹

Essa modalidade de benefício não se confunde com as demais porque as causas que levam à proteção especial justificam critérios diferenciados de contagem do tempo de trabalho para efeitos de obtenção de condições de elegibilidade ao benefício conferido ao trabalhador.

A qualificação do tempo como especial, semelhantemente ao procedimento de incidência, pressupõe a exata satisfação de todos os elementos que compõe o tipo. A ausência de um dado, mesmo que mínimo na conjuntura, blinda o fato da incidência mantendo a característica inicial do tempo.

⁸ OLIVEIRA, Antônio Carlos, *Os benefícios*, in Curso de Direito Previdenciário - Homenagem a Moacyr Velloso Cardoso de Oliveira, coordenado por Wagner Balera, LTr, São Paulo, 5ª edição, 2002, p. 100.

⁹ LEITÃO, André Studart. *Aposentadoria Especial. Doutrina e Jurisprudência*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 70.

O direito previdenciário integra o campo do direito público. A interpretação de suas regras deve ser estrita, evitando alargamento semântico a fim de impor consequências jurídicas a algo estranho ao possível normativo. Tais regras, como adverte MIZABEL DERZI, devem ser conhecidas como tipos penais, onde a ambiguidade é resolvida através da restrição dos significados.

O fator de conversão integra o tipo previdenciário da aposentadoria especial e representa o ferramental técnico de distinção desse benefício quando cotejado com os demais.

Não se trata, convém por de manifesto, de critério sacado por algum alquimista que tenha, por conseguinte, criado um tempo fictício.

Em verdade, a aplicação das tabelas de conversão é fruto de certa equação matemática entre o tempo buscado e o tempo a converter. Evidentemente, a carga de especialidade que envolve o tempo implica em que o mesmo seja distendido, de arte a torna-lo isonômico ao tempo comum.

Trata-se de tempo que existe no tempo; não de ficção. É, isso sim, tempo que custa mais a passar porque sujeita o trabalhador a exposição do agente nocivo. A incapacidade que daí decorreria é presumida.

Expliquemos melhor.

Sendo o critério temporal comum, apto a gerar o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, o cômputo de 35 (trinta e cinco) anos de trabalho é esse o lapso de tempo que deve ser considerado como ponto de partida para a respectiva mitigação, constatadas condições especiais de atividade.

Com base em critérios técnicos, ditados pela ciência atuarial, o legislador estipula a redução do tempo de trabalho para, *exempli gratia*, 25 (vinte e cinco) anos.

Se tomarmos em consideração o tempo comum e a respectiva valoração como especial, verificaremos que a divisão dos 35 anos previstos para a aposentadoria ordinária pelos 25 estipulados para a especial é o vetor 1,40.¹⁰

Conclui STUART: “*Benefícia da aposentadoria especial apresenta-se como uma medida profilática destinada ao combate preventiva de situações de invalidez.*”¹¹

A subsunção não deriva da simples constatação da presença de circunstância especial de tempo. Conjetura, diferentemente, que esse tempo seja associada ao trabalho exercido em circunstâncias gravosas. Neutralizar tal tempo, em detrimento do trabalhador, é denegar-lhe a proteção especial que lhe assegurara o constituinte e sob a qual foi injungido pelas medidas judiciais reiteradamente concedidas.

¹⁰ O art. 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 1999, com as modificações introduzidas pelo Decreto n. 4.827, de 2003, disciplina a questão relativa à conversão do tempo especial em tempo comum. O Regulamento aprovado pelo Decreto n. 83.080, de 1979, explicitava, em seu art. 60, § 2º, o modo de conversão:

§ 2º Quando o segurado tiver trabalhado em duas ou mais atividades penosas, insalubres ou perigosas, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo que lhe corresponda para fazer jus à aposentadoria especial, ou quando tiver exercido alternadamente essas atividades e atividades comuns, os respectivos períodos serão somados, aplicada a Tabela de Conversão seguinte: (Alterado pelo Decreto nº 87.374, de 1982)

¹¹ LEITÃO, André, *op. cit.*, p. 98

A não-incidência que resultaria da qualificação do tempo especial como fictício não decorre da integração dos trabalhadores no regime jurídico da aposentadoria especial. A não-incidência inexistente como tal; é um não ser, uma inferência lógica a que se chega por contraste: o que não é o ser é o não-ser. A não-incidência, portanto, é um efeito. É tudo o-que-não-é.

O fenômeno da não-incidência projeta consequências nítidas no plano pragmático, mormente quando a investigação enfoca a qualificação do tempo de trabalho prestado por alguém.

Os fatos não modelados na hipótese de incidência, sejam jurídicos ou meramente sociais, são efeitos da não-incidência. Existem para a sua seara, sendo, todavia, indiferentes para a aferição da incidência. O fato afeto à hipótese é um não-ser; fenômeno estranho a incidência que nada gera no plano da norma analisada.

O entendimento que qualifica o tempo especial como ficto parece querer ignorar, às completas, o ônus a que se sujeitou o trabalhador durante certo período de sua vida laborativa. Essa ruptura do regime jurídico previdenciário da aposentadoria especial, criando um fosso de desigualdade entre os integrantes da comunidade protegida, agride a dignidade da pessoa humana!

É como se os trabalhadores do Brasil fossem classificados em duas classes. Para os cidadãos de primeira classe o tempo melhor qualificado leva em conta os agentes nocivos que, por presunção, afrontaram a integridade do trabalhador. Já os de segunda classe não merecem a mesma sorte. Que assumam por si mesmos os gravames, pois a comunidade lhes dá as costas e faz de conta que esse tempo, o mesmo tempo, com os mesmos atributos e efeitos, não existe no tempo.

