

[artigo]

APOSENTADORIA ESPECIAL E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6309: ELEMENTOS PARA UMA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Yoshiaki Yamamoto Kiyama¹

Resumo

Diante da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 103/2019, que alterou substancialmente o regramento do benefício de aposentadoria especial, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6309, que discute a constitucionalidade destas alterações. Este artigo busca obter elementos para uma resposta adequada à Constituição na referida ação. Para alcançar esse objetivo, trilhamos o seguinte caminho: 1) revolvemos o chão linguístico em que está assentada a tradição da aposentadoria especial, abordando o conceito de (sociedade de) risco e realizando uma arqueologia da historicidade da aposentadoria especial, fundada na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de demonstrar o seu caráter preventivo contra riscos sociais; 2) discutimos as mudanças promovidas pela EC nº 103/2019, apontando as suas motivações e a influência da ideologia do neoliberalismo nas reformas previdenciárias; 3) descrevemos uma a uma as alterações promovidas pela EC 103/2019 no regramento da aposentadoria especial; 4) discutimos os elementos necessários para obtenção de uma resposta constitucionalmente adequada para cada uma das alterações promovidas pela EC nº 103/2019.

Palavras-chave: Aposentadoria especial; Reforma da Previdência; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Resposta constitucionalmente adequada.

SPECIAL RETIREMENT AND THE DIRECT UNCONSTITUTIONALITY ACTION Nº 6309: ELEMENTS FOR A CONSTITUTIONALLY APPROPRIATE RESPONSE

Abstract

Given the promulgation of the Constitutional Amendment nº 103/2019, which substantially changed the special retirement benefit rules, the Direct Unconstitutionality Action nº 6309 was filed in the Federal Supreme Court, which discusses the constitutionality of these changes. This article seeks to obtain elements for an adequate response to the Constitution in said action. To achieve this objective, we followed the following path: 1) we turned over the linguistic ground on which the tradition of special retirement is based, approaching the concept of risk (society) and carrying out an archeology of the historicity of special retirement, based on legislation and the jurisprudence of

¹ Advogado. Mestrando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CTIE. Graduação em Direito na Universidade Franciscana (UFN) com período sanduíche na Universidade de Lisboa (Portugal), tendo obtido o grau de láurea acadêmica. E-mail: yoshiaki_yamamoto@hotmail.com.

the Federal Supreme Court, in order to demonstrate its preventive nature against social risks; 2) we discussed the changes promoted by the Constitutional Amendment nº 103/2019, pointing out their motivations and the influence of the ideology of neoliberalism on pension reforms; 3) we described one by one the changes promoted by the Constitutional Amendment nº 103/2019 in the special retirement rules; 4) we discussed the necessary elements to obtain a constitutionally appropriate response to each of these changes.

Keywords: Special retirement; Pension Reform; Direct Unconstitutionality Action; Constitutionally Appropriate Response.

1 INTRODUÇÃO

Previdência Social e(m) crise: essa parece ser a tônica do debate público nas últimas décadas, e no Brasil, isso não é diferente. O aprofundamento de discursos neoliberais economicistas penetram no inconsciente coletivo e trazem para o centro da discussão a redução do aparato de proteção social promovido pela Previdência Social, tudo em prol da diminuição dos gastos públicos e da maior “eficiência” do Estado. A partir deste quadro, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 103 de 2019, que promoveu mais uma “Reforma da Previdência”, e que desta vez não deixou incólume uma das maiores conquistas dos trabalhadores: a aposentadoria especial. O novo regramento trouxe diversas mudanças no benefício, tornando seu acesso mais rígido e excluindo alguns mecanismos de incentivo à proteção da saúde do trabalhador.

Diante da “nova Previdência”, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6309, que visa discutir a constitucionalidade dos dispositivos introduzidos pela Emenda Constitucional nº 103/2019, especialmente aqueles que modificaram a normatização da aposentadoria especial. Nesse aspecto, este artigo visa abrir uma clareira² na busca dos elementos para obtenção, por parte da Suprema Corte, de uma resposta constitucionalmente adequada. Para tanto, será utilizado o “método” de abordagem fenomenológico-hermenêutico, que sempre parte da ideia que o pesquisador, enquanto ser-no-mundo e dotado de pré-compreensão (que vem desde já antecipada ao discurso), poderá chegar ao desvelamento de sua investigação por intermédio do revolvimento do chão linguístico em que está assentada determinada tradição, condição de possibilidade deste estudo para constituição dos sentidos.

Para atingir o objetivo proposto, iremos trilhar o seguinte caminho: 1) revolvemos o chão linguístico em que está assentada a tradição da aposentadoria especial, abordando o conceito de (sociedade de) risco e realizando uma arqueologia da historicidade da aposentadoria especial, fundada na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de demonstrar o seu caráter preventivo contra riscos sociais; 2) discutimos as mudanças promovidas pela EC 103/2019, apontando as suas

² O sentido de clareira aqui adotado é a ideia cunhada por Martin Heidegger, e da qual se vale Lenio Streck (2011, pp. 342-343), para explicitar que abrir uma clareira na floresta do ser é desvelar o sentido do ser dos entes, e para o Direito, é desocultar novos caminhos; descobrir as sendas encobertas pelo senso comum teórico dos juristas, que oculta e vela a possibilidade do jurista dizer o novo. Portanto, abrir uma clareira é, assim, propiciar a *alétheia* (desvelamento). *Alétheia* é, assim, a própria eclosão do ente no seu ser.

motivações e a influência da ideologia do neoliberalismo nas reformas previdenciárias; 3) descrevemos uma a uma as alterações promovidas pela EC 103/2019 no regramento da aposentadoria especial; 4) discutimos os elementos necessários para obtenção de uma resposta constitucionalmente adequada para cada uma das alterações promovidas pela EC 103/2019.

2 REVOLVENDO O CHÃO LINGUÍSTICO: A APOSENTADORIA ESPECIAL E O SEU CARÁTER PREVENTIVO CONTRA RISCOS SOCIAIS

Para revolver o chão linguístico em que está assentada a tradição do instituto da aposentadoria especial, é preciso falar na questão do risco. Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada de forma sistemática pela produção social de *riscos*. Por consequência, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos advindos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos (Beck, 2011, p. 23). Nesse sentido, é preciso falar do novo paradigma de uma sociedade de risco, que se apoia fundamentalmente em lidar com o problema das ameaças e riscos sistematicamente produzidos no interior do processo tardio de modernização, e como seria possível evitá-los, minimizá-los, de tal modo que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) “aceitável” (Beck, 2011, p. 24).