A deformação do fato imponible da aposentadoria especial, impedindo a atribuição de efeitos ao tempo como tal reconhecido, insere um mecanismo defeituoso no delicado fenômeno da incidência e impede a constatação material (pericial) das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente.

A hipótese de incidência da aposentadoria especial deixa de existir para o grupo dos servidores públicos.

Toda a paciente construção jurisprudencial da norma de incidência, estampada em diversos Mandados de Injunção, se transforma em verdadeiro trabalho de Sísmico.

Aos trabalhadores públicos, que tinham sido, com verdade, erigidos ao *status* previdenciário isonômico defronte aos trabalhadores privados, retornam ao limbo a que os relegara a inércia do legislador.

Sobre decorrer diretamente do trabalho – valor social qualificado pelo art. 1º da Superlei - o tempo especial também fora acoplado aos agentes nocivos verificados no ambiente laborativo, apreendendo-se assim a pertinência causal entre a morbidez (presumida, como assinala STUART) e os eventuais agentes nocivos constatados.

Ao contrário do que ocorre com a ficção, no estudo das circunstâncias de fato que qualificam o tempo como especial é considerado que o risco de incapacidade futura é um dado baseado em probabilidade estatística. Vale dizer, neste caso, que o direito torna certo o que é provável. E a esse fenômeno a teoria geral do direito denomina presunção.

Na presunção, como se sabe, a lei deduz consequências de fatos que são tidos como verdadeiros, até mesmo quando não tenham sido cabalmente demonstrados.

Trata-se, mais propriamente, de certo juízo lógico que estabelece o liame de causa e efeito entre certos fatos.

Assim, deduz-se que uma vez comprovada a atividade especial – exigência insuperável para o deferimento da prestação – é de se presumir que podem surgir efeitos danosos à saúde ou à integridade física do trabalhador.

De um fato conhecido e comprovado a norma saca consequências que presumem fato ainda não conhecido ou, até mesmo, que jamais será constatado.

O fato do dano (vale dizer, do agravamento concreto da situação de saúde do trabalhador, que poderia ser considerado o cerne da questão se o benefício pleiteado fosse o da aposentadoria por invalidez) é posto entre parênteses pela presunção. É da própria natureza do agente agressivo desencadear comprometimentos à saúde daqueles expostos aos efeitos danosos. Eis a clara manifestação de uma presunção!

Poder-se-ia indagar: e por que não foi efetivamente investigado o efeito danoso?

A resposta não pode deixar de ser taxativa: porque o legislador optou, dentro do campo de discricionariedade política que somente a ele pertence, pela utilização da técnica da presunção.

Tem cunho doutrinário a definição de presunção estampada no Código de Direito Canônico, assim grafada:

*Cân. 1584 — Presunção é a conjectura provável de uma coisa incerta; pode ser de direito, quando é determinada pela lei, ou de homem, se é deduzida pelo juiz.*¹²

No caso em estudo a presunção é de direito porque o legislador instituiu a aposentadoria especial que consiste, ao fim e ao cabo, na redução de certo período de tempo ordinariamente necessário para a obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição em razão da conjectura de que, provavelmente, a exposição de alguém a agentes nocivos desgasta a integridade física de alguém, justificando-se que a retirada do mesmo ocorra em um tempo reduzido.¹³

Aliás, o tempo foi eleito pelo legislador como dado relevante dentre outras componentes que estão relacionadas com o exercício do trabalho.

Em verdade, ao operar a seletividade das prestações, em cumprimento ao comando estampado no art. 194, único, III, da Norma Fundamental, o legislador atenta para circunstâncias de fato que qualifiquem o risco social de modo suficientemente idôneo a justificar a cobertura proporcionada.

O ciclo de formação do tempo especial se completa dentro de determinado período que tanto pode ser o padrão, de quinze, vinte ou vinte e cinco anos, quanto aquele que se amalgama ao tempo comum.

Ao qualificar como fictício o tempo convertido, o entendimento mais recente faz retornar a normatividade à pré-história do direito previdenciário, momento no qual só seria admissível a concessão de benefício a quem comprovasse, mediante perícia médica, a incapacidade substancial para o exercício de qualquer trabalho, id est, o requisito para o deferimento da aposentadoria por invalidez.

¹² Código de Direito Canônico, promulgado pelo Papa JOÃO PAULO II, tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Edições Loyola, 1983.

¹³ NONATO, Orosimbo — *Presunções e Ficções de Direito*, in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* por J. M. Carvalho Santos, vol. XXXIX, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, sem data de publicação;

Ocorre que a verificação das condições do ambiente de trabalho, apurada através de aferição técnica da presença ou não de agentes nocivos, bem como suas frequências e graduações não exigiu, nos termos do regime jurídico da aposentadoria especial, tal como vigente em nossos dias, a averiguação da causalidade entre o agente nocivo constatado e a perda da sanidade física. Esse itinerário restou suprimido pela presunção legal descritora do tipo do benefício em estudo.

Sem embargo, o iter comprobatório de qualificação do tempo especial parte de dado objetivo de realidade, não de ficção. Trata-se de investigar, *icti oculi*, o ambiente de trabalho, para a pertinente elaboração do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho – LTCAT, elemento essencial para a instrução do processo de reconhecimento do tempo de serviço sob condições especiais, nos termos do art. 7º, II, da Instrução Normativa MPS/SPS Nº 1, de julho de 2010.

Informações presentes no LTCAT, localizando, se existentes, os agentes nocivos que estavam em cena quando da prestação do trabalho, terão a maior relevância porque o Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho constata os agentes nocivos presentes e as atividades expostas a tais agentes, com anexos aspectos de graduação, frequência e periodicidade.

O LTCAT é componente instrumental para a definição do sujeito protegido e do conseqüente teor de proteção social que lhe será conferido.



Quem quer que trabalhe em ambiente laboral nocivo, devidamente apurado em LTCAT, está sob a cobertura apta a legitimá-lo a pleitear o benefício especial.

Quem, ao reverso, não esteja sujeito à hostilidade ambiental fica, em princípio, albergado na moldura genérica do tipo aposentadoria por tempo de contribuição.

O LTCAT não estabelece ficção jurídica. O método não cria realidade materialmente inexistente, contemplando o resultado com existência jurídica. O processo lógico decorrente desse nexos estabelece presunção, ensejando conclusões aparentemente verdadeiras a partir de dado conexo porém externo.

O produto do LTCAT prescinde de corroboração pragmática, tendo em vista que sua veracidade está sujeita ao teste real. A presunção estabelecida é relativa, permitindo, pois, prova em contrário. Havendo paradoxo entre o real e o LTCAT, o ordenamento privilegia a informação proveniente deste, mormente porque as conjecturas, como salientava Popper, devem ser validadas pelas corroborações.

4. O PREENCHIMENTO DA LACUNA NORMATIVA

A norma ordena a norma, sistematizando a realidade jurídica e harmonizando os elementos do repertório dentro dos princípios de estrutura estabelecidos. A atribuição estrutural não se resume à coexistência do repertório, mas também a regulamentar a adequação sistemática ao ambiente, promovendo sua interação aos fenômenos externos. O dado ideal não pode ser dissociado do elemento real, de tal forma a validar ficções que dissimulem a realidade que se pretende regulamentar.

A natureza dinâmica inerente ao sistema jurídico permite sua autorregulação. Os elementos danificados são substituídos pela norma estrutural, adaptando o sistema jurídico às realidades externas, ou aos outros sistemas sociais. A abertura não é excessiva. A integridade é preservada. A calibração estrutural seleciona as mensagens externas, relevando-as ou não para o sistema jurídico¹⁴.

A nomogênese realeana¹⁵ explica a calibração da interferência externa, atribuindo ao valor a função de adaptar o sistema à nova conjuntura externa, maximizando o objetivo sistemático na solução de conflitos e garantia de expectativas. A autorregulação ou a regeneração não opera, apenas, no plano sintático. A intromissão exterior abre semântica e pragmaticamente o sistema, alterando as significações sem alterar a forma sintática do repertório.

As extensões semânticas e pragmáticas são limitadas. Atingido o perímetro, a estrutura regenera o sistema substituindo o elemento danificado por outro adequado à teleologia sistêmica. A influência externa se resume a dado fomentador, consubstanciando em impulso à reforma. O procedimento é interno, regulado pelas regras estruturais que ordenam o sistema jurídico.

¹⁴ POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 12ª ed. São Paulo: Cultrix. 2006, p. 74: "As teorias científicas estão em perpétua mutação. Não se deve isso ao mero ação, mas isso seria de esperar, tendo em conta nossa caracterização da Ciência empírica".

¹⁵ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva. 1968.

O regulamento não é norma jurídica, não sendo instrumento apto a estabelecer direitos e deveres. Trata-se de mero expediente administrativo com a estrita finalidade de produzir disposições operacionais uniformes necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública. Onde resulta estabelecido, altera ou extingue direito. Atentemos, porém. Como adverte Pontes, não há regulamento contra legem, mas sim: *“há abuso do poder de regular, invasão de competência legislativa”*¹⁶. O regulamento é mera disciplina infra-legal, para a fiel execução das leis, como comanda a Constituição.

Ocorre que, no caso presente, a disciplina normativa pela via regulamentar restou autorizada aquando do preenchimento do vácuo legal pelos julgados exarados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Mandado de Injunção.

A lacuna normativa foi colmatada com toda a propriedade e passou a produzir os efeitos ordinários que decorrem da virtualidade inerente a toda norma jurídica.

Ao mudar o rumo dos acontecimentos, contra o que já fora decidido e regulamentado, os julgados criam incerteza e insegurança jurídicas, justo em terreno – o da seguridade social – no qual, mais do que em qualquer outro, é indispensável que o sujeito de direito possa contar, com objetividade, com a previdência a respeito do devir.

Portanto, não restam dúvidas acerca da impropriedade do novel entendimento que resulta delineado nos julgados mais recentes que, sobre mutilarem o regime jurídico da aposentadoria especial, criam ulterior, inexplicável, desigualatória e discriminatória lacuna normativa, ao arrepio do valor constitucional do trabalho (art. 1º, IV), dos princípios da igualdade (art. 5º, caput e I) e da universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, único, I) estampados no Texto Magno.

¹⁶ MIRANDA, Francisco Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 01 de 1969*. 2ª Ed. Tomo III. São Paulo: RT. 1970, p. 314.

Em verdade são dois os problemas que os entendimentos recentes suscitam.