Nessa esteira, o risco advém de uma decisão humana, não indicando, por conseguinte, surpresa, existe uma expectativa, ainda que remota, que esse risco possa se concretizar (Rocha, 2013. p. 104). Todavia, Ulrich Beck (2011, p. 73) denuncia que por detrás da produção dos riscos, existe uma espécie de “cegueira econômica deliberada”, na qual há um desinteresse no contingenciamento dos riscos, em virtude da *sacralização*³ da questão econômica em detrimento do bem comum:

A produção de riscos e sua interpretação equivocada têm, portanto, seu primeiro fundamento numa “miopia econômica” da racionalidade técnica das ciências naturais. Seu olhar está dirigido às vantagens produtivas. Ele incide assim juntamente com uma cegueira em relação aos riscos que é sistematicamente provocada. Enquanto as possibilidades de aplicabilidade econômica são claramente previstas, desenvolvidas, testadas e, de acordo com todas as regras da arte, esclarecidas, no caso dos riscos é sempre necessário tatear no escuro e então deixar-se surpreender e consternar profundamente com seu aparecimento “imprevisto” ou mesmo “imprevisível”. A concepção inversa, segundo a qual as vantagens produtivas são assumidas em retrospecto com efeitos colaterais latentes “imprevistos” ou “involuntários” de um deliberado controle de risco estabe-

³ Aqui, utiliza-se o conceito de *sacro*, presente em Agambem (2007, p. 65), na qual as coisas sagradas (*sacra*) eram aquelas subtraídas ao livre uso dos homens, sendo que sacrílego era todo ato que violasse essa indisponibilidade. A partir disto, consagrar (*sacrare*) é o termo que designa a saída das coisas da esfera do ser humano, e profanar é devolver ao uso e à propriedade dos homens, (re)abrindo-se a discussão sobre o que outrora estava sacralizado.

lecido a despeito das resistências de uma ciência natural orientada pelo risco, parece completamente absurda. Isto torna claro uma vez mais o grau de obviedade com que se valida historicamente no desenvolvimento tecnológico conduzido pelas ciências naturais, um (para citar Habermas) interesse cognitivo que aumenta a produtividade, que se refere à lógica da produção de riqueza e segue vinculada a ela.

Nessa seara, percebe-se um velamento da questão do *risco* na modernidade, na qual a questão econômica se coloca como ponto fundante do debate público, especialmente no que se refere aos debates que vêm de encontro à lógica de eficiência a qualquer custo. Isso pode ser percebido a partir da lógica da “monetização da saúde”, na qual toma-se como exemplo o adicional de insalubridade, que, para Arnaldo Sussekind (1997, p. 910), é imoral e desumano, pois encoraja os mais temerários a arriscar a saúde para aumentar seu salário, sendo contra os princípios da Medicina do Trabalhador e da Declaração dos Direitos do Homem. Ainda, complementa o autor, o respeito à vida se tornou monetizado, sendo mais fácil e barato comprar a saúde do trabalhador que eliminar os agentes insalubres.

Sendo, portanto, os trabalhadores o “elo fraco” desta relação concernente aos riscos, Ulrich Beck (2011, pp. 41-42) aponta que a distribuição dos riscos na sociedade acaba por aumentar as desigualdades sociais, na medida em que aqueles que estão em postos de privilégio, acabam por poder evitar o risco, delegando-o para as classes menos abastadas:

Tipo, padrão e meios da distribuição de riscos diferenciam-se sistematicamente daqueles da distribuição de riqueza. Isto não anula o fato de que muitos riscos sejam distribuídos de um modo especificado pela camada ou pela classe social. A história da distribuição de riscos mostra que estes se atêm, assim como as riquezas, ao esquema de classe — mas de modo inverso: as riquezas acumulam-se em cima, os riscos em baixo. Assim, os riscos parecem reforçar, e não revogar, a sociedade de classes. À insuficiência em termos de abastecimento soma-se a insuficiência em termos de segurança e uma profusão de riscos que precisam ser evitados. Em face disto, os ricos (em termos de renda, poder, educação) podem comprar segurança e liberdade em relação ao risco. Essa “lei” da distribuição de riscos determinada pela classe social e, em decorrência, do aprofundamento dos contrastes de classe através da concentração de riscos entre os pobres e débeis por muito tempo impôs-se, e ainda hoje se impõe, em relação a algumas dimensões centrais do risco: o risco de tornar-se desempregado é atualmente consideravelmente maior para quem não tem qualificações do que para os que são altamente qualificados. Riscos de sobrecarga, irradiação e contaminação, ligados à execução do trabalho nos correspondentes ramos da indústria, são distribuídos de modo desigual conforme a profissão. São principalmente as vizinhanças mais acessíveis aos grupos de menor renda da população, nas redondezas de centros de produção industrial, que são oneradas no longo prazo por conta de diversos poluentes no ar, na água e no solo. Com a ameaça da

redução da renda, uma maior tolerância pode ser gerada. Nesses casos, não é apenas esse efeito social de filtragem ou amplificação que produz inquietações específicas de classe. Também as possibilidades e capacidades de lidar com situações de risco, de contorná-las ou compensá-las, acabam sendo desigualmente distribuídas entre distintas camadas de renda e educação: quem dispõe do calço financeiro de longo prazo pode tentar contornar os riscos através da escolha do local e da configuração da moradia (ou através de uma segunda moradia, férias etc.).

Ainda na perspectiva do risco, Luhmann (1993, p. 21-22), estabelece a diferenciação entre risco e perigo:

the distinction presupposes (thus differing from other distinctions) that uncertainty exists in relation to future loss. There are then two possibilities. The potential loss is either regarded as a consequence of the decision, that is to say, it is attributed to the decision. We then speak of risk - to be more exact the risk of decision. Or the possible loss is considered to have been caused externally, that is to say, it is attributed to the environment. In this case, we speak of danger

Nesse contexto, o risco seria algo passível de algum controle pelos processos de tomada de decisão, e, por outro lado, o perigo seria provocado externamente, por um evento ocasionado pela natureza, sendo que o perigo representa as inseguranças das sociedades antigas, e o risco corresponderia à inseguranças da sociedade moderna (Schuster, 2022, pp. 176-178). Destarte, a partir da ideia de risco, que não se confunde com perigo, passa-se a se falar em uma ideia de gestão racional dos riscos, na qual o desafio passa a ser a gestão do risco e como isso pode implicar em transferi-los, fazê-los repercutir em outros pontos, transformá-los, concentrá-los ou compensá-los (Schuster e Vaz, 2018, p. 6).