Castrando os limites constitucionais do respectivo entendimento, os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal atingem em cheio os beneficiários do regime próprio que, conquanto tenham catalogado em seu favor tempo prestado em atividades especiais, tempo esse que o regime jurídico da aposentadoria especial qualifica em todos os respectivos efeitos, de tal tempo não poderão fazer a utilização previdenciária.

O que ocorreu, por paradoxal que possa parecer, foi a criação, pela via da interpretação do Supremo guardião da Constituição, de uma ficção jurídica. O direito, a prevalecer o teor de tais julgados, considera como inexistente um tempo que, de fato, existiu. Portanto, é adjudicada a uma mentira o valor de verdade.

Claro que, configurado o direito a partir do resultado, o regime jurídico da aposentadoria especial estabelecido pelo STF para os servidores públicos carece de pleno sentido normativo, sobre ser, como afirmei acima, discriminatório.

De um lado, o regime jurídico da aposentadoria especial do regime geral qualifica o tempo especial com seu natural grau de especificidade, para efeitos de atribuir-lhe qualidade diferenciada, de arte a justificar e dar suporte, em conformidade com a teoria do risco, a grau mais intenso de cobertura ao beneficiário.

De outro lado, o regime jurídico da aposentadoria especial do servidor público, engenhosa criação pretoriana, pacientemente erigida pelo Supremo Tribunal Federal pela via inteligente do Mandado de Injunção, começa a ser vítima de verdadeira implosão interna.

É que no elementar do tipo aposentadoria dado essencial consiste no modo pelo qual o tempo de trabalho será contado.

Para que haja o perfazimento integral do critério temporal da aposentadoria, muito particularmente, no caso em estudo, da aposentadoria comum a que se agregaria o tempo de especial como tal contado, cumpre apurar as condições de trabalho, sacados dessa apuração os naturais consectários.

Os recentes julgados do Supremo Tribunal Federal dizem: não! Esse dado elementar está fora de cogitação.

Aquele tempo de trabalho que fora aquinhoadado com grau maior de proteção, por ter presumidamente afetado de maneira mais veemente a integridade do trabalhador é relegado ao terreno da ficção e, pior, passa a não servir para nada.

A Orientação Normativa MPOG/SRH Nº 10, de novembro de 2010, que fixou o *iter* de verificação das providências aptas a garantir o direito constitucional dos servidores públicos bem considerou o *modus* pelo qual a conversão é de ser concretizada.

A Constituição Federal ofereceu elementos suficientes à definição do regulamento, compreendendo-o, como adverte Bandeira de Mello, como *"ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir disposições operacionais uniformizadas necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública"*¹⁷.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2002, p. 311.

Tal regulamento está plenamente ajustado ao padrão conceitual dessa espécie normativa. Incumbe-lhe dispor sobre a operatividade do procedimento de conversão do tempo de atividade do servidor para efeito de concessão do benefício comum, mediante aproveitamento do tempo especial.

O regulamento uniformizara a aplicação da lei. Conquanto não criasse direito, não incutisse elemento jurídico a fatos, não constituindo norma primária, haja vista que somente a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica¹⁸, o regulamento em questão perfilou-se ao regime jurídico da aposentadoria especial, posicionando-o na dinâmica do sistema em posição paralela à do Regulamento da Previdência Social, ainda que o respectivo *status* não seja o mesmo do daquelas normas emanadas com espeque no artigo 84, inciso IV da Constituição Federal.

Não se pode pensar em regulamento sem antes apreenderem-se os termos da lei. A norma jurídica é pressuposto jurídico do decreto, cuja validade decorre da estrita observância dos limites legais. Essa característica impõe ao ato regulamentar natureza jurídica interpretativa, consubstanciando-se em mecanismos administrativos de interpretação autêntica. O Poder Executivo através do regulamento interpreta a abstração legal, tornando as regras jurídicas exequíveis no plano pragmático.

O regulamento em comento nada mais é do que o resultado da interpretação da norma jurídica criadora do regime jurídico da aposentadoria especial.

Manifesta, a seu modo, o produto da inteligência da Administração sobre a norma apreendida, com o escopo de consolidar o entendimento (definição) em favor da igualdade de tratamento entre todos os que estiverem em idêntica situação jurídica. É, em suma, elemento adicional da configuração da seguridade jurídica e social do beneficiário.

¹⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1979, p. 316.

As normas interpretativas não são prospectivas. Retroagem ao momento onde o dado interpretado foi constituído.

A ligação entre o objeto apreendido e a conclusão da apreensão unifica temporalmente os dados, impondo à interpretação a retroação à data do interpretado.

A Orientação Normativa n. 10, de 2010, é norma interpretativa, consubstanciando-se em mecanismo de executoriedade dos Mandados de Injunção que em bora hora conferiram eficácia ao direito constitucional - é disso que se trata, nos termos do art. 40 § 4º da Constituição - ao regime jurídico da aposentadoria especial dos servidores e seus naturais conseqüentários, dentre os quais não poderia deixar de ter sido incluída a fórmula de contagem do tempo especial para a concessão do benefício comum que é anexa a esse peculiar arcabouço.

Reportando-se à cadeia normativa até então criada, a Orientação Normativa em referência faz expressa menção aos comandos regulamentares já antes emanados pela Instrução Normativa n. 1, oportunamente expedida pela Secretaria de Políticas de Previdência Social.

Assim dispôs, com total pertinência, o referido regulamento:

Art. 12. Para a concessão do benefício da aposentadoria especial e para a conversão de tempo especial em tempo comum, no caso em que o servidor esteja amparado por decisão em Mandado de Injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal, é obrigatória a instrução do procedimento administrativo de reconhecimento do tempo de serviço público exercido sob condições especiais, prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos moldes disciplinados pela Instrução Normativa nº 1, de 22 de julho de 2010, publicada no D.O.U de 27 de julho de 2010, da Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPS, inclusive com a juntada dos seguintes documentos:

I - cópia da decisão do Mandado de Injunção, na qual conste o nome do substituído ou da categoria profissional, quando for o caso; e

O fato da Orientação Normativa omitir-se quanto à natureza interpretativa das suas regras não oblitera a sua qualificação como instrumento de interpretação autêntica. Conjectura diversa tornaria o sistema jurídico refém dos Poderes do Estado que, sem qualquer critério, dentro da mesma ordenação normativa de um tema, poderiam como que condicionar a eficácia das leis - e, no caso, da Constituição, à sua vontade vacilante e irresoluta.

A segurança jurídica e a seguridade social, apanágios do Estado de Direito, impedem que em casos de consolidação definitiva de direitos, haja modificação da relação jurídica e dos respectivos efeitos.

Ao produzirem seus naturais efeitos executórios, em tudo e por tudo idênticos aos relativos aos direitos espectos que agora aguardam deslinde, os normativos citados conferiram plena eficácia aos mandamentos constitucionais concernentes à proteção outorgada pelo sistema de seguridade social.

Ora, constituiria imenso retrocesso jurídico e social o que seria representado pela inusitada mudança no curso dos entendimentos esposados pelo Pretório Excelso.

Depois de colmatar a lacuna que, por tantos anos, denegou elementar direito social aos servidores, o STF está prestes a lança-los novamente na zona da incerteza, revelando intenção desconforme com a clara diretriz estampada no *caput* do art. 7º, da Constituição: garantir a melhoria da condição social dos trabalhadores.

Tanto a Instrução Normativa n. 1, de 2010 quanto a Orientação Normativa n. 10, do mesmo ano, deram efetividade ao objetivo constitucional da universalidade da cobertura e do atendimento. Estabeleceram, em linha com o regime jurídico da aposentadoria especial, proporção adequada na contagem do tempo especial, com respeito à aferição pragmática da probabilidade do dano decorrente da exposição do trabalhador, a condições temporais que colocam em risco o bem maior da saúde.

A esse regramento, a Resolução N. CJF-RES-2013/00239, de abril de 2013, expedida pelo Conselho da Justiça Federal veio acrescentar outro substrato normativo, como que irradiando sobre a própria estrutura judiciária os efeitos concretos da injunção normativa produzida pelo Supremo Tribunal Federal, ademais de por disciplina, inclusive, ao fenômeno da contagem do tempo desempenhado em atividades especiais no processo de concessão do benefício comum.

Constata-se, a partir desses manifestos dados normativos – é bem verdade que exarados no exercício da faculdade regulamentar – que há certa *ratio* na disciplina da aposentadoria por tempo de trabalho. Não há como denegar parcela da ordenação que se encontra colada ao respectivo regime jurídico.

Ao pretenderem frenar, abruptamente, os efeitos elementares do instituto de que aqui se cuida, os julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal conduzem a questão a um inusitado beco-sem-saída.

A natureza jurídica da aposentadoria especial é manifestamente indenizatória. Percebendo tal realidade, WLADMIR NOVAES MARTINEZ assevera: *"A prestação é benefício de pagamento continuado, não reeditável, definitivo, substituidor dos salários, modalidade securitária de indenização diferida pela assunção dos riscos de aquisição de doença profissional ou do trabalho, ou a ocorrência de acidente de trabalho, vale dizer, séria e efetiva ameaça à saúde ou à integridade física do segurado."*¹⁹

A adequação ao benefício especial de certos critérios de conversão do tempo de trabalho coopera para que, defronte aos riscos laborais, sejam estimulados os trabalhadores, que assim puderem, a intentar novos caminhos profissionais, sem prejuízo das conquistas que o decurso do tempo que em que se desincumbiram de trabalhos mais gravosos lhes sejam retiradas sem qualquer justificativa.

A técnica da conversão do tempo, colada ao regime jurídico de tal benefício, nada mais é do que reconhecimento, pelo legislador e pela comunidade, da alta conta em que são levadas a saúde e a integridade física de cada qual.

Convém aduzir, ainda, que o tempo de trabalho que se considera tanto para o efeito de concessão da aposentadoria ordinária quanto da aposentadoria especial não é, propriamente, o período de tempo que ocorre no mundo dos fatos, mas sim a respectiva qualificação jurídica.

O elemento motor da qualificação jurídica do tempo de trabalho é, e será sempre, o risco social.

¹⁹ MARTINEZ, Wladimir, Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, LTr, São Paulo, Tomo II, 6ª edição, 2003, p. 391. Sobre

Quanto mais custoso, na perspectiva da respectiva integridade física, for para o trabalhador o exercício do trabalho melhor proteção social deverá ser a ele prestada. E, tal proteção social há de marchar, quase que automaticamente, para a atenuação das circunstâncias que exponham o trabalhador a situações mais gravosas de risco social. Em suma, o legislador presume que o desempenho do trabalho em condições especiais não pode, sem riscos concretos de sinistralidade por invalidez, deve ser menor do que o tempo de trabalho em atividades nas quais não haja tantas e tão graves exposições aos riscos do trabalho ou do ambiente do trabalho.