Ainda dentre a categorização dos riscos, podemos classificá-los em riscos concretos e abstratos, sendo que os riscos concretos são os que a ciência pode delimitar ou precisar, impondo uma postura de prevenção, enquanto que os riscos abstratos são aqueles onde há incerteza científica quanto a sua ocorrência ou extensão, impondo uma postura de precaução (Engelmann, Flores e Weyermuller, 2010, p. 152). A partir daí visualizamos que dentro da classificação dos riscos, temos acopladas as ideias dos princípios da prevenção e precaução, sendo que aquele se refere aos riscos concretos, enquanto que este se refere aos riscos abstratos. Neste contexto, para Schuster e Vaz (2018, p. 6), aplicar a prevenção/precaução é gerir racionalmente os riscos futuros, a partir da complexidade e das contingências. Nesse contexto, diante da inevitabilidade do contingenciamento dos riscos na sociedade moderna, os sistemas de Seguridade Social têm o papel (funcionalidade) de proteção dos indivíduos diante dos riscos sociais (Schuster; Vaz, 2018, p. 2), constituindo-se em verdadeiro sistema de gestão de riscos (laborais e sociais).

A partir desta ideia de gestão do risco, no Brasil, a aposentadoria especial foi introduzida no sistema previdenciário a partir da Lei 3.807 de 1960, conhecida como

LOPS - Lei Orgânica da Previdência Social estabeleceu o direito para os segurados que exercessem atividade considerada especial por um período de 15, 20 ou 25 anos (a depender da atividade exercida e riscos a que esteve exposto), além de incluir uma idade mínima de 50 anos de idade⁴. Posteriormente, a Lei 5.890 de 1973, removeu o requisito etário de 50 anos, a fim de ampliar a proteção social dos trabalhadores com exposição a agentes nocivos, mantendo o requisito contributivo e de exposição aos agentes nocivos da LOPS⁵.

Apartir da Constituição Federal de 1988, o artigo 202, inciso II, previu a possibilidade de critérios diferenciados para concessão de aposentadoria para os trabalhadores sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física⁶. A previsão constitucional da aposentadoria especial seguiu ainda nas redações dadas pelas Emendas Constitucionais nº 20 de 1998, 47 de 2005 e 103 de 2019⁷.

Com efeito, mesmo a partir da Lei 8.213/91 (que regulamentou as regras de benefícios após o novo regramento constitucional) houve a manutenção da inexistência de idade mínima para acesso, bem como os requisitos contributivos, bastando que o segurado houvesse trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, a depender do tipo de agente nocivo, conforme estabelecia do artigo 57 da Lei 8.213/91 (Brasil, 1991). Todavia, o destaque diz respeito às suas regras diferenciadas de cálculo, na medida em que o §1º do artigo 57 estabelecia que a renda mensal inicial da aposentadoria especial corresponderia à 100% (cem por cento) do salário de benefício.

Destarte, a garantia de que o benefício teria a forma de cálculo mais vantajosa possível, aliada à inexistência de idade mínima para acesso ao benefício, garantiria que o trabalhador teria todos os incentivos necessários para se afastar da atividade insalubre/perigosa, atuando como verdadeira engrenagem em um sistema de gestão do risco, sendo ferramenta de concretização do princípio da prevenção. Conforme apontam

⁴ Artigo 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. (Brasil, 1960)

⁵ Artigo 9º A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 5 (cinco) anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo. (Brasil, 1973)

⁶ Artigo 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários de contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários de contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições : [...] II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei; (Brasil, 1988)

⁷ A partir da Emenda Constitucional nº 20/1998 passou-se a prever no artigo 201, §1º que “É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar” (Brasil, 1988). A partir da Emenda Constitucional nº 47/2005 foi acrescido ao referido dispositivo a hipótese de critérios diferenciados para segurados portadores de deficiência, o que foi mantido pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

Schuster e Vaz (2018, p. 10), em matéria previdenciária, o princípio da prevenção aponta para uma medida antecipatória das prováveis consequências – negativas – que a continuidade do trabalho produzirá, aumentando o ônus para a própria Seguridade Social. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 664.335/SC reconheceu o caráter preventivo do benefício de aposentadoria especial:

A eliminação das atividades laborais nocivas deve ser a meta maior da Sociedade - Estado, empresariado, trabalhadores e representantes sindicais -, que devem voltar-se incessantemente para com a defesa da saúde dos trabalhadores, como enuncia a Constituição da República, ao erigir como pilares do Estado Democrático de Direito a dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88), a valorização social do trabalho, a preservação da vida e da saúde (art. 3º, 5º, e 196, CRFB/88), e o meio ambiente de trabalho equilibrado (art. 193, e 225, CRFB/88). [...] A aposentadoria especial possui nítido caráter preventivo e impõe-se para aqueles trabalhadores que laboram expostos a agentes prejudiciais à saúde e *a fortiori* possuem um desgaste naturalmente maior, por que não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo (Brasil, 2014, pp. 2-3) [...]

Nesse diapasão, 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).

Tal entendimento, de que o fito da aposentadoria especial é de proteger o trabalhador contra o desgaste da sua saúde e integridade física, foi novamente reafirmada pela Suprema Corte por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 791.961 do Paraná, ocasião em que decidiu sobre a constitucionalidade do artigo 57, §8º da Lei nº 8.213/91 que tratava justamente da vedação de continuidade do labor nocivo para aqueles que recebem aposentadoria especial. Na ocasião, o voto vencedor do ministro Dias Toffoli assim consignou:

a aposentação se dá de forma precoce porque o legislador presume que, em virtude da nocividade das atividades desempenhadas, o trabalhador sofrerá um desgaste maior do que o normal de sua saúde. Dito em outras palavras, o tempo para aposentadoria é reduzido em relação às outras categorias porque, ante a natureza demasiado desgastante e/ou extenuante do serviço executado, entendeu-se por bem que o exercente de atividade especial deva laborar por menos tempo – seria essa uma forma

de compensá-lo e, sobretudo, de protegê-lo. Ora, se a presunção de incapacidade é, consoante dito, absoluta; se a finalidade da instituição do benefício em questão é, em essência, resguardar a saúde e o bem-estar do trabalhador que desempenha atividade especial; se o intuito da norma, ao possibilitar a ele a aposentadoria antecipada, é justamente retirá-lo do ambiente insalubre e prejudicial a sua incolumidade física, a fim de que não tenha sua integridade severa e irremediavelmente afetada, qual seria o sentido de se permitir que o indivíduo perceba a aposentadoria especial mas continue a desempenhar atividade nociva? Como se nota, sob essa óptica, a previsão do art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91, é absolutamente razoável e consentânea com a vontade do legislador. Desarrazoado, ilógico e flagrantemente contrário à ideia que guiou a instituição do benefício é, justamente, permitir o retorno ao labor special ou sua continuidade após a obtenção da aposentadoria – prática que contraria em tudo o propósito do benefício e que significa ferir de morte sua razão de ser (Brasil, 2020, p. 11).

Assim, a partir do conceito de risco, da compreensão de que estamos imersos em uma sociedade de risco, e do revolvimento do chão linguístico em que está assentada a tradição do benefício de aposentadoria especial no ordenamento jurídico brasileiro, com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, compreendemos a historicidade da aposentadoria especial a partir da sua arqueologia fenomenológica.

3 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 103 DE 2019 NA APOSENTADORIA ESPECIAL: “NOVA PREVIDÊNCIA”?

A Emenda Constitucional nº 103 de 2019, Reforma Previdenciária denominada de “Nova Previdência”, trouxe profundas alterações na sistemática da Previdência Social do Brasil. A justificação para a referida reforma é a mesma razão já utilizada para as reformas anteriores: o argumento da insustentabilidade financeira do sistema ante ao avanço demográfico da população brasileira. Essa motivação fica clara na exposição de motivos da PEC 06/2019, que originou a EC 103/2019, que afirma que a reforma da Previdência, além de reduzir o endividamento primário, combate a dívida pública pela redução do seu custo, e que o vertiginoso crescimento da dívida a coloca em trajetória arriscada. (Brasil, 2019b, p. 43)

Nesse sentido, a “Nova Previdência”, na verdade, não possui nada de novo. Trata-se da continuação de um ciclo de reformas engendradas no seio da agenda do neoliberalismo. Costa (2009, p. 6) denuncia que as reformas previdenciárias no Brasil nada mais são do que um ajuste contábil/fiscal oriunda do FMI e do Banco Mundial, cuja orientação para que os países emergentes adotassem práticas de privatização dos seus sistemas previdenciários está expressa no documento denominado “*Envejecimiento sin crises*”, assinado pelo Banco Mundial.

Contudo, o fato é que as Reformas Previdenciárias já aprovadas desde a redemocratização não atacam as questões estruturais do sistema: 1) falhas na organização da direção e da burocracia; 2) sonegação e apropriação indébita dos

recursos da previdência; 3) incompetência, ilegalidade e desonestidade na gestão dos recursos financeiros disponíveis e 4) favoritismo e fraude na concessão de benefícios (Dallari, 2003, *apud* Costa, 2009, p. 11). Nesse sentido, Costa (2009, p. 11) sustenta que se as questões mencionadas fossem enfrentadas, não haveria a necessidade das ditas reformas do sistema, tal como a mídia vem denominando e a sociedade como um todo incorporando em seu vocabulário cotidiano.

Nesse contexto de reformas neoliberais, muito além de alterar as regras para acesso às aposentadorias em virtude da elevação da expectativa de sobrevida e da queda da taxa de natalidade dos brasileiros, a Emenda Constitucional nº 103/2019 não poupou nem mesmo os trabalhadores que estão expostos habitualmente à agentes nocivos insalubres e põe em risco sua integridade física. A “Nova Previdência” atingiu diretamente o núcleo do benefício de aposentadoria especial, de maneira que três foram as principais alterações promovidas pela Reforma da Previdência no núcleo da aposentadoria especial: (i) a introdução de uma lógica de idade mínima para o benefício; (ii) a vedação da conversão do tempo especial em comum; (iii) a alteração profunda na metodologia de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

3.1 A introdução da lógica da idade mínima

A Emenda Constitucional nº 103/2019 introduziu dois novos regramentos para o benefício de aposentadoria especial. De um lado, uma regra para quem já estava filiado ao Regime Geral de Previdência Social no momento da sua promulgação, e por outro lado, uma regra para quem ingressar no sistema previdenciário após a entrada em vigor da EC 103/2019.

A regra de transição para aqueles que já estavam filiados ao Regime Geral de Previdência Social em momento anterior à Reforma, prevista no artigo 21, adicionou o requisito de pontuação, ou seja, a soma da idade com o tempo de contribuição:

Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de:

I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;

II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e

III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição (Brasil, 2019).

Nesse sentido, ainda que a sistemática da pontuação não seja equivalente à instituição de uma idade mínima, considerando que os 15, 20 ou 25 anos de atividade especial são *standards* de tempo de exposição limítrofes à agentes nocivos, é possível dizer que para a regra de 25 anos de efetiva exposição, o segurado que contar com o tempo limítrofe de atividade especial (25 anos), terá que ter uma idade de no mínimo 61 anos.

Por outro lado, para os segurados que ingressarem no sistema após a EC 103/2019, a sistemática da idade mínima foi inserida de forma taxativa, por meio do artigo 19, § 1º, inciso I:

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

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

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

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

Diante da instituição de sistemáticas que visam estabelecer um mínimo etário, ou ao menos, impor uma necessidade de maior exposição às atividades que envolvam o exercício de atividade especial, é preciso questionar, inclusive, se há embasamento técnico-científico para adoção de tais critérios. Deve-se ter em mente que os prazos de 15, 20 ou 25 anos, são estabelecidos tendo em vista estudos que estabelecem um tempo limite em que o corpo humano suporta, com menores riscos, o contato com os agentes agressores descritos na legislação previdenciária. Desta forma, após o tempo estabelecido a permanência do contato com o agente agressor, deixa de ser uma hipótese de risco à saúde para se tornar uma certeza de prejuízo à saúde do trabalhador (Batista Junior e Silva, 2021, p. 11).