O verdadeiro critério, o autêntico critério de disciplina cabal do benefício, tal como pretenderam todos aqueles que buscaram de modo incessante a injunção judicial parece residir na completa configuração do regime jurídico do benefício, envolvendo todos os aspectos que o tema comporta, inclusive e especialmente o elemento essencial alojado no aspecto material da prestação que é o tempo de trabalho.

Se bem que a fórmula ou forma de operação técnica da contagem do tempo ou da conversão desse mesmo tempo possam estar sujeitas a variações, seria inadmissível que fosse abandonado todo o critério, lançando não apenas no vácuo normativo como na mais completa desordem a proteção social devida aos trabalhadores.

A injunção concedida nos distintos julgados lavrados pelo Supremo Tribunal Federal foi adequadamente arrumada, ainda que tenha sido expressa em normas de menor posição na estrutura hierarquizada da ordem jurídica.

Mas, convém acentuar, é o que se poderia – e deveria – operar defronte à omissão legislativa que, aliás, segue ocorrendo.

Os normativos singelos construídos com justiça serviram como meios de ação para que se concretizassem, até então, os direitos constitucionais à aposentadoria garantidos pelos diversos preceitos que a Lei das Leis enuncia a respeito.

Os normativos servem, ademais, como operadores da seguridade social possibilitando ao beneficiário delinear, com clareza, o respectivo futuro previdenciário.

Potencializam, enfim, o tempo de trabalho – núcleo da hipótese de incidência da aposentadoria – tanto no contexto mais arriscado no qual o mesmo foi prestado quanto nas circunstâncias comuns que são, e devem ser, o ideal a alcançar em homenagem ao valor social do trabalho. Num e noutro caso os normativos deram acabamento formal ao regime jurídico da aposentadoria especial.

Havia, é claro, uma estrutura latente que, a partir do evoluir histórico do instituto da aposentadoria especial, já poderia ter sido melhor configurada.

A própria enunciação do regramento do benefício nos quadrantes do regime geral - como reconheceram até certo momento as Injunções concedidas a seu tempo - delinearão os distintos aspectos da hipótese de incidência da prestação.

O verdadeiro plano de objetividade normativo a ser dado ao tempo de trabalho em condições especiais exige consideração que leve em conta toda a vida laborativa dos trabalhadores, que não deixe escapar nenhum dos dados de realidade compreendidos nessa longa e penosa jornada.

5. QUESITOS GENÉRICOS.

5.1 Qual a natureza jurídica da aposentadoria especial?

O benefício e espécie do gênero aposentadoria por tempo de trabalho acoplado a condições de desempenho que, potencialmente, podem comprometer a saúde ou a integridade física do trabalhador.

5.2 Qual a natureza da conversão do tempo de serviço especial em comum? Em que instituto da teoria geral do direito está baseada?

A conversão consiste na fórmula técnica de garantir isonomia entre os segurados em função da distinta qualidade dos tempos de atividade.

Sua base formal é a presunção do comprometimento da saúde e da integridade física do trabalhador que fora exposto, durante certo período de tempo, a condições de trabalho mais gravosas.

5.3. Quais os efeitos previdenciários da contagem de tempo especial no âmbito de concessão do benefício comum?

No âmbito previdenciário, a contagem traz como efeito a distributividade da prestação e valida todo o tempo de trabalho, conferindo-lhe a qualidade própria na conformidade com o vetor de risco sob o qual foi prestado.

5.4. Qual o demonstrativo que representa, no plano da realidade concreta, a qualidade do tempo considerado para efeito de concessão do benefício?

Trata-se do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho – LTCAT, elemento essencial para a instrução do processo de reconhecimento do tempo de serviço sob condições especiais.

Esse instrumento técnico parte do dado objetivo da realidade e não de uma ficção. Investiga-se o ambiente de trabalho para a pertinente elaboração de tal meio de instrução do procedimento de concessão do benefício.

5.5. Os normativos até então expedidos deram adequada modelagem ao regime jurídico da aposentadoria especial, notadamente ao fenômeno da conversão do tempo de trabalho prestado sob condições especiais?

Os normativos que, como decorrência da lacuna normativa apurada nos Mandados de Injunção, foram editados ao propósito deram adequada modelagem ao regime jurídico da aposentadoria especial.

Nenhum deles se omitiu quanto à disciplina de um dos *essentialia* inerente ao regime jurídico da prestação que é o atinente ao mecanismo de conversão do tempo de trabalho especial para efeitos do respectivo encaixe no computo do critério material do benefício ordinário.

5.6. O que é tempo ficto a que alude a norma constitucional? O que exatamente quis o constituinte proibir ao criar a regra prevista no § 10, do artigo 40, da Carta Magna, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98? A contagem diferenciada do tempo de serviço prestado sob condições insalubres pode ser considerada como tempo de contribuição fictício a que alude o referido dispositivo constitucional?

Conquanto não haja definição normativa a respeito do tempo ficto é de comum sabença que tal conceito decorre de certos critérios de contagem de tempo que transformaram realidades inexistentes – portanto, estamos no terreno da *fictio iuris* – em tempo de trabalho.

É o que ocorria, exemplificativamente, com a licença-prêmio não gozada, que para efeitos de aposentadoria poderia ser contada em dobro.

Eis o que, exatamente, o texto expresso na Emenda Constitucional n. 20, de 1998, grafado no § 10 do art. 40, pretendeu proibir: que se contasse no tempo um trecho de tempo que nunca existiu.