Nessa perspectiva, conforme denunciam Batista Junior e Silva (2021, p. 13) não se pode olvidar que o objetivo da alteração foi aumentar o tempo de atividade do trabalhador, tendo a EC 103/2019 utilizado o subterfúgio de estabelecer uma idade

mínima ou vincular a concessão ao somatório da idade, tempo de efetiva exposição e tempo de contribuição. Nesse viés, a alternativa utilizada tem por objetivo claro não discutir a questão de aumentar o tempo de atividade em contato com agentes nocivos, pois seria necessário debater as sequelas do contato em tempo superior, que serão mais graves para a saúde do trabalhador, podendo em muitos casos vir a óbito antes mesmo de completar a idade para a aposentadoria. Assim, a partir da fixação de uma idade mínima, o Estado se esquivou de debater este ponto crucial da aposentadoria especial, mas ciente de que os trabalhadores permanecerão em atividade por tempo superior. Neste contexto, o trabalhador já estará treinado e com larga experiência na atividade, sendo improvável – senão impossível – mudar de ramo para exercer outra atividade sem contato com agente nocivo.

Portanto, a primeira grande alteração da “Nova Previdência” na aposentadoria especial foi a instituição de uma sistemática de idade mínima, o que nos parece contrariar a lógica protetiva da saúde do trabalhador e a funcionalidade preventiva do benefício.

3.2 O fim da conversão do tempo especial em comum

A partir da EC 103/2019 instituiu-se o fim da conversão do tempo especial em comum para os períodos trabalhados após a sua data da entrada em vigor, previsão constante no artigo 25, §2º da Reforma da Previdência:

Art. 25. Será assegurada a contagem de tempo de contribuição fictício no Regime Geral de Previdência Social decorrente de hipóteses descritas na legislação vigente até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional para fins de concessão de aposentadoria, observando-se, a partir da sua entrada em vigor, o disposto no § 14 do art. 201 da Constituição Federal.

[...]

§ 2º Será reconhecida a conversão de tempo especial em comum, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data. (Brasil, 2019)

Conforme se denota pela própria redação do *caput*, que fala sobre a vedação de tempo fictício, é perceptível que o legislador de forma (a)técnica confundiu os conceitos de tempo fictício e a conversão de tempo especial em comum, o que será aprofundado posteriormente. Assim, conforme se abordará oportunamente, extirpou-se do ordenamento jurídico um dos mecanismos que garantia a igualdade de condições entre aqueles que colocam sua saúde e integridade física em risco, porém não alcançaram os requisitos para a concessão da aposentadoria especial, e aqueles que conseguem atingir o tempo mínimo de atividade especial.

3.3. A profunda alteração na metodologia de cálculo da renda mensal inicial

A terceira grande modificação no regramento da aposentadoria especial diz respeito à forma de cálculo da sua renda mensal inicial. Conforme mencionado, antes da Emenda Constitucional nº 103/2019, o benefício tinha uma renda mensal inicial de 100% do salário de benefício. Todavia, a partir da EC 103/2019, a forma de cálculo do benefício passou a seguir a regra geral das demais regras de aposentadorias instituídas pela Reforma Previdenciária. A saber, passa-se a calcular o salário de benefício com base na média de 100% dos salários de contribuição a partir de julho de 1994, aplicando-se um coeficiente de 60%, acrescido de 2% a cada ano de contribuição que exceder 20 (vinte) anos de contribuição para os homens e 15 (quinze) anos para as mulheres e para quem se aposentar na modalidade de aposentadoria especial cujo requisito são 15 anos de tempo especial. A nova forma de cálculo está prevista no artigo 26, §2º, IV e §5º da EC 103/2019:

Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

[...]

§ 2º O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no caput e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição nos casos:

[...]

IV - do § 2º do art. 19 e do § 2º do art. 21, ressalvado o disposto no § 5º deste artigo.

[...]

§ 5º O acréscimo a que se refere o caput do § 2º será aplicado para cada ano que exceder 15 (quinze) anos de tempo de contribuição para os segurados de que tratam a alínea «a» do inciso I do § 1º do art. 19 e o inciso I do art. 21 e para as mulheres filiadas ao Regime Geral de Previdência Social. (Brasil, 2019).

Nessa perspectiva, se vislumbra que a EC 103/2019 aplicou o mesmo tratamento jurídico para duas situações diversas, na medida em que, hipoteticamente, um segurado homem que preencher os requisitos da aposentadoria especial de 25 anos, terá um coeficiente base de 70% do seu salário de benefício, enquanto que se aguardar até preencher os requisitos para alguma das regras de transição, possivelmente terá um



coeficiente maior que 90%. Ou seja, exclui-se aqui o incentivo econômico-financeiro para a saída precoce do labor insalubre, que, no regramento anterior, era inclusive um dos grandes fatores de aceitação da aposentadoria especial (na medida em que é vedada a continuidade do labor especial após a jubilação).

A partir das mudanças estabelecidas pela EC 103/2019, se partirá para o desvelamento do sentido do projeto constitucional e da arqueologia da aposentadoria especial, a fim de, por meio da Crítica Hermenêutica do Direito, estabelecer elementos para uma resposta adequada à Constituição acerca da constitucionalidade destas mudanças.

4 A ADI 6309: ELEMENTOS PARA OBTENÇÃO DA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos no processo constituinte, ainda estão no aguardo da sua implementação. Nesse sentido, é por demais evidente que se pode caracterizar a Constituição Brasileira de 1988 como uma Constituição social, dirigente e compromissária, sendo absolutamente lógico afirmar que seu conteúdo está voltado para o resgate das promessas da modernidade, daí exsurge o motivo pela qual o Direito deve ser visto como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas como a igualdade e a justiça social (Streck, 2004, p. 15).

Streck (2004, p. 3) denuncia alguns dos motivos pelas quais as promessas constitucionais seguem incumpridas:

a prevalência/dominância do paradigma da filosofia da consciência, refratário à guinada linguístico-hermenêutico, de cunho objetificante (portanto metafísico), que provocou a entificação do ser (sentido) do Direito (e sobretudo da Constituição); a não-existência de um Estado Social no país, muito embora o forte intervencionismo do Estado (e do Direito); a prevalência do paradigma liberal de Direito, mormente pela coexistência promíscua de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente; [...] o processo de globalização e das políticas neoliberais, são fatores que obstaculizam a implantação daquilo que aqui denomino de “realização das promessas da modernidade”

A partir daí, é possível dizer que quando se fala em função do Estado e do Direito, parte-se da premissa que a Constituição de 1988 ao estabelecer o Estado Democrático de Direito consagrou o princípio da democracia econômica, social e cultural, com pressupostos deontológicos: a) imposição constitucional ao órgãos políticos e da administração para que atuem para tornar a sociedade mais democrática; b) autorização constitucional para que o legislador e demais órgãos adotem medidas para alcançar a justiça constitucional e social; c) proibição do retrocesso social; d) elemento de interpretação, obrigando os 3 poderes a considerá-lo como elemento vinculado a interpretação das normas; e) como fundamento de pretensões jurídicas dos cidadãos, pelo menos nos casos de defesa de condições mínimas de existência. (Streck, 2011, p. 334-335). A partir desses pressupostos,

a Crítica Hermenêutica do Direito, teoria cunhada pelo jurista gaúcho Lenio Streck, vai falar em um direito fundamental a obtenção de uma resposta adequada à Constituição, uma resposta que seja hermeneuticamente correta em relação à coerência e integridade do Direito, que tem na Constituição o seu alfa e o ômega (Streck, 2020, p. 392).

Partindo dos pressupostos elencados, de que a Constituição de 1988 implementou um projeto deontológico social (ainda incumprido), e que há um direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada, passaremos a analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6309, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), e que pede a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da EC 103/2019, dentre os quais os que inseriram as modificações na aposentadoria especial, abordadas no tópico 2 deste artigo e que serão o objeto de debate a seguir.⁸

Prefacialmente, é relevante assentar que a Constituição inaugurou uma nova concepção de Previdência Social, comprometida com a gestão dos riscos do meio ambiente do trabalho (Schuster. 2022, p. 109), ficando evidente que toda a principiologia da Constituição de 1988 sustenta um direito fundamental ao meio ambiente laboral equilibrado e o direito à saúde, o que pode ser evidenciado por diversos artigos do texto constitucional:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

⁸ Nesse ponto, é relevante que o leitor se atente que o revolvimento do chão linguístico da tradição em que está assentada a aposentadoria especial (feita no primeiro capítulo) não foi feita exclusivamente para seguir o “método” fenomenológico-hermenêutico. Streck (2011, pp. 266-271) vai ensinar que o acontecer da interpretação se dá a partir da fusão de horizontes, porque compreender é um processo de fusão dos horizontes históricos para si mesmos, um texto só pode ser interpretado desde a historicidade, ou seja, da consciência histórico-efetual do intérprete. Nesse sentido, complementa o jurista, o conceito de fusão de horizontes trabalha com a dialética da participação e distanciação, redução e alargamento, a qual ocorre no domínio da tradição, nela, o velho e o novo crescem juntos, por tal motivo, toda compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Por fim, arremata que não se interpreta um texto jurídico desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem, no caso do Direito, da Constituição. Portanto, a partir desta lição de Streck, entendemos que a traçar elementos para uma interpretação constitucionalmente adequada do fenômeno da aposentadoria especial e das mudanças promovidas pela EC 103/2019 perpassa a pré-compreensão da tradição e, especialmente, da principiologia constitucional em que este benefício, de caráter protetivo da saúde, vida e salubridade do meio ambiente do trabalho possui.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (Brasil, 1988).

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já possui entendimento neste sentido, fixado por ocasião do já citado RE nº 791.961/PR, ocasião em que o tribunal consignou que o afastamento do segurado que recebe aposentadoria especial é medida que se coaduna com o espírito do benefício, que é o de proteger a vida, a saúde e o meio ambiente do trabalho:

ao prestigiar a saúde, a disposição legal prestigia também o direito à vida, intrinsecamente ligado ao primeiro, visto que reforçar a necessidade de afastamento da atividade especial implica não só mitigar a chance de desenvolvimento de doenças ocupacionais capazes de levar à incapacidade definitiva e, eventualmente, à morte, mas também reduzir a probabilidade de o indivíduo vir a se lesionar ou mesmo a falecer em algum acidente de trabalho (uma vez que, não raro, o próprio local de trabalho descortina-se perigoso e propício à ocorrência de intercorrências graves) (Brasil, 2020, p. 23).

Nesse contexto, quanto à modificação que institui o ideário de uma idade mínima no benefício de aposentadoria especial, conforme aponta o voto-vista do ministro Edson Fachin na própria ADI 6309, há uma perniciososa desproteção da saúde e integridade física do trabalhador:

a aposentadoria por tempo especial tem função dúplice: ela serve para proteger as pessoas em idade avançada, mas ela serve também para proteger a capacidade laboral de quem já não mais consegue trabalhar, apesar de não ter deficiência. Por isso, sempre que o Estado instituir ou aumentar a idade para o acesso à aposentadoria especial, deve ele assegurar que as pessoas que estão em profissões com risco à saúde possam de fato e com dignidade trabalhar por mais tempo, ou se isso não for possível, que eles possam ter uma renda assegurada. A ideia é que o Estado promova políticas sociais que permitam a recolocação desses trabalhadores. Essa conclusão, que decorre da própria dogmática do direito à seguridade social foi também a que chegou a Comissão Europeia no White Paper on Pensions de 2012. Noutras palavras, se não é possível falar que a simples instituição de uma idade mínima para a aposentadoria especial, por si só, viola o direito à seguridade social, haverá ofensa à Constituição (e ao núcleo essencial desse direito fundamental) sempre que a instituição de idade estiver dissociada de medidas que promovam a extensão com dignidade da capacidade laboral (Brasil, 2023).

Nesse contexto, há um mandamento constitucional de proteção ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador, sendo - conforme já exposto anteriormente - a aposentadoria especial um relevante mecanismo com função preventiva de mitigação destes riscos à saúde do trabalhador em face da nocividade do seu ambiente laboral. Portanto, instituir uma idade mínima para a aposentadoria especial baseada simplesmente em análises econômicas ou demográficas, sem uma robusta fundamentação científica, há uma manifesta violação à proteção de da saúde e da vida do trabalhador, tratando-se de desconstituição inconstitucional de um direito (Serafin, Reupke e Jacobsen, 2021, p. 32).

Diante deste cenário, a instituição de uma idade mínima, que - na prática - obriga o trabalhador a permanecer exercendo a atividade insalubre/perigosa por tempo superior ao tempo mínimo estabelecido como *standard* limítrofe da nocividade máxima de exposição, desacompanhada de políticas que visem erradicar a insalubridade e periculosidade das atividades especiais, evidentemente ofende a principiologia constitucional. Assim, neste primeiro ponto, a resposta constitucionalmente adequada aponta para a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos dos artigos 19, § 1º, inciso I, e 21, da EC 103/2019, por violação dos dispositivos constitucionais que estabelecem um direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável, bem como o direito à saúde do trabalhador.