Ora, a contagem diferenciada de tempo de trabalho prestado em condições insalubres nada mais é do que a objetiva aferição de certo tipo de incidência diferenciado da norma sobre o plano dos fatos.

Reconhecendo, embora, que se trata do mesmo evoluir do tempo, o legislador percebe, por igual, que o exercício do trabalho, nas condições especiais com que comprovadamente se apresenta, faz com que o lapso de tempo em questão provoque maior desgaste na saúde e na integridade física do trabalhador. E, por conseguinte, valoriza de modo diferenciado esse mesmo tempo. Para tanto, atribui – é disso que se trata – forma mais vantajosa de contagem do tempo no tempo. Tudo baseado no princípio próprio do seguro: quanto maior o risco, maior a proteção social.

São, por conseguinte, inconfundíveis os dois conceitos postos em sinótico.

Era, mesmo, um tempo que não existiu no tempo. Porque tendo o servidor, em observância a uma faculdade legal, preferido reter consigo aquele tempo que poderia ter fruído – aí, sim, no tempo, a licença-prêmio - leva consigo esse tempo, por força da ficção jurídica, para o cálculo do benefício devido em razão da jubilação.

5.7. O custeio diferenciado da aposentadoria especial no RGPS (artigo 22, II, da Lei 8.212/91), em que há o financiamento específico por parte dos empregadores para custear o benefício, não afastaria sua caracterização como tempo ficto?

O custeio diferenciado da aposentadoria especial decorre da concepção tradicional do seguro que permite, em cada caso, o cálculo objetivo e atuarial do risco que será objeto da cobertura por parte daquele plano.

Identificam, deste modo, os estudos atuariais – baseados na assim chamada experiência do risco – que certas situações, particularmente, no caso em estudo, as decorrentes da exposição do trabalhador a ambientes e condições de trabalho revestidas de maior grau de agressividade à respectiva integridade física, agravam o risco social, impondo prêmio (contribuição social) mais elevado a fim de que se custeie a prestação especial ofertada pelo plano de proteção social ao trabalhador.

Temos, pois, que esse mecanismo de instituição de alíquotas diferenciadas para o custeio das aposentadorias especiais afasta qualquer conotação do tempo de trabalho como tempo fictício. Não só não se trata de um tempo inexistente como, bem ao reverso, é um tempo matizado com tintas mais fortes do que o tempo comum e, por essa razão, implica em cobrança de prêmio (contribuição social) mais elevado.

5.8. Em caso de resposta afirmativa do item anterior, pode-se interpretar que o intuito do legislador na socialização do custeio foi o de proteger e compensar o trabalhador pelos desgastes sofridos nas atividades nocivas à sua saúde, sem criar, entretanto, benefício que não tenha previsão de custeio?

O patamar mais elevado de proteção social a que foram exaltados os trabalhadores que prestam serviços em condições nocivas à sua saúde é, bem em verdade, custeado pelo mecanismo de alíquotas adicionais coladas à contribuição social básica, por força das exigências da regra da contrapartida.

Claro que se trata de mecanismo de intensificação da cobertura. Segue sendo, no entanto, de cunho retributivo, não compensatório. Vale dizer, o beneficiário da aposentadoria especial não recebe indenização adicional decorrente do desgaste a que, por presunção legal, se expôs em razão do exercício do trabalho. A fórmula financeira engendrada pelo legislador cria, em verdade, paridade entre a aposentadoria comum e a especial sob a perspectiva do respectivo modelo de custeio.

5.8. O recebimento do adicional de insalubridade pelo servidor público, enquanto em atividade, pode ser considerado como meio de prova para efeito de contagem de tempo de serviço diferenciada e aposentadoria especial, já que aqui, diferentemente da situação do trabalhador privado, segurado do INSS, o Estado é o próprio empregador ou tomador do serviço?

Enquanto meio de comprovação da situação de fato, o recebimento do adicional de insalubridade pode ser acolhido, para efeitos da contagem de tempo de serviço diferenciado, desde que tenham sido observadas as condições normativas justificadoras da concessão da referida vantagem salarial.

A presunção de legalidade norteia toda a atividade administrativa. A Administração Pública só faz o que a lei manda porque essa estrutura de poder do Estado jaz, na feliz expressão de Cirne Lima, sob a lei.

É, pois, de se presumir que a outorga do adicional de insalubridade, cuja percepção não tenha sido questionada em tempo algum, seja admissível como cabal comprovação do exercício de atividade insalubre pelo servidor.

5.9. A exceção do artigo 40, §4º, da Constituição Federal, que autoriza a criação de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadorias aos servidores públicos, cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, também abrange o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado nessas mesmas condições? Essa contagem se amoldaria ao escopo do mandado de injunção?

A exceção estampada no § 4º do art. 40 quer significar, até mesmo em interpretação restritiva, que o regime jurídico da aposentadoria especial deve ser revestido de certos atributos inerentes à natureza e fins da atividade desempenhada em condições prejudiciais à saúde e à integridade física do servidor.

A contagem diferenciada do tempo de serviço, como resultou demonstrado ao longo do presente estudo, é parte integrante do regime jurídico especial de que beneficiam os trabalhadores sujeitos a condições mais sofríveis de trabalho.

Trata-se de critérios técnicos, ditados pela ciência atuarial, que sustentam e justificam a redução do tempo de trabalho nas situações de que se cuida.