O segundo e o terceiro ponto de discussão, no tocante à vedação da conversão do tempo especial em comum e da modificação da forma de cálculo do benefício, traduzem uma urgente preocupação no tocante à uma violação da isonomia constitucional. Isto, por um motivo muito singelo: ao vedar a conversão do tempo especial em comum e dar à aposentadoria especial a mesma forma de cálculo das demais aposentadorias, a EC 103/2019 torna o tempo especial laborado, um nada jurídico, na medida em que o trabalhador não terá nenhuma vantagem pelo fato de ter colocado em risco sua saúde e integridade física (especialmente se não houver completado o tempo mínimo especial). Nesse aspecto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, pp. 32-39) traduz o conteúdo jurídico do princípio da igualdade:

Aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferenciável, que é, por algum traço ou aspecto, desigual, pode ser diferenciado, fazendo-se remissão à existência ou à sucessão daquilo que dessemelhou as situações. [...] O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele. [...] Ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade a regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado. Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada. [...] Então, no que ati-

na ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto. [...] Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.

Buscando a compatibilização da vedação do tempo especial em comum e da equalização das metodologias de cálculo com as demais aposentadorias com o princípio da igualdade (positivado na Constituição no artigo 5º, *caput*), vislumbra-se que não há nenhuma justificação razoável e proporcional. Primeiro, vedar a conversão do tempo especial em comum cria uma diferenciação de efeitos para aqueles que trabalharam em condições especiais e não preencheram os 15, 20 ou 25 anos de tempo especial necessários para acesso à regra da aposentadoria especial, e aqueles que - por qualquer que seja o motivo - não conseguiram completar o requisito de tempo mínimo especial, mas que expuseram sua saúde e integridade física aos agentes nocivos. Segundo, ao equiparar a metodologia de cálculo de renda mensal inicial da aposentadoria especial a mesma das demais regras de aposentadoria, com o agravante que a metodologia aumenta o coeficiente conforme o tempo de contribuição obtido, e o requisito de tempo de contribuição da aposentadoria especial é por natureza menor, tornando o valor do benefício ainda menor em comparação às demais modalidades, cria-se uma diferenciação ainda pior: o mais vulnerável é penalizado.

Nesse sentido, o voto-vista do ministro Edson Fachin aponta que ao vedar a conversão do tempo especial em comum e equalizar as formas de cálculo de renda mensal inicial, o trabalhador não possui nenhum incentivo para migrar para cargos mais salubres, justamente pelo exposto acima, pois se não completar o requisito contributivo de natureza especial, não terá compensação ou vantagem alguma por ter se exposto à agentes nocivos:

se o objetivo – correto – da Reforma é estender o período laboral, a vedação da conversão do tempo especial em comum desincentiva os trabalhadores expostos a condições mais graves a buscarem uma alternativa mais salubre. Como já se indicou nesta manifestação, é preciso dar meios para que os trabalhadores que estão nessas condições busquem alternativas de renda sem desconsiderar os efeitos cumulativos do período especial. Da mesma forma, o cálculo do benefício da aposentadoria especial, sobretudo se considerada a proibição da conversão do tempo

especial em comum, além de desincentivar a opção pelos trabalhadores de ocupações que sejam menos arriscadas, põe em condições iguais quem está em posições jurídicas diferentes. Note-se que o trabalhador em condições especiais de 20 ou 25 anos de contribuição, apesar de estar em condições prejudiciais à saúde, terá que trabalhar pelo mesmo período que os demais trabalhadores para ter a mesma renda (Brasil, 2023).

Quanto à questão da vedação da conversão do tempo especial em comum, percebe-se uma confusão conceitual da natureza da conversão do tempo especial em comum, que foi tratado pela EC 103/2019 como um “tempo de contribuição fictício”. Todavia, é preciso lembrar que a finalidade da conversão do tempo especial em comum é simplesmente estabelecer uma relação matemática de proporcionalidade com o tempo necessário para uma aposentadoria por tempo de contribuição (Schuster, 2022, p. 111). Isto, pois seria ilógico imaginar que aqueles que expuseram sua saúde e integridade física, mas não alcançaram o tempo mínimo de atividade especial exigido, não teriam nenhuma compensação em face do prejuízo sofrido. Sem a conversão do tempo especial em comum, a proteção constitucional-previdenciária do meio ambiente do trabalho e da saúde do obreiro se torna um jogo de “tudo ou nada” (ou se preenche os 15, 20 ou 25 anos de atividade especial, ou não há nenhuma vantagem para o trabalhador em se expor ao risco).

Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.014.286/SP reconheceu que o fator de conversão do tempo especial em comum não se trata de contagem de tempo fictício, e tão somente um ajuste matemático na relação previdenciária de quem se submete à atividades especiais:

não procede o argumento no sentido de que o fator de conversão seria uma forma de contagem de tempo ficto. Trata-se, tão somente, de um ajuste da relação de trabalho, submetida a condições especiais, calcado, como aponta a d. PGR, “na mediação da premente necessidade da coletividade de certos serviços, ainda que danosos à saúde e segurança, com a proteção àquele que os exerce. Reflete, ademais, os imperativos constitucionais da valorização social do trabalho, como fundamento da República, e de redução dos riscos inerentes ao trabalho, como direito (Brasil, 2020, p. 50).

Assim, nestes pontos, a resposta constitucionalmente adequada aponta também para a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos dos artigos 25, § 2º, e 26, §2º, inciso IV, da EC 103/2019, por violação do princípio da igualdade, e da vedação de proteção deficiente (Üntermassverbot) do direito fundamental à vida, saúde e do meio ambiente laboral equilibrado.

Ante aos pontos levantados, é preciso salientar que eventual decisão a ser proferida no bojo da ADI 6309, e que reconheça a inconstitucionalidade dos dispositivos da EC 103/2019 já mencionados, não poderá ser considerada uma decisão ativista.

Nessa senda, valendo-se da fórmula das três perguntas fundamentais⁹ de Lenio Streck, verifica-se que podemos responder “sim” para todas elas, na medida em que: (I) estamos diante de um direito fundamental (já citados anteriormente); (II) o reconhecimento da inconstitucionalidade das mudanças promovidas pela EC 103/2019 pode ser universalizado, eis que somente se regressaria ao *status quo ante*, com as regras anteriores vigentes; (III) para atender o pleito, evidentemente não seria preciso transferir recursos de forma anti-isonômica, pelo contrário, estaria-se reforçando o princípio da igualdade, conforme já discutiremos.

À guisa de conclusão, a visão da resposta constitucionalmente adequada sustentada se coaduna com a ideia de resistência constitucional, cunhado por Garcia Herrera, e trabalhado por Streck (2011, p. 346) como processo de identificação e detecção do conflito entre princípios constitucionais e a inspiração neoliberal que promove a implantação de novos valores que entram em contradição com aqueles: solidariedade frente ao individualismo, programação frente à competitividade, igualdade substancial frente ao mercado, direção pública frente a procedimentos pluralistas. Portanto, a partir do ideário de resistência constitucional será possível, no bojo da ADI 6309, superar o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto constitucional-social de 1988 vêm sofrendo severos ataques pelas reformas de cunho neoliberal, especialmente aquelas que visam restringir direitos previdenciários e enfraquecer a rede de proteção social estabelecida pela seguridade social. Nesse contexto, em que o discurso de crise e falência do Estado Social ganha tração, promover a resistência constitucional em busca de respostas constitucionalmente adequadas, visando o resgate das promessas da modernidade, é um imperativo.

As mudanças promovidas pela Reforma Previdenciária de 2019 vêm rendendo uma substancial literatura acadêmica que visa discutir a compatibilidade das novas regras com a principiologia constitucional. A intensidade das mudanças promovidas no benefício de aposentadoria especial causaram inquietação na comunidade jurídica e na sociedade. Nesse contexto, esse artigo buscou delimitar elementos para a obtenção - por parte do Supremo Tribunal Federal - de uma resposta constitucionalmente adequada no bojo da ADI 6309, que irá definir se as modificações da EC 103/2019 no âmbito da aposentadoria especial são, de fato, compatíveis com a Constituição Federal de 1988.

Realizou-se aqui um retorno à arqueologia da aposentadoria especial, mediante o revolvimento do chão linguístico da sua tradição, trazendo a conceitual legal e o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, questionando o *ser* da

⁹ Lenio Streck (2020, p. 394) forjou as seguintes indagações: (i) estamos diante de um direito fundamental com exigibilidade? (ii) o atendimento desse pedido pode ser, em situações similares, universalizado? (iii) para atender esse Direito, se está - ou não - fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e isonomia? Essas três perguntas visam verificar se o ato judicial é ativista (e, portanto, prejudicial à democracia) ou está apenas realizando, contingencialmente, a judicialização da política, de maneira que se uma das três perguntas for respondida de forma negativa, provavelmente estaremos diante de uma decisão ativista.

aposentadoria especial, a sua razão de existir, em um contexto de sociedade de risco, projetando-a enquanto instrumento essencial de materialização do princípio da prevenção do meio ambiente do trabalho e da saúde dos trabalhadores. Posteriormente, buscou-se o desvelamento do sentido das reformas previdenciárias no seio do discurso dominante do neoliberalismo, para conseqüentemente apontar a dogmática das mudanças promovidas nas regras atinentes à aposentadoria especial. Por fim, adentramos no debate sobre a busca da resposta constitucionalmente adequada no seio da ADI 6309, abordando ponto a ponto as 3 (três) alterações promovidas pela EC 103/2019 na aposentadoria especial, e concluindo que a resposta constitucionalmente adequada para os três casos seria a declaração da inconstitucionalidade. A conclusão encontrada foi de que as três mudanças operadas pela Reforma Previdenciária violaram dispositivos constitucionais que estabelecem um direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável, o direito à vida e saúde do trabalhador, bem como os princípios da igualdade e da vedação de proteção deficiente (Üntermassverbot) dos direitos fundamentais.

Assim, o debate teórico aqui travado serve para apontar elementos e caminhos para a decisão a ser tomada na ADI 6309, de maneira que se a Suprema Corte mantiver a coerência e integridade da sua histórica jurisprudência de reconhecimento da aposentadoria especial enquanto instrumento de proteção à saúde, vida e meio ambiente do trabalho, o caminho certamente será o da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos abordados da EC 103/2019.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. **Profanações**. Tradução Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional nº 6 de 20 de fevereiro de 2019**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?co_dteor=1712459&filename=Tramitacao-PEC%206/2019. Acesso em: 10. set. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 nov. 2019. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 set. 1960. Disponível em https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/////Leis/1950-1969/L3807.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.890, de 08 de junho de 1973**. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 ago. 1973. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5890.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6309**. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 10. mai. 2024. Voto vogal proferido pelo Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/repgeral/votacao?texto=5732834>. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso extraordinário 664.335/SC**. Relator: Min. Luiz Fux, 04 dezembro 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=299157262&ext=.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli, 08 junho 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753515290>. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 1.014.286/SP**. Relator: Min. Dias Toffoli, 31 agosto 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344491887&ext=.pdf>. Acesso em: 12 set. 2024.

BATISTA JÚNIOR, Elísio Nascimento; SILVA, Carlos Rafael. Aposentadoria especial e reforma da emenda constitucional nº 103/2019: análise da constitucionalidade em face do princípio da vedação ao retrocesso social. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 78–94, 2021. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2525-9865/2021.v7i1.7790. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/7790>. Acesso em: 12 set. 2024.

BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. London: Sage, 1992

COSTA, José Ricardo Caetano. As Reformas da Previdência Social Brasileira: entre o individualismo e o solidarismo social. **JURIS**, v. 14, 55-68, 2009. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/issue/view/388>. Acesso em: 13 set. 2024.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMULLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: A. de Gruyer, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio de Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito ambiental do trabalho: mudanças de paradigmas na tutela jurídica à saúde do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria especial e a nova previdência: os caminhos do direito previdenciário**. 2. ed. Curitiba: Alteridade, 2022.

SCHUSTER, Diego Henrique; VAZ, Paulo Afonso Brum. **O princípio da prevenção (“Lato Sensu”) nos benefícios por incapacidade**. Revista JurisFIB: Reflexões sobre o Direito, Vol. IX, Bauru, v. 9, n. 9, dez./2018. DOI: <https://doi.org/10.59237/jurisfib.v9i9>. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/355/319>. Acesso em: 12. set. 2024.

SERAFIN, Gabriela Pietsch; REUPKE, Erika Giovanini; JACOBSEN, Gilson. Inconstitucionalidade da EC 103/2019 quanto à fixação de idade mínima para a aposentadoria especial: uma abordagem à luz do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho equilibrado. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 16, n. 2, 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em 12. set. 2024

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUSSEKIND, Arnaldo, **Instituições de direito do trabalho**. 17. ed., São Paulo: LTr, 1997.

Data de submissão: 04 out. 2024. Data de aprovação: 16 nov. 2024.