Estaria no talante do legislador adotar outros critérios? Entendo que sim, desde que respeitada a natureza das coisas, a isonomia constitucional e a universalidade da cobertura e do atendimento.

No caso presente, e é esse o escopo do Mandado de Injunção, a ausência da norma regulamentadora, a impedir o exercício do direito constitucionalmente reconhecido aos trabalhadores em geral pelos servidores públicos, foi suprida mediante a utilização dos mesmos critérios adotados para a cobertura especial previstos naquele que é o regime básico de previdência: o regime geral.

Dentre esses critérios ressaltar, à evidência, o da contagem diferenciada do tempo de contribuição, requisito de elegibilidade ao benefício.

Nada justificaria que o Poder Judiciário, ao garantir a injunção no direito constitucional à aposentadoria, mutilasse o regime jurídico do benefício, substituindo-se ao Parlamento Nacional.

5.10. A Constituição Federal, ao assegurar o direito à aposentadoria especial ao servidor público, reconhece o direito à conversão do tempo especial em comum, computado de forma diferenciada. Caso contrário, pode ocorrer situação do servidor trabalhar 24 (vinte e quatro) anos em atividade insalubre, sofrendo danos à sua saúde, mas deixando de trabalhar no referido local faltando 1 (um) ano para completar os 25 (vinte e cinco) anos que possibilitariam a aposentadoria especial. Caso não tenha direito ao cômputo desse tempo de forma diferenciada, seria obrigado a trabalhar mais 11 (onze) anos para se aposentar por tempo de contribuição comum. Será que a Constituição pretendeu ignorar esse tempo especial, exigindo que o servidor trabalhe até os 35 anos de serviço, desconsiderando todos os 24 anos em que teve prejuízos à sua saúde em função do serviço desempenhado para a própria Administração, tratando todo o período especial como tempo de serviço comum?

O exemplário armado ao propósito no presente quesito coloca de manifesto que a exegese restritiva sobre o direito à aposentadoria especial, de que deve ser beneficiário o servidor público, conduziria ao extremo oposto o escopo da proteção social de natureza constitucional a que todos os trabalhadores fazem jus.

Desqualificado o regime especial dentro do qual no tempo – sublinhe-se: no tempo, criatura da natureza e da lógica, não mera ficção - deverá ser computado o período de trabalho configurado como pré-requisito para a concessão da prestação de aposentadoria do servidor, pode acontecer a inusitada imposição de exigência adicional a quem tenha cumprido tempo de trabalho tanto em condições comuns quanto em situação especial. Seria a extremada situação em que o atingimento da proteção social fica mais difícil para quem, em tudo e por tudo, deveria ter trato diferenciado do itinerário laborativo no curso do qual se interpuseram momentos mais adversos de trabalho.

Ao comprometer, de modo tão mais gravoso, o futuro da proteção social do servidor, uma normatividade desse tipo estaria marchando contra a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, afrontando a justiça social (fim último da Ordem Social Constitucional, nos termos do art. 193 da Lei das Leis).

5.11. Qual a mecânica operacional para que se realize, concretamente, o cômputo do tempo de serviço realizado nesse regime diferenciado pelo servidor público?

Nos diversos julgados resultou suficientemente esclarecido que a injunção consiste na aplicação, no que couber, do regime jurídico vigente no Regime Geral de Previdência Social ao regime próprio, que se constatou lacunoso.

Por força desse regime jurídico, o procedimento da conversão observará a tabela estampada no Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 1999, com a redação que lhe deu o Decreto n. 4.827, de 2003.

Destarte, os tempos a converter são considerados de modo mais conforme com a dinâmica da proteção social que justificou a concessão da aposentadoria especial. Assim deve ser entendido o teor da expressão "no que couber" quanto ao mecanismo de execução da conversão. Eis o preceito regulamentar em sua versão atual:

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

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

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

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

6. CONCLUSÃO

A caracterização da atividade especial implica em valorização diferenciada do tempo de trabalho a ser cumprido como requisito de elegibilidade à fruição do benefício. A prestação será concedida independente de qualquer aporte diferente por parte do beneficiário, bastando ao segurado comprovação do tempo exercido sob condições especiais.

A Seguridade Social como mecanismo de proteção social fundado no risco alicerça suas premissas na técnica do seguro. Seja de forma direta ou tangencial, os instrumentos da Seguridade Social aproximam-se do seguro, na medida em que os objetos protegidos são mensurados através de uma probabilidade de acontecimentos.

WAGNER BALERA

A isonomia entre beneficiários é fixada a partir da probabilidade do acontecimento do dano.

A probabilidade é o elemento que funda a máxima aristotélica, proporcionando proteção através do dano.

O sujeito cuja probabilidade de dano é X não pode ser tratado da mesma forma que o sujeito cuja chance do dano é Y, ainda que exista entre eles igualdade de status. Aquele cuja probabilidade de dano é elevada deve perceber a mesma cobertura que seus pares na conjuntura de risco. Trata-se de uniformidade e equivalência entre as prestações devidas às populações, fundada na noção de risco.

A probabilidade do dano está presente, sobretudo para os efeitos deste estudo, na presumida ocorrência de "riscos ambientais do trabalho" que geram nocividade incidente sobre a pessoa do trabalhador. É o que, em linguagem codificada, resultou tracejado pelos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.

Eis o meu parecer, *sub censura*.

São Paulo, 06 de setembro de 2013



Professor Doutor WAGNER BALERA

Titular da Faculdade de Direito

Coordenador do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Previdenciário
da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo