



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

GABRIEL MENDES DOS SANTOS

**COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL:
A LIBERDADE DE TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO E A SAÚDE DO
TRABALHADOR**

Imbituba

2019



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
GABRIEL MENDES DOS SANTOS

**COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL:
A LIBERDADE DE TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO E A SAÚDE DO
TRABALHADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Especialização em Direito Previdenciário da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Especialista.

Orientador: Prof. Patrícia Santos e Costa, MSc.

Imbituba

2019

GABRIEL MENDES DOS SANTOS

**COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL:
A LIBERDADE DE TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO E A SAÚDE DO
TRABALHADOR**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Especialista em Direito Previdenciário e aprovado em sua forma final pelo Curso de Especialização em Direito Previdenciário, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Imbituba, 7 de julho de 2019.

Prof. Patrícia Santos e Costa, MSc.

Prof. Jeferson Puel, MSc.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL: A LIBERDADE DE TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO E A SAÚDE DO TRABALHADOR

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Especialização em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Imbituba, 7 de julho de 2019.

GABRIEL MENDES DOS SANTOS

RESUMO

A monografia versa sobre colisão entre direitos fundamentais, mais precisamente sobre a colisão entre a liberdade de trabalho, ofício ou profissão e o direito à saúde em geral e do trabalhador em particular. A Lei nº 8.213, de 24 de julho 1991 (plano de benefícios da previdência social) prevê aposentadoria especial ao segurado que tenha trabalhado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. O diploma determina, ainda, conforme art. 57, § 8º, o cancelamento automático da aposentadoria especial caso o beneficiário continue no exercício de atividade ou operação que o sujeite a agentes nocivos. Dessa forma, cabe perquirir os fundamentos da previdência social e dos demais direitos envolvidos no tema, a fim de averiguar a constitucionalidade material do dispositivo. Em outras palavras, questiona-se se há possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial na hipótese em que o segurado permanece no exercício de atividades laborais nocivas à saúde. O objetivo da pesquisa traduz-se em apurar se há possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial independentemente do afastamento do beneficiário das atividades laborais nocivas à saúde. No tocante à metodologia, trata-se de pesquisa aplicada, a que procura resolver problemas concretos; teórica, posto que as informações são obtidas a partir da literatura produzida em determinada área de conhecimento; exploratória, uma vez que visa proporcionar maior familiaridade com o objeto de estudo; e bibliográfica, já que os dados são encontrados em livros, leis, peças processuais etc. Está estruturada em cinco capítulos: Introdução, Teoria dos Direitos Fundamentais, Direitos Fundamentais em Espécie, Colisão entre Direitos Fundamentais e Conclusão. Ao final, conclui-se pela constitucionalidade do dispositivo legal e pela impossibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial na hipótese em que o segurado permanece no exercício de atividades laborais nocivas à saúde.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade de Trabalho, Ofício ou Profissão. Saúde. Previdência Social. Colisão entre Direitos Fundamentais. Princípio da Proporcionalidade. Aposentadoria Especial.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C. – antes de Cristo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo

art. – artigo

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DER – Data de Entrada do Requerimento

ex. – exemplo

GILRAT – Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho

IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

inc. – inciso

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

IPASE – Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado

LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social

nº – número

p. – página

PA – Processo Administrativo

PBPS – Plano de Benefícios da Previdência Social

PGF – Procuradoria-Geral Federal

PGR – Procuradoria-Geral da República

OIT – Organização Internacional do Trabalho

RE – Recurso Extraordinário

RGPS – Regime Geral da Previdência Social

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.1 ELEMENTOS.....	11
2.2 ORIGENS E EVOLUÇÃO	13
2.2.1 Primeira geração	14
2.2.2 Segunda geração	14
2.2.3 Terceira geração	16
2.2.4 Quarta geração	17
2.2.5 Quinta geração	17
2.3 CONCEITO E DIMENSÃO OBJETIVA	18
2.4 FUNÇÕES	20
2.4.1 A teoria do status de Jellinek	20
2.4.2 Direitos de defesa	21
2.4.3 Direitos de prestação	23
2.4.4 Direitos de participação	25
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE	26
3.1 DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.....	26
3.1.1 Liberdade de trabalho, ofício ou profissão	28
3.1.1.1 Da reserva legal	30
3.2 DIREITOS SOCIAIS	31
3.2.1 Seguridade social	36
3.2.1.1 Saúde	40
3.2.1.2 Previdência social.....	42
3.2.2 Direitos sociais dos trabalhadores	47
4 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PREVIDÊNCIA SOCIAL	50
4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	50
4.1.1 O Subprincípio da Adequação	53
4.1.2 O Subprincípio da Necessidade	53
4.1.3 O Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito	54
4.2 A APOSENTADORIA ESPECIAL	55
4.2.1 Breve Histórico do Benefício	59

4.2.2 Vedação à Continuidade no Exercício de Atividade ou Operação Sujeita a Condições Especiais.....	60
4.3 O EXAME JUDICIAL DA COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO E O DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR	63
4.3.1 A Ação Previdenciária nº 5002182-13.2010.4.04.7003.....	63
4.3.2 A Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.4.04.0000	65
4.3.3 O Recurso Extraordinário nº 791.961/PR.....	67
4.3.3.1 O Reconhecimento da Repercussão Geral	70
4.3.3.2 As Intervenções dos Amici Curiae pela Inconstitucionalidade do Dispositivo	71
4.3.3.3 A Manifestação da Procuradoria-Geral da República.....	72
4.3.3.4 Considerações Finais	75
5 CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS.....	81

1 INTRODUÇÃO

A monografia a seguir apresentada versa sobre a colisão entre direitos fundamentais, mais precisamente sobre a colisão entre, de um lado, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão e, de outro lado, o direito à saúde em geral e do trabalhador em particular.

A Lei nº 8.213, de 24 de julho 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, prevê aposentadoria especial ao segurado que tenha trabalhado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. O referido diploma determina, ainda, conforme previsto no art. 57, § 8º, o cancelamento automático da aposentadoria especial caso o beneficiário continue no exercício de atividade ou operação que o sujeite a agentes nocivos. Dessa forma, cabe perquirir os fundamentos da previdência social e dos demais direitos envolvidos no tema, a fim de averiguar a constitucionalidade material do citado dispositivo, o que, aliás, encontra-se pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 791.961, dotado de repercussão geral (Tema 709). Em outras palavras, questiona-se: há possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial na hipótese em que o segurado permanece no exercício de atividades laborais nocivas à saúde?

O objetivo geral da pesquisa, portanto, traduz-se em apurar se há possibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial independentemente do afastamento do beneficiário das atividades laborais nocivas à saúde. Já os objetivos específicos, consistem em: 1) introduzir a teoria dos direitos fundamentais; 2) discorrer sobre as espécies de direitos fundamentais atinentes ao tema; 3) abordar a colisão entre direitos fundamentais no âmbito da regulamentação da aposentadoria especial; e 4) indicar a resolução do problema pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

A matéria em apreço situa-se na esfera previdenciária, incidindo sobre a regulamentação legal dada ao benefício da aposentadoria especial. Possui forte ascendência do direito constitucional, tanto é que a Suprema Corte admitiu o processamento do recurso extraordinário, assentando em acórdão de repercussão geral que:

De fato, é de índole eminentemente constitucional a matéria suscitada no recurso extraordinário, porquanto envolve o direito constitucional do livre

exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como a determinação constitucional da vedação de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais.

Cumpra, pois, avaliar, no caso dos autos, a constitucionalidade do dispositivo que prevê que o beneficiário de aposentadoria especial que retorne voluntariamente às atividades sujeitas a condições especiais tenha sua aposentadoria automaticamente cancelada. (TOFFOLI, 2014)

Como se percebe, a questão *sub judice* é relevante para os beneficiários do regime geral de previdência social, designadamente para os que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou integridade física. Ademais, a discussão é passível de se repetir em inúmeros processos, ratificando o reconhecimento da repercussão geral para o caso.

No tocante à metodologia, temos que se trata de pesquisa **aplicada**, entendida esta como a que procura resolver problemas concretos. Trata-se, também, de pesquisa **teórica**, posto que as informações são obtidas a partir da literatura produzida em determinada área de conhecimento. Quanto ao nível de profundidade do estudo, caracteriza-se como pesquisa **exploratória**, uma vez que visa proporcionar maior familiaridade com o objeto de estudo. Em relação ao método para a coleta de dados, classifica-se como pesquisa **bibliográfica**, já que os dados são encontrados em livros, leis, peças processuais etc. (WILL, 2016)

O trabalho está estruturado em cinco capítulos sendo o primeiro esta introdução.

O segundo capítulo aborda uma parte do que a doutrina denomina teoria dos direitos fundamentais. Indica os elementos destes, sua origem e evolução, e as respectivas gerações (ou dimensões) apontadas pelos doutrinadores. Ainda neste capítulo, situa-se a importância dos direitos fundamentais perante os ordenamentos jurídicos e as funções que desempenham enquanto direitos propriamente ditos.

No terceiro capítulo apresenta-se as espécies de direitos fundamentais que circunscrevem a questão problema. Neste ponto, trata-se, nos direitos individuais e coletivos, da liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Já nos direitos sociais, trata-se do sistema da seguridade social e dos subsistemas da saúde e da previdência social, além dos direitos dos trabalhadores.

O quarto capítulo refere-se à colisão entre direitos fundamentais. Para tanto, remete ao princípio da proporcionalidade e aos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Trata, também, da

aposentadoria especial e da vedação à continuidade no exercício de atividade ou operação sujeita a condições especiais. Por fim, examina o processo judicial em que se insere o debate sobre a colisão entre a liberdade de trabalho e o direito à saúde, culminando na análise do recurso extraordinário que, por ora, encontra-se pendente de julgamento.

O quinto e último capítulo é a conclusão onde se faz uma recapitulação geral, indicando os resultados obtidos com a pesquisa e sugerindo uma solução para o caso concreto.

2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No presente capítulo abordaremos a Teoria dos Direitos Fundamentais, considerando os seus elementos, origens, evolução, conceito e funções que desempenham. Para realizar essa tarefa, serão utilizadas, entre outras, a doutrina de Paulo Bonavides, a obra conjunta de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sobre Direitos Fundamentais e, também, Tópicos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais apresentados por Paulo Gustavo Gonet Branco, em obra conjunta referenciada ao final do trabalho.

2.1 ELEMENTOS

Ao tratar dos requisitos para o surgimento dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins (2008) contrariam autores que vislumbram a manifestação dos referidos direitos na Grécia Antiga, na Roma Republicana, na Europa Medieval e, até mesmo, no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2000 a.C.

Sustentam o seu posicionamento na ideia de que os direitos fundamentais possuem o caráter jurídico-positivo. Este fato não escapou à apreciação de José Joaquim Gomes Canotilho (1993) quando propôs uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais, insinuando que tal teoria tratava de direitos fundamentais positivamente vigentes, ou seja, uma teoria jurídico-positiva. Mais adiante em seu estudo, prossegue o autor lusitano, citando Cruz Villalon:

Sem esta positivação jurídico-constitucional, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*). Por outras palavras, [...] “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios”. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas. (VILLALON apud CANOTILHO, 1993, p. 497).

A característica jurídico-positiva também foi identificada por José Afonso da Silva que, ao tratar da evolução da forma das declarações de direitos, anotou:

As declarações de direitos assumiram, inicialmente, a forma de proclamações solenes em que, em articulado orgânico especial, se enunciam os direitos. Depois, passaram a constituir o preâmbulo das constituições, na França especialmente. Atualmente, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos nacionais integram as constituições, adquirindo o caráter concreto de *normas jurídicas positivas constitucionais*, por isso, subjetivando-se em direito particular de cada povo, [...] configuram *declarações constitucionais de direito*, o que tem consequência jurídica prática relevante [...]. (SILVA, 2005, p. 175).

Assim sendo, se evidencia a subordinação da existência dos direitos fundamentais à presença de três elementos, a saber, o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador da relação entre ambos, como enumeram Dimoulis e Martins. Referem-se, os autores, ao Estado moderno, que constitui:

[...] um aparelho de poder centralizado que possa efetivamente controlar determinado território e impor suas decisões por meio da Administração Pública, dos tribunais, da polícia, das forças armadas e também dos aparelhos de educação e propaganda política. Sem a existência de Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja a de limitar o poder do Estado em face do indivíduo. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p.25)

Com relação ao indivíduo, tratam do ponto de vista do titular de direitos, em contrariedade com tempos passados em que “as pessoas eram consideradas *membros* de grandes ou pequenos coletivos (família, clã, aldeia, feudo, reino), sendo subordinadas a tais coletivos e privadas de direitos próprios.” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 25, grifo dos autores).

A regulação entre esses dois elementos, segundo Dimoulis e Martins (2008, p. 26), fica por conta da Constituição que, possuindo força superior às demais normas jurídicas e validade em todo o território nacional, “declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais”. Ainda conforme os autores, a Constituição vincula “o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual.

Definidos os elementos essenciais à caracterização de determinado grupo de direitos como sendo direitos fundamentais, passamos a discorrer sobre sua evolução.

2.2 ORIGENS E EVOLUÇÃO

Abordando as fontes de inspiração das declarações de direitos, Silva (2005, p. 173), citando Giorgio del Vecchio, indica que as condições históricas objetivas constituíram os seus principais fundamentos, alegando que tais condições “em relação às declarações do século XVIII, manifestaram-se na contradição entre o regime da monarquia absoluta, estagnadora, petrificada e degenerada, e uma sociedade nova tendente à expansão comercial e cultural”. E prossegue del Vecchio:

Essa contradição entre uma superestrutura atrofiada e uma sociedade progressista não poderia deixar de provocar uma crise muito grave na vida da nação; ela produziu-se em efeito e tornou-se tão forte que, em certo ponto, as autoridades estabelecidas se encontraram na impossibilidade de ir adiante no governo. A convocação dos Estados Gerais marca precisamente esse momento. A monarquia feudal, em convidando o Terceiro Estado para colaborar com o governo, cedia à necessidade histórica que lhe impunha o desaparecimento enquanto poder absoluto. (VECCHIO apud SILVA, 2005, p. 173).

Além das condições objetivas, Silva (2005) listou condições subjetivas ou ideais que, em conjunto com as primeiras, resultariam nas declarações de direitos. Entre as condições subjetivas, incluiu as fontes filosóficas de inspiração, quais sejam, o cristianismo, o jusnaturalismo e o iluminismo. Fez ressalva em relação ao cristianismo, pois a mensagem de libertação do homem estava no pensamento cristão primitivo, e não no que pregava a igreja à época, conforme retrata o seguinte trecho:

O *pensamento cristão*, como fonte remota, porque, na verdade, a interpretação do cristianismo que vigorava no século XVIII era favorável ao *status quo* vigente, uma vez que o clero, especialmente o alto clero, apoiava a monarquia absoluta, e até oferecia a ideologia que a sustentava com a tese da origem divina do poder; o pensamento cristão vigente, portanto, não favorecia o surgimento de uma declaração de direitos do homem [...]. (SILVA, 2005, p. 173).

Aliada ao pensamento cristão primitivo, encontrava-se a doutrina do direito natural que, ainda segundo Silva (2005), sustentava a tese de direitos natos, servindo de base para o reconhecimento de um conjunto de direitos tidos como inerentes à pessoa humana. E acrescenta o mencionado jurista:

A doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, de natureza racionalista, fundada assim na natureza racional do homem, faz descer a este o fundamento do poder político e também do Direito positivo em

contraposição à “divinização” que sustentava o regime absolutista vigente [...]. (SILVA, 2005, p. 174).

Encerrando as condições subjetivas, revela-se o pensamento iluminista, “com suas ideias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades inglesas e sua crença nos valores individuais do homem acima dos valores sociais”, o que reflete o individualismo observado nas primeiras declarações de direitos humanos. (SILVA, 2005, p. 174).

2.2.1 Primeira geração

As contradições acima nos levam ao surgimento do que é denominado pela doutrina como direitos fundamentais da primeira geração (ou dimensão). Acerca dessa dimensão de direitos, assinalou Paulo Bonavides:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (BONAVIDES, 2001, p. 517).

E continua o autor, declarando que tais direitos:

[...] têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2001, p. 517).

Walber de Moura Agra (2008) cita exemplos de direitos, tais como, liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, de propriedade, de igualdade formal perante a lei, de participação política, o devido processo legal, o *habeas corpus*, o direito de petição, que, entre outros, fazem parte dos direitos de primeira dimensão.

2.2.2 Segunda geração

Seguindo o curso da história, as condições materiais anteriormente descritas foram sendo superadas, marcadas por alterações econômicas decorrentes do processo de industrialização, que criaram novas relações objetivas. Segundo

Silva (2005, p. 174, grifo do autor), “essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais – os *direitos econômicos e sociais*” e, ainda, “a transformação do conteúdo dos que serviam à burguesia em sua luta contra o absolutismo”. As novas fontes de inspiração dos direitos foram:

[...] (1) o *Manifesto Comunista* e as *doutrinas marxistas*, com sua crítica ao capitalismo burguês e ao sentido puramente formal dos direitos do homem proclamados no século XVIII [...]; (2) a *doutrina social da Igreja*, a partir do Papa Leão XIII, que teve especialmente o sentido de fundamentar uma ordem mais justa [...]; (3) o *intervencionismo estatal*, que reconhece que o Estado deve atuar no meio econômico e social, a fim de cumprir uma missão protetora das classes menos favorecidas [...]. (SILVA, 2005, p. 174, grifo do autor)

O novo cenário que se afigura, coincide com o surgimento dos chamados direitos fundamentais da segunda geração, que nasceram abraçados ao princípio da igualdade, a respeito dos quais Bonavides (2001, p. 518) esclarece:

São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século.

Agra (2008, p. 131) faz interessante comparação entre as duas primeiras dimensões de direitos fundamentais:

Os direitos de primeira dimensão geram antinomias entre o Estado e a sociedade, por ser a igualdade apenas formal, permitindo a exploração exacerbada dos hipossuficientes. O direito à liberdade somente faz sentido a quem pode prover as suas necessidades.

Os direitos de segunda dimensão produzem uma simbiose entre o Estado e a sociedade, propiciando que a igualdade saia da esfera formal e adentre na esfera material, garantindo direitos a todos, principalmente àquela parte da população que é carente de recursos.

Consolidadas as duas primeiras gerações, num mundo dividido entre nações desenvolvidas, de um lado, e subdesenvolvidas ou em precário desenvolvimento, de outro, busca-se uma nova dimensão de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2001). Dessa forma, adentra-se na seguinte geração de direitos.

2.2.3 Terceira geração

Nos termos propostos por Karel Vasak (1979 apud BONAVIDES, 2001), trata-se da geração de direitos assentada sobre a fraternidade. O seguinte trecho contribui para o entendimento:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2001, p. 523).

E avança o mesmo autor, elencando os direitos englobados pela terceira geração:

Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (BONAVIDES, 2001, p. 523).

Para levar mais adiante o seu ensinamento, o autor serve-se de citação de Etienne-R. Mbaya, admitindo que quando um sistema de direitos se faz reconhecido, novos horizontes se abrem à exploração, de tal maneira que a descoberta e a formulação de novos direitos torna-se um processo inacabável. (MBAYA apud BONAVIDES, 2001).

O surgimento de novas dimensões de direitos fundamentais, resultantes de condições presentes na história recente, comprova tal argumentação. Ratificando a continuidade dos direitos surgidos em gerações anteriores, Bonavides (2001, p. 525), se posiciona:

[...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia [...].

O direito à democracia, mencionado ao final do excerto anterior, refere-se à quarta geração de direitos fundamentais, tratada a seguir.

2.2.4 Quarta geração

Conforme os preceitos de Bonavides (2001), o surgimento desta geração está relacionada à globalização. Segundo ele, a globalização do neoliberalismo denota a intenção de perpetuar o estado de dominação, com planos de transformar as dominações nacionais em supranacionais. Paralelamente, assinala o referido jurista, “há [...] outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a teoria neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia”.

Sobre a “outra globalização política” sentenciou Bonavides (2001, p. 524): “globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional”, e ainda, “na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania”.

Enumerando os direitos correspondentes à quarta dimensão, Agra (2008, p. 132), escreveu:

Como direito de quarta dimensão podem ser designados: a participação política efetiva; a garantia de institutos da democracia participativa; a liberdade ampla de informação; o aprimoramento do regime democrático; a liberdade de mudança de sexo etc.

A seguir, aborda-se a mais recente geração de direitos fundamentais apontada pela doutrina.

2.2.5 Quinta geração

Concretizados os direitos alusivos às quatro primeiras gerações, e considerando o desenvolvimento científico, especialmente nas áreas de medicina e biologia, Agra (2008) sugere o advento da quinta dimensão de direitos fundamentais, decorrente dos questionamentos éticos referentes às pesquisas científicas. Elucidam este assunto as palavras do doutrinador:

A quinta dimensão de direitos fundamentais representa uma reflexão sistemática a respeito das intervenções do homem sobre os seres vivos, analisando como eles podem ser manipulados por intervenções científicas, com o objetivo de procurar parâmetros éticos e normativos que possam disciplinar a conduta humana e mensurar suas consequências para o equilíbrio ambiental. (AGRA, 2008, p. 132)

Tendo examinado o caminho percorrido das origens dos direitos fundamentais até o modelo constitucional vigente, trataremos de conceituar tais direitos. Além disso, serão listadas algumas expressões utilizadas, de modo corrente, como sinônimos da que nomeia o capítulo.

2.3 CONCEITO E DIMENSÃO OBJETIVA

A evolução histórica e a conseqüente ampliação e transformação dos direitos fundamentais já ensejaria uma difícil tarefa ao procurar uma precisa conceituação. A dificuldade aumenta consideravelmente pela grande variedade de termos utilizados para designá-los, tais como: “*direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem*”. (SILVA, 2005, p. 175, grifo do autor).

A respeito da utilização destas expressões, asseverou Bonavides (2001, p. 514):

Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

Inspirando-se em Pérez Luño, Silva (2005, p. 178, grifo do autor) elege a expressão direitos fundamentais do homem como a mais apropriada, explorando o significado de cada vocábulo:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no *nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

E continua:

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não

como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. (SILVA, 2005, p. 178, grifo do autor).

Concluindo que:

Direitos fundamentais do homem significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17. (SILVA, 2005, p. 178, grifo do autor).

Para erigir os direitos em análise ao *status* de legitimadores do poder do Estado e de seu ordenamento jurídico, Agra serve-se da obra de Gregório Peces-Barba Martínez:

Os direitos fundamentais são o conjunto de normas de um ordenamento jurídico que formam um subsistema deste, fundado na liberdade, na igualdade, na seguridade, na solidariedade, expressões da dignidade do homem, que forma parte da norma básica material de identificação do ordenamento jurídico, e constituem um setor da moralidade procedimental positivada, que legitima o Estado Social de Direito. (MARTÍNEZ, 1999 apud AGRA, 2008, p. 123).

Serve-se, ainda, do conhecimento de Rudolf Smend, para quem “Os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concretos, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição”. De acordo com ele, “Do ponto de vista político, isto significa uma vontade de integração material; do ponto de vista jurídico, a legitimação de uma ordem positiva estatal e jurídica”. Ademais, complementa o autor, “Esta ordem positiva é válida somente enquanto representar este sistema de valores que precisamente pelos direitos fundamentais se converte em legítimo”. (SMEND, 1985 apud AGRA, 2008, p. 123).

Esta característica de legitimação e limitação ao poder do Estado se ajusta à noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais. É o que se depreende das palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 300).

Os direitos fundamentais, como observam os principais estudiosos, são ao mesmo tempo a base e a finalidade dos sistemas constitucionais. Neste sentido, já se apresentava, ao menos teoricamente, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1967. Assim, em República e Constituição, sob o signo das “Liberdades públicas”, Geraldo Ataliba colocou-os “no centro da construção ocidental moderna”, explanando:

Para proteção desses direitos é que se exige uma construção tão complexa, como é a da proposta constitucionalista. Não fosse a reconhecida necessidade de resguardar os direitos fundamentais, conter os abusos e excessos dos governos, e não haveria porque criar-se mecanismos tão complexos, sofisticados e onerosos. (ATALIBA, 1985, p. 137).

E tratando dos direitos fundamentais como limitação imposta pela soberania popular ao poder estatal, assim proclamou o mesmo autor:

Nenhuma, absolutamente nenhuma manifestação estatal pode violar tais limites. É que, ao conferir poder ao Estado, mediante o ato de dar-se uma Constituição, o povo não lhe concede poder para ir além dessas barreiras. A titularidade da *res publica* pertence ao povo, no regime republicano representativo, por nós adotado. (ATALIBA, 1985, p. 138).

Delineado suficientemente, em vista dos objetivos do presente trabalho, o conceito de direitos fundamentais, abordaremos, a partir de agora, as funções que os mesmos desempenham na sociedade e na ordem jurídica.

2.4 FUNÇÕES

Os direitos fundamentais também são reconhecidos na doutrina pelas funções que exercem, pois atuam na relação entre o Estado e o indivíduo como direitos de defesa e direitos de prestação. Alguns autores acrescentam às duas anteriores, a função de direitos de participação. Como base para a diferenciação de funções está a teoria dos quatro *status*, desenvolvida por Georg Jellinek no final do século XIX. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

2.4.1 A teoria do *status* de Jellinek

Acerca da concepção do termo *status* na forma utilizada para a elaboração da teoria, Jellinek (1905 apud ALEXYS, 2002, grifo do autor) afirma que

um *status* é “*una relación del individuo con el Estado, cualesquiera que sean sus características. En tanto relación que califica al individuo, el status debe ser una situación y, en tanto tal, distinguirse de un derecho*”.

Mendes, Coelho e Branco relacionam os quatro *status* propostos por Jellinek, quais sejam, o passivo ou *status subjectionis*, o negativo ou *status libertatis*, o positivo ou *status civitatis*, e o ativo ou *status* da cidadania ativa, explicando-os como segue:

O indivíduo pode achar-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Este tem a competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. Fala-se, aqui, em *status subjectionis*, ou em *status* passivo.

A circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvinculado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres”. Nesse caso, cogita-se do *status* negativo.

Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu *status* é, assim, positivo (*status civitatis*).

Jellinek cogita, ainda, de um quarto *status*, que denomina *ativo*, em que o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, pelo direito do voto. O indivíduo exerce os direitos políticos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 289).

A partir dessa teoria é que surge a noção do que se tem como funções de defesa, de prestação e de participação dos direitos, correspondendo, respectivamente, aos *status* negativo, positivo e ativo.

2.4.2 Direitos de defesa

Os direitos de defesa permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado que interfira em sua esfera de liberdade, consistindo, portanto, em uma proteção desta e, ao mesmo tempo, uma limitação à atuação do Estado. (DIMOULIS; MARTINS, 2008).

Neste sentido, ensinam Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 289) que “os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo”. E continuam, indicando que tais direitos “destinam-se a evitar ingerência

do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas”.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos de defesa encontram-se, em grande quantidade, no art. 5º da CRFB de 1988. Enquadram-se nessa categoria, por exemplo, os seguintes dispositivos: inc. II, princípio da legalidade; inc. IV, liberdade de manifestação de pensamento; inc. IX, liberdade de expressão artística, científica e intelectual; inc. XIII, liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão; entre outros. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Canotilho (1993, p. 537), ao analisar o caráter subjetivo dos direitos fundamentais, afirmou que estes são garantidos como direitos a atos negativos, sob três perspectivas, citando exemplos da Constituição da República Portuguesa (CRP):

[...] (1) direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados actos (ex. art. 37º/2: direito a exprimir e divulgar livremente o seu pensamento, sem qualquer impedimento ou limitação por parte dos entes públicos); (2) direito à não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas (ex. art. 34º/4: é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e telecomunicações); (3) direito à não eliminação de posições jurídicas (ex. art. 62º/1 – direito à não eliminação da propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte).

Posicionamento similar encontra-se em Robert Alexy (2002, p. 189) quando introduz o tema dos direitos a ações negativas:

Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones negativas del Estado (derechos de defensa) pueden dividirse em tres grupos. El primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; el segundo, por derechos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; y el tercero, por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.

Sob o aspecto de que os direitos de defesa constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 290) preceituam:

O Estado está jungido a não estorvar o exercício da liberdade do indivíduo, quer material, quer juridicamente. Desse modo, ao Estado veda-se criar censura prévia para manifestações artísticas, ou impedir a instituição de religiões, ou instituir pressupostos desmesurados para o exercício de uma profissão.

Analisando a estrutura das normas que preveem os direitos de defesa, os referidos autores aduzem que “mesmo que nelas se vejam incluídas expressões vagas e abertas, isso não haverá de constituir embaraço para a sua aplicação, uma vez que o conteúdo, na maioria dos casos, pode ser determinado por via hermenêutica”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 291).

2.4.3 Direitos de prestação

A função de prestação, caracterizada pelos direitos sociais, “engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade”. (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 67).

Entendimento equivalente ao de Jorge Miranda (apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 291) em comparação entre os direitos de defesa e os de prestação:

Os direitos de defesa, conforme a própria denominação os designa, oferecem proteção ao indivíduo contra uma ação, apreciada como imprópria, do Estado. Já os direitos a prestação partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Figuram direitos de promoção. Surgem da vontade de estabelecer uma “igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política”. São direitos que se realizam por intermédio do Estado.

No mesmo sentido, já havia escrito Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 2004, p. 6) indicando que:

[...] ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, [...] a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais [...].

O autor afirma ainda que os direitos de prestação não visam garantir apenas a liberdade perante o Estado, mas, igualmente, a liberdade por meio de postura ativa dos poderes públicos. Conclui, desta forma, relacionando os direitos analisados com a teoria do *status* de Jellinek:

Assim, enquanto direitos de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) dirigem-se, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do

Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material. (MENDES, 2004, p. 6).

Consenso na doutrina é a subdivisão dos direitos a ações positivas (prestações) em direitos a prestações fáticas e a prestações normativas. Segundo Canotilho (1993, p. 538), “Muitas das normas da constituição consagram direitos dos indivíduos a acções positivas do Estado, quer reconhecendo o direito a uma *acção positiva de natureza fática* [...] quer garantindo o direito a um *acto positivo de natureza normativa* [...]”.

Segundo Dimoulis e Martins (2008), as prestações fáticas consistem no oferecimento de bens ou serviços, de modo individual ou coletivo, a quem não os pode adquirir no mercado. Já as prestações normativas consistem na criação de normas regulando interesses individuais. Mendes, Coelho e Branco referem-se às mesmas como prestações materiais e jurídicas, afirmando a respeito das primeiras:

Os chamados direitos a prestações materiais recebem o rótulo de direitos a prestação em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado. São tidos como os direitos sociais por excelência. Estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço). (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 293).

Relacionando as prestações aos fatores econômicos e à distribuição da riqueza, asseguram os autores que “são direitos dependentes da existência de uma dada situação econômica favorável à sua efetivação” e, além disso, “submetem-se ao natural condicionante de que não se pode conceder o que não se possui”. Por fim, sinalizam que “esses direitos estão submetidos à *reserva do possível*” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 294, grifo dos autores).

As prestações jurídicas são, no dizer de Alexy (2002, p. 195), “*derechos a actos estatales de imposición de norma*”. A doutrina pátria trata do tema como segue:

Há direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica. O objeto do direito será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental. Essa prestação jurídica pode consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e de procedimento. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 292).

Mendes (2004) nos lembra que, no que tange ao direito à organização, o conceito dado pela doutrina corresponde a providências estatais para criação e estruturação dos órgãos, com relação ao procedimento, refere-se a doutrina à normatização destinada a regular a fruição de direitos ou garantias.

2.4.4 Direitos de participação

Convergem os doutrinadores em indicar os direitos de participação como possibilidade de o cidadão tomar parte ativamente na política estatal, conforme Dimoulis e Martins (2008). Neste sentido, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 299) afirmam que tal classe de direitos “seria constituída pelos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do País, correspondendo ao capítulo da Constituição Federal relativo aos direitos políticos”.

Referindo-se aos direitos de participação como “democratização da democracia”, Canotilho (1993, p. 547) revela que “certos direitos fundamentais adquiririam maior consistência se os próprios cidadãos participassem nas estruturas de decisão”.

Devidamente apresentadas as funções exercidas, passamos a discorrer sobre as espécies de direitos fundamentais relacionados ao tema do presente trabalho.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE

Neste capítulo abordaremos as espécies de direitos fundamentais concernentes à questão problema proposta. Para fundamentação, além da apresentação de dispositivos legais e constitucionais, serão utilizadas, primordialmente, as seguintes obras: Comentários à Constituição Federal de 1988, de Walber de Moura Agra, Paulo Bonavides e Jorge Miranda; Comentários à Constituição do Brasil, de José Joaquim Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes; e Curso de Direito Constitucional Positivo, de José Afonso da Silva.

Preliminarmente, Dantas (2015, p. 160) nos informa que “nossa Carta Magna preferiu dividir os direitos e garantias fundamentais em cinco categorias, a saber: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à organização e participação em partidos políticos”.

Cabe, na atual análise, ponderar sobre alguns dos direitos pertencentes às duas primeiras categorias: direitos individuais e coletivos e direitos sociais.

3.1 DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

No tocante aos direitos individuais, Tucci (2004 apud MORAES, 2015, p. 562, grifo do autor) declara que “são **direitos fundamentais próprios do homem-indivíduo, porque titularizados e exercidos por pessoas individualmente consideradas em si, com a delimitação de uma esfera de ação pessoal**”.

No mesmo sentido, Ferreira Filho (2016, p. 127) acrescenta que “o direito individual é, evidentemente, aquele cujo titular é uma pessoa física, um indivíduo, um ser humano. A ele assimila-se todo direito de um ente personalizado”.

Silva (2009, p. 55, grifo do autor), por sua vez, quanto à expressão “direitos individuais”, aduz:

Ressumbra *individualismo* que fundamentou o aparecimento das Declarações do século XVIII. É terminologia que a doutrina tende a desprezar cada vez mais. Contudo, é ainda empregada para denotar um grupo dos direitos fundamentais, correspondente ao que se tem denominado “direitos civis” ou “liberdades civis”. É usada na Constituição para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à *vida*, à *igualdade*, à *liberdade*, à *segurança* e à *propriedade*.

Quanto à conceituação dos direitos coletivos, servem-se os juristas do estatuído no Código de Defesa do Consumidor. Leite (2005 apud MORAES, 2015, p. 591) assevera: “os direitos coletivos são relativos a pessoas determináveis, reunidas em uma categoria, classe ou grupo, sendo a extensão do dano qualificada como indivisível, originária de uma mesma relação jurídica básica”.

A seu turno, Ferreira Filho (2016, p. 127, grifo do autor) estabelece que “direito coletivo é o ‘transindividual de natureza indivisível’ [...] ou seja, o de que é titular uma coletividade — povo, categoria, classe etc., cujos membros estão entre si vinculados por uma ‘relação jurídica básica’”.

O texto constitucional referente aos direitos individuais e coletivos está representado pelo art. 5º da CRFB que, em seu *caput*, estabelece: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. (BRASIL, 1988).

Como visto, o *caput* do art. 5º da CRFB garante a inviolabilidade do direito à liberdade. Alexy (2002, p. 210), tratando do conceito de liberdade, atestou:

El concepto de libertad es uno de los conceptos prácticos más fundamentales y, a la vez, menos claros. Su ámbito de aplicación parece ser casi ilimitado. Casi todo aquello que desde algún punto de vista es considerado como bueno o deseable es vinculado con él. Esto vale tanto para las discusiones filosóficas cuanto para la polémica política.

Mais especificamente, o referido autor abordou o conceito jurídico de liberdade, estatuindo:

[...] se hablará de libertad jurídica sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción. Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción, se hablará de una “libertad negativa”. Una persona es libre en sentido negativo en la medida en que no lo están vedadas alternativas de acción. (ALEXY, 2002, p. 214).

Adicionalmente, Silva (2005, p. 233, grifo do autor) afirma que a liberdade humana consiste num “*poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade*”, acrescentando a seguinte definição de Rivero (1973 apud SILVA, 2005, p. 233): “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”.

O vínculo existente entre liberdade e democracia também merece destaque. A liberdade é elemento essencial à formação do Estado democrático, é o que se infere de Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 402):

O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades.

Silva (2005, p. 234) garante que “é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão” e, ainda, “quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista”.

Integrante do rol de direitos listados pelo art. 5º da CRFB é a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, também chamada de liberdade de ação profissional, cuja explanação encontra-se a seguir.

3.1.1 Liberdade de trabalho, ofício ou profissão

No ordenamento jurídico brasileiro, o fundamento da liberdade de profissão encontra-se no inc. XIII, do art. 5º, da CRFB (BRASIL, 1988) que dispõe: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, traduzindo a liberdade do cidadão de escolher e exercer a atividade laborativa que lhe aprouver.

Ao delimitar o conteúdo da liberdade de profissão, Bastos e Martins (1989, p. 76) indicaram que:

O direito em epígrafe assegura a qualquer pessoa o exercer a título profissional – é dizer: mediante retribuição e em caráter permanente e sistemático – uma atividade que não seja socialmente recriminada, satisfeitos os requisitos definidos em lei.

Silva (2005, grifo nosso) ressalta que também a *escolha* de trabalho, ofício ou profissão é livre, de maneira que o Poder Público não pode coagir o indivíduo nem a escolher, nem a exercer determinada atividade.

Agra (2008) propõe a distinção entre trabalho (atividade não estruturada em carreira), ofício (trabalho manual) e profissão (atividade estruturada em carreira),

acrescentando que a adoção do regime capitalista como modo de produção deve ser acompanhada pelo não impedimento do acesso da população à carreira profissional desejada.

O mesmo autor, ao caracterizar o direito em questão, assim escreveu: “é considerado como um direito individual, de primeira dimensão, que se concretiza com a simples abstenção do Estado em criar empecilhos para os cidadãos escolherem a profissão que mais se adequar a suas aptidões.” (AGRA, 2008, p. 154).

Complementando, Silva (2005, p. 257) garante que não estamos diante do que a doutrina chama de liberdade do conteúdo social, já que:

[...] ali não se garante o trabalho, não se assegura o conteúdo do trabalho, nem a possibilidade de trabalho, nem o emprego nem tampouco as condições materiais para a investidura num ofício ou para a aquisição de qualquer profissão. Isso, sim, seria direito social.

O princípio em análise fez-se presente ao longo da trajetória constitucional brasileira. Na CRFB de 1967, por exemplo, o art. 153, § 23, trazia a seguinte redação: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer” (BRASIL, 1967).

Percebe-se que a distinção entre a redação antiga e a atual é a substituição da expressão “condições de capacidade” por “qualificações profissionais”, sendo que, para fins de interpretação da norma, pode-se considerar equivalentes os enunciados. Neste prisma, relatou o Ministro Gilmar Mendes em decisão do Supremo Tribunal Federal (STF):

A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das “condições de capacidade” como condicionantes para o exercício profissional: Constituição de 1934, art. 113, 13; Constituição de 1937, art. 122, 8; Constituição de 1946, art. 141, § 14; Constituição de 1967/1969, art. 153, § 23. (BRASIL, 2010, p. 633, grifo do autor).

Ao redigir seus comentários à CRFB de 1967, Pontes de Miranda (1973, p. 536, grifo do autor) afirmou que a “*liberdade de profissão* significou, de início, *exclusão do privilégio de profissão, das corporações de ofício*”, indicando que o princípio positivado na Constituição então vigente visava, igualmente, garantir a livre iniciativa e a livre concorrência.

Bastos e Martins (1989, p. 76), por sua vez, acreditam que além da livre iniciativa, a liberdade de profissão contém fundamentos relacionados à essência do ser humano e, portanto, ponderam:

Mas a liberdade de trabalho encontra outra fundamentação na própria condição humana, cumprindo ao homem dar um sentido à sua existência. É na escolha do trabalho que ele vai impregnar mais fundamentalmente a sua personalidade com os ingredientes de uma escolha livremente levada a cabo. A escolha do trabalho é pois uma das expressões fundamentais da liberdade humana.

Até este ponto, foi examinada a parte inicial do dispositivo constitucional referente ao direito em epígrafe. Passemos, daqui em diante, a avaliar a reserva legal contida ao final do inciso em questão.

3.1.1.1 Da reserva legal

Com relação à reserva legal presente no dispositivo constitucional garantidor da liberdade de profissão, algumas considerações devem ser feitas. No dizer de José Afonso da Silva, “o princípio é o da liberdade reconhecida”, porém, prossegue o autor, “há de fato, ofícios e profissões que dependem de capacidade especial, de certa formação técnica, científica ou cultural”. (SILVA, 2005, p. 258).

Bastos e Martins (1989) afirmam que aliados aos conhecimentos técnicos e científicos, outro requisito necessário para autorizar a regulamentação é a possibilidade de que, do exercício desqualificado da profissão, possa decorrer sério dano social. Os aludidos autores não deixam de observar que “uma forma muito sutil pela qual o Estado por vezes acaba com a liberdade de opção profissional é a excessiva regulamentação.” (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 77).

Em suas anotações à CRP, Canotilho e Moreira (2007) dividem em dois tipos as restrições legais à livre profissão: as subjetivas, que abarcam, por exemplo, a habilitação acadêmica, a qualificação pessoal e a faixa etária, e as objetivas, que se referem ao contingente de profissionais de determinada atividade.

Para melhor ilustração, apresentamos o art. 47º, nº 1, da CRP que dispõe: “todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”. (PORTUGAL, 1976).

Ainda em relação às restrições, avaliam os autores que as subjetivas são admissíveis desde que atendam ao interesse público sem violar os critérios de razoabilidade. No que tange às objetivas, consideram, *a priori*, injustas, alertando que estas limitações podem se configurar de forma indireta.

No acesso à profissão, se as *restrições de índole subjectiva* [...] podem ser justificadas no caso de muitas profissões, se necessárias e proporcionadas, já as *restrições de índole objectiva* [...] são, em princípio, injustificáveis. De resto, o “malthusianismo” profissional pode ser estabelecido enviesadamente de várias formas indirectas, como a contingência do acesso às formações académicas necessárias ou a instituição de exames desproporcionadamente eliminatórios de entrada nas profissões. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 657).

Miranda (1973, p. 545), sob a égide da CRFB de 1967, redigiu as seguintes palavras sobre a limitação das liberdades:

O que é preciso é que toda política legislativa a respeito do trabalho se legitime com a probabilidade e a verificação do seu acerto. Toda limitação por lei à liberdade tem de ser justificada. Se, com ela, não cresce a felicidade de todos, ou se não houve proveito na limitação, a regra legal há de ser eliminada. Os mesmos elementos que tornam a dimensão das liberdades campo aberto para as suas ilegítimas explorações do povo estão sempre prontos a explorá-lo, mercê das limitações.

Sintetizando, Bastos e Martins (1989, p. 79) asseveram: “o que é preciso ter em mente é que este é um dispositivo que, como dito inicialmente, visa assegurar a sociedade quanto à capacitação daqueles que exercem profissões técnico-científicas.” E prosseguem declarando que “ele é de outra parte inspirado no princípio eminentemente liberal de que a cada um cabe a escolha da sua profissão”.

3.2 DIREITOS SOCIAIS

Silva (2009, p. 183) propõe o **conceito** de direitos sociais como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”. O autor afirma que tais direitos estão conectados com o direito de igualdade, criando “condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real”.

Vasconcelos (2014, p. 293) aduz que o “os direitos sociais se consubstanciam no conjunto de regras fundamentais que disciplina o exercício da

soberania dentro de certo Estado, com o fito de concretizar o postulado da igualdade social”. A seguir, afirma:

Com efeito, a finalidade precípua dos direitos sociais é reduzir a desigualdade social, melhorando as condições de vida da pessoa natural, criando mecanismos para que os menos favorecidos sejam auxiliados e protegidos, por meio de investimento estatal e ajuda conjunta da sociedade.

Na **Constituição** os direitos sociais são, inicialmente, apresentados no art. 6º, que estabelece: “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”. (BRASIL, 1988).

Quanto ao reconhecimento da condição de **direitos fundamentais** aos direitos sociais, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

Muito embora haja autores, no Brasil, que negam aos direitos sociais (no todo ou em parte) a condição de autênticos direitos fundamentais, tais concepções, pelo menos de acordo com o pensamento majoritário, estão divorciadas do direito constitucional positivo, pois basicamente fundadas em critérios de materialidade fundamental, muitas vezes atrelados a determinadas concepções filosóficas e políticas, ou mesmo vinculados a teorias da justiça de cunho liberal, sem a necessária sintonia com o sistema constitucional vigente, especialmente sem levar em conta a expressa inclusão dos direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores) no texto constitucional como uma das espécies dos direitos e garantias fundamentais do Título II, isto sem falar no já referido compromisso do constituinte com a justiça social. (CANOTILHO et al., 2013, p. 540).

O autor conclui que “há de prevalecer, portanto, o entendimento de que, acima de tudo em virtude da expressa previsão do Poder Constituinte, todos os direitos sediados no Título II da CF são direitos fundamentais”. (CANOTILHO et al., 2013, p. 540).

Daniel Sarmento ressalta a onerosidade ínsita aos direitos sociais e aponta o grau de desenvolvimento socioeconômico como limite à realização máxima de tais direitos. O jurista adverte que “os recursos existentes na sociedade são escassos e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos”. Ademais, afirma que o Estado, “diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas”. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 373-4).

Isto nos leva à discussão sobre o que a doutrina convencionou denominar de “Cláusula da **Reserva do Possível**”, caracterizada pela negativa do Estado em

implementar alguns dos mencionados direitos sociais. Segundo Vasconcelos (2014, p. 295), com base na citada cláusula, “caso o Estado demonstre, fundamentadamente, que naquele momento não tenha condições de concretizar determinado direito, por falta de recursos, poderá se abster da efetivação, postergando-a para momento futuro”.

A respeito do assunto, Sarlet assevera:

[...] talvez o tema mais polêmico em termos de exigibilidade dos direitos sociais seja a denominada “reserva do possível”, que põe luz sobre a dimensão economicamente relevante dos direitos sociais (ainda que não exclusivamente destes) na condição de direitos a prestações estatais, naquilo que guardam relação com a destinação, (re)distribuição e criação de bens materiais. Como direitos a prestações, os direitos sociais pressupõem um *facere* por parte do destinatário da norma jusfundamental, o que gera reflexos econômicos, financeiros e orçamentários. (CANOTILHO et al., 2013, p. 544, grifos do autor).

Ainda conforme Sarlet (2005 apud AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 375), pode-se identificar dois componentes da ideia de reserva do possível, um fático e outro jurídico. O primeiro se refere “à efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional”, enquanto o segundo “relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos”.

Em relação à aplicabilidade da reserva do possível, tem-se, como exemplo, a possibilidade de submeter-se à apreciação do Poder Judiciário a necessidade de atendimento de determinada demanda social. Disso decorrem duas linhas de raciocínio:

De um lado, argumenta-se que, diante da escassez de recursos e da impossibilidade de atendimento concomitante de todas as demandas sociais, devem caber ao legislador, numa democracia, o poder e o ônus de escolher aquilo que deverá ser priorizado, o que ele faz através da lei orçamentária. [...]

Da outra banda, aduz-se que condicionar a eficácia dos direitos sociais ao orçamento significa submeter a força normativa da Constituição à vontade do legislador. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 380).

Outro conceito em destaque ao tratar de direitos sociais é o de **mínimo existencial**. Segundo a filosofia política contemporânea, “é papel do Estado assegurar as condições materiais mínimas de vida para as pessoas mais necessitadas” (ARANGO, 2005 e BARCELLOS, 2002 apud AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 382-3).

Na doutrina brasileira, o mínimo existencial surge com Torres (1989, p. 29, grifo do autor) que certifica: “há um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”. Nos termos apresentados pelo citado jurista, a fundamentação do direito (garantia) em análise resolve-se da seguinte maneira:

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Barcellos (2002 apud AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009) afirma que não há consenso sobre quais são as prestações estatais imprescindíveis à garantia do mínimo existencial. De seu ponto de vista, estariam compreendidas a educação fundamental, a saúde básica, a assistência em caso de necessidade e o acesso à justiça.

Ao associar o mínimo existencial ao conteúdo essencial dos direitos sociais prestacionais, Sarlet (2007 apud AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 385) “permite a inclusão de outras prestações mínimas associadas a direitos como alimentação adequada, moradia e previdência social”.

Sarlet nos adverte para a necessária diferenciação entre o conteúdo do mínimo existencial e o dos direitos sociais:

[...] embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2016, p. 621)

O autor afirma, ainda, que “*os direitos fundamentais sociais não se reduzem ao mínimo existencial*” informando que este serve de parâmetro para definir o alcance daqueles. (SARLET, MARINONI, MITIDIERO 2016, p. 621, grifo do autor).

Para finalizar esta abordagem introdutória aos direitos sociais, ressalta-se que, nos termos afiançados por Sarlet (CANOTILHO et al., 2013, p. 540), “os direitos sociais não se resumem ao elenco do art. 6º da CF”. O autor garante que fazem parte do rol de direitos sociais, “nos termos do art. 5º, § 2º, da CF, direitos e garantias implícitos, direitos positivados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II) e ainda direitos previstos em tratados internacionais”.

Igual entendimento infere-se de Silva (2009, p. 183, grifo do autor) quando discorre sobre ordem social e direitos sociais. Segundo o jurista, “a Constituição de 1988 traz este capítulo próprio dos *direitos sociais* e – bem distanciado deste – um título especial sobre a **ordem social** (Título VIII)”. Silva pondera que “não ocorre uma separação radical, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social” e, referindo-se ao texto constitucional, sentencia: “o art. 6º mostra muito bem que aqueles são conteúdo desta, quando diz que ‘são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho [...] na forma desta Constituição’”.

A respeito do mencionado Título VIII – Da Ordem Social, interessa-nos abordar o contido no primeiro e segundo capítulos. O **capítulo primeiro**, composto unicamente pelo art. 193, define que “a ordem social tem como **base** o primado do trabalho, e como **objetivo** o bem-estar e a justiça sociais”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Segundo Marcus Orione Golçalves Correia, o citado art. 193 “define bem o que é nuclear à ordem social: o primado do trabalho”. (CANOTILHO et al., 2013, p. 1899).

Silva (2009, p. 758, grifo do autor) esclarece que “ter como *base* o primado do trabalho significa pôr o trabalho acima de qualquer outro fator econômico, por se entender que nele o homem se realiza com dignidade”. Ana Cláudia Redecker complementa que “este princípio se traduz no reconhecimento de que o trabalho constitui o fator econômico de maior relevo, entendendo-se até, por vezes, que é o único originário. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 2105).

Em seguida, Silva (2009, p. 758, grifo do autor) afirma:

Ter como *objetivo* o bem-estar e a justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, hão de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimemente distribuída.

Já o **segundo capítulo**, trata da **Seguridade Social** e seus três **subsistemas**, a saber, saúde, previdência e assistência social, que, à exceção do último, serão tratados em tópicos próprios.

3.2.1 Seguridade social

Ao Capítulo II, acima mencionado, deu-se o nome “Da Seguridade Social”. A discussão sobre este assunto inicia-se pela **denominação** atribuída a tal disciplina, já que em ordenamentos jurídicos estrangeiros foi escolhido o termo “segurança social”. Expressando sua preferência pelo termo escolhido pelo constituinte pátrio, Sergio Pinto Martins elucida: “a expressão ‘seguridade social’ mostra uma concepção de provisão para o futuro, enquanto a expressão ‘segurança social’ dá a ideia de presente”. (MARTINS, 2016, p. 57, grifo do autor).

Em suas disposições gerais, o capítulo em análise delimita o **conteúdo** da seguridade social, o qual compreende “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, nos termos do art. 194, *caput*, da CRFB. (BRASIL, 1988).

No que tange à **origem** da proteção social, Fábio Zambitte Ibrahim informa que “a preocupação com os infortúnios da vida tem sido uma constante da humanidade. Desde os tempos remotos, o homem tem se adaptado, no sentido de reduzir os efeitos das adversidades da vida, como fome, doença, velhice etc.” (IBRAHIM, 2012, p. 1).

No mesmo sentido temos a doutrina de Martins (2016, p. 58) para quem o Direito da Seguridade Social é definido como:

[...] o conjunto de princípios, de regras, e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Tratando da **distinção entre regras e princípios**, Alexy (2002, p. 86) afirma que estes “*son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”, identificando-os como “mandados de otimização”. Neste sentido, conclui o autor:

Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. (ALEXY, 2002, p. 86, grifo do autor).

A doutrina divide os **Princípios da Seguridade Social** em **gerais e específicos**, fundamentando que “alguns princípios são exclusivos da seguridade social, o que revela sua autonomia didática, enquanto outros são genéricos, aplicáveis a todos os ramos do Direito” (IBRAHIM, 2012, p. 62).

Martins (2016, p. 98) adota igual entendimento e complementa: “certos princípios de Direito, apesar de não serem especificamente do Direito da Seguridade Social, serão aplicáveis a esta disciplina, como os da igualdade, da legalidade e do direito adquirido”.

Relativamente à **igualdade**, recorre-se às palavras de Rui Barbosa, para quem “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam”. Segue o seu ensinamento afirmando que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. (BARBOSA, 1997, p. 26).

Quanto aos demais princípios gerais, satisfaz-nos o conceito legal. No tocante ao princípio da **legalidade**, foi definido constitucionalmente que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL, 1988). Em relação aos **direitos adquiridos**, estabeleceu-se que “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”. (BRASIL, 1942).

Não há consenso quanto à classificação, como geral ou específico, do princípio da **solidariedade**. Não obstante, é considerado por Ibrahim (2012) o princípio securitário de maior importância e, ainda, nos termos propostos pelo citado autor:

[...] a solidariedade é também pressuposto para a ação cooperativa da sociedade, sendo condição fundamental para a materialização do bem-estar social, com a necessária redução das desigualdades sociais. Ou seja, o princípio da solidariedade, dentro da seguridade social, possui escopo de atuação mais amplo, além dos ideais tradicionais do seguro social. (IBRAHIM, 2012, p. 65).

Ivan Kertzman assegura que tal princípio pode ser analisado sob a ótica horizontal ou vertical, e explica:

Horizontalmente, representa a redistribuição de renda entre as populações (pacto intra-geracional) e verticalmente significa que uma geração deve trabalhar para pagar os benefícios das gerações passadas (pacto inter-geracional). (KERTZMAN, 2013, p. 58).

Ainda no princípio da solidariedade, pode-se observar nas fontes citadas que sua fundamentação está no art. 3º, inc. I, da CRFB que, ao enumerar objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inclui o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. (BRASIL, 1988).

Ao adentrar no campo dos **princípios específicos** da seguridade social, mister se faz ressaltar o contido no parágrafo único do art. 194 da CRFB, assim redigido:

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A despeito da menção do dispositivo aos *objetivos*, Silva (2009, p. 760, grifo do autor) pondera: “em verdade, nenhum dos incisos daquele parágrafo único contém objetivo a ser atingido, mas *princípios* orientadores, regentes, da organização da Seguridade Social”.

Trata-se de tema controverso, haja vista o posicionamento de Correia que, referindo-se aos incisos do parágrafo único, defende: “em relação aos três últimos, temos, particularmente, dúvida sobre a sua efetiva condição de princípios, observados os conceitos que se atribuem a estes”. (CANOTILHO et al., 2013, p. 1904).

Destaca-se, dentre o rol apresentado, o princípio da **universalidade da cobertura e do atendimento**. Ibrahim (2012, p. 66) faz importante apontamento:

Esse princípio possui dimensões objetiva e subjetiva, sendo a primeira voltada a alcançar todos os riscos sociais que possam gerar o estado de necessidade (universalidade de cobertura), enquanto a segunda busca tutelar toda a pessoa pertencente ao sistema protetivo (universalidade de atendimento).

A doutrina é uníssona ao reconhecer a criação da figura de segurado facultativo da previdência social, dada a característica contributiva desta, como

forma de corresponder ao princípio da universalidade de atendimento. Neste sentido é a lição de Kertzman (2013, p. 59):

Para atender ao princípio constitucional da universalidade do atendimento a legislação previdenciária facultou a filiação mesmo àqueles que não exercem atividade remunerada abrangida pelo sistema. Foi então criada a categoria de segurado facultativo, que pode filiar-se ao sistema se assim desejar.

Outro dispositivo a se destacar é o que trata **da seletividade e da distributividade** na prestação de benefícios e serviços. A seletividade, segundo Castro e Lazzari (2013, p. 92), “pressupõe que os benefícios são concedidos a quem deles efetivamente necessita, razão pela qual a Seguridade Social deve apontar os requisitos para a concessão de benefícios e serviços”.

Relacionando tal princípio com as possibilidades econômico-financeiras da Seguridade, Kertzman (2013, p. 61, grifo do autor) indica que “a seletividade serve de **contrapeso ao princípio da universalidade da cobertura**”, o autor aduz que “os recursos não são ilimitados, impondo à administração pública a seleção dos benefícios e serviços a serem prestados, com base na relevância dos riscos sociais. É o chamado princípio da reserva do possível”.

Ibrahim (2012, p. 68, grifo do autor) ressaltando o custo dos direitos positivos ao Estado, também nos remete à reserva do possível. Segundo ele, “o crescimento das obrigações positivas trouxe, com maior evidência, o conhecido princípio da *Reserva do Possível*, o qual traz limitação à atuação estatal, dentro das possibilidades orçamentárias”.

A inter-relação entre a seletividade e a distributividade é explicitada por Martins (2016, p. 110), informando que “o legislador seleciona para poder distribuir”. O autor acrescenta: “é uma escolha política”.

Conforme Castro e Lazzari (2013, p. 92), “o princípio da distributividade, inserido na ordem social, é de ser interpretado em seu sentido de distribuição de renda e bem-estar social”.

Martins (2016, p. 110) acrescenta: “a distributividade implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos”. O autor pontua que “o sistema visa à redução das desigualdades sociais e econômicas, mediante política de redistribuição de renda. É uma forma de se tentar alcançar a justiça social”.

Destacados os principais pontos relativos à seguridade social, dentro do objetivo da presente obra, passemos, então, a tratar dos subsistemas da saúde e da previdência social.

3.2.1.1 Saúde

“A saúde é **direito de todos e dever do Estado**”. Esse é o texto do art. 196, que abre a seção destinada à saúde na Constituição, onde se declina, ainda, que tal direito deve ser “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”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Comentando o direito à saúde, proteção social proporcionada pelo sistema da seguridade social, Silva (2009, p. 767, grifo do autor) nos indica a interpretação adequada do art. 196 da CRFB:

A leitura do art. 196 mostra que a concepção de *saúde* adotada não é a simplesmente curativa, aquela que visa a restabelecer um estado saudável após a enfermidade; mas a proteção social, no campo da saúde, volta-se especialmente para os aspectos da prevenção, e não da Medicina curativa. [...] É tendo esses princípios em mente que o intérprete há de compreender essas normas constitucionais, levando em conta, ainda, o contexto social em que elas se inserem, que é um contexto de muita carência.

O atendimento na rede pública de saúde independe de contribuição (IBRAHIM, 2012), sendo garantido inclusive aos estrangeiros não residentes no país (KERTZMAN, 2013).

Sendo assim, mesmo a pessoa que, comprovadamente, possua meios para patrocinar seu próprio atendimento médico terá a rede pública como opção válida. Não é lícito à Administração Pública negar atendimento médico a esta pessoa, com base em sua riqueza pessoal. (IBRAHIM, 2012, p. 8).

A atual Constituição adotou a política da proteção universal, ao contrário de regimes anteriores. Ibrahim (2012, p. 8) recorda que “em períodos anteriores à Constituição de 1988, a proteção à saúde não configurava um direito universal, como hoje. Deveria o trabalhador contribuir para a manutenção do regime, e assim fazia em conjunto com a previdência social”.

Em relação à **saúde do trabalhador**, interessante destacar o conceito atribuído pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) na Convenção sobre

Segurança e Saúde dos Trabalhadores, de 1981, devidamente ratificada pelo governo brasileiro. O artigo 3, da Convenção 155, assim dispõe:

Para os fins da presente Convenção:

[...]

e) o termo "saúde", com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho. (BRASIL, 1994).

O constituinte pátrio, igualmente, investiu na proteção ao **meio ambiente de trabalho** para promover a saúde do trabalhador. Nesta senda, previu no art. 200, entre as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), a de “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” e, também, a de “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”. (BRASIL, 1988).

“A preocupação específica do artigo 200 com o ambiente de trabalho é amplamente justificada, sobretudo sob a perspectiva da prioridade de **ações preventivas**”, afiança Santos (2008 apud AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 2184, grifo nosso). Esclarece, o autor: “a longa e constante exposição a condições ambientais adversas muito provavelmente causará danos à saúde dos trabalhadores”.

O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, definiu, no art. 6º, §3º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que:

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um **conjunto de atividades** que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, **à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores**, assim como visa **à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho** [...]. (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Como visto, dentre as atribuições conferidas ao SUS, há um amplo repertório dedicado à saúde do trabalhador, denotando o dever estatal, tanto na criação quanto na interpretação das leis, de promover, proteger e recuperar a saúde do obreiro.

3.2.1.2 Previdência social

Martins (2016, p. 413) conceitua a Previdência Social como “[...] o segmento da Seguridade Social, composto de um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição do segurado [...]”. Ainda segundo ele, tal sistema “tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei”.

No tocante à preferência pelo termo contingência para referir-se aos fatos jurídicos que ensejam a cobertura previdenciária, Érica Paula Barcha Correia e Marcus Orione Gonçalves Correia fazem a seguinte observação:

No nosso sistema previdenciário, a expressão correta é exatamente contingência previdenciária, não havendo que se utilizar as expressões risco ou evento. O risco está ligado, muito mais, a uma lógica de seguro – a qual foi abandonada, com o afastamento da previdência da simples noção de seguro. Da mesma forma, não há técnica na adoção da expressão evento, que tem conotação de circunstância fática não necessariamente prevista em lei. Já a contingência previdenciária se caracterizaria como aquela situação prevista em lei que faz surgir a necessidade da cobertura previdenciária, na lógica da proteção social. (CANOTILHO et al., 2013, p. 1948).

Quanto à **evolução histórica** da previdência social no Brasil, é de se destacar o que aponta Jorge Franklin Alves Felipe:

Embora com precedentes mais remotos, a previdência social no Brasil teve início com a Lei nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, que instituiu o Seguro de Acidentes do Trabalho, embora o Decreto Legislativo nº 4.862, de 24 de janeiro de 1923, denominado “Lei Elói Chaves”, que criou uma Caixa de Aposentadoria e Pensão para os Ferroviários, em cada Estrada de Ferro do país, seja considerado o marco de nossa previdência social. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 2189).

Posteriormente, surgiram outras Caixas de Aposentadoria e Pensões e, numa fase subsequente, foram criados os Institutos, congregando determinadas categorias de trabalhadores em âmbito nacional. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009).

Em 1960, a Lei nº 3.807, de 26 de agosto, denominada Lei Orgânica da Previdência Social, unificou a legislação previdenciária dos vários institutos existentes, tendo vigorado, com inúmeras alterações, até 1991. [...] Em 1966, por força do Decreto-lei nº 72, os Institutos então existentes

(exceção feita ao IPASE), foram objeto de fusão, dela resultando o INPS. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 2189).

E prossegue o doutrinador com o levantamento histórico indicando, também, a legislação mais atual:

Em 27.06.1990, foi criado o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), desaparecendo, como autarquias autônomas, o INPS e o IAPAS, deslocando-se o INAMPS para o âmbito do Ministério da Saúde, objetivando a execução do SUS (Sistema Único de Saúde), previsto no artigo 196 da Constituição Federal e regulamentado pela Lei no 8.080/90. A Lei no 8.689, de 27 de julho de 1993, extinguiu o INAMPS.

Dadas as grandes modificações promovidas na legislação previdenciária pela Constituição Federal de 1988, foram editadas as Leis nº 8.212 e 8.213, de 24 de julho de 1991, respectivamente, Planos de Custeio e de Benefícios da Previdência Social, que disciplinaram inteiramente a matéria previdenciária. As citadas Leis foram regulamentadas por Decretos Presidenciais, vigendo hoje o Decreto nº 3.048/99, com alterações posteriores. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009).

O regramento constitucional da previdência social, em seu regime geral, está contido no **art. 201** e seus parágrafos. Abaixo transcreve-se os trechos mais relevantes do dispositivo, tendo em vista o objeto da pesquisa:

Art. 201. **A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória**, observados critérios que preservem o **equilíbrio financeiro e atuarial**, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de **doença, invalidez, morte e idade avançada**;
- II - proteção à **maternidade**, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de **desemprego involuntário**;
- IV - **salário-família e auxílio-reclusão** para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - **pensão por morte** do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 1º 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** e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (BRASIL, 1988).

Trata-se de inovação promovida pela Constituição de 1988. “A norma da forma como disposta é inédita no ordenamento jurídico pátrio, não tendo aparecido em qualquer outra disposição constitucional ou infraconstitucional de que se tem notícia”. (CANOTILHO et al.; 2013, p. 1946).

Em Agra, Bonavides e Miranda (2009), descobre-se que o direito previdenciário pressupõe dois tipos de **relações jurídicas independentes**. Trata-se das relações jurídicas **de custeio e de benefício**, vejamos:

A primeira modalidade de relação jurídica é a de custeio, sintonizada com a sistemática dos tributos. Nasce a obrigação de pagar a contribuição previdenciária quando os contribuintes ou segurados praticam os fatos geradores descritos em lei. Essa matéria é regulada pela Lei Federal nº 8.212/91. A segunda modalidade de relação jurídica é a de benefício, pela qual as pessoas que exercem atividade remunerada, dentro das modalidades previstas na lei previdenciária, assim como os segurados facultativos que se filiam ao sistema e atendem aos requisitos exigidos adquirem o direito de usufruírem das prestações previstas em lei.

Agra, Bonavides e Miranda (2009) nos ensinam, ainda, que existem duas formas básicas de **custeio** dos sistemas previdenciários. O regime de repartição, tradicionalmente adotado pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS), inspirado na ideia de solidariedade, em que o custeio dos benefícios é suportado pelos demais segurados, e o regime de capitalização, adotado pela previdência complementar, em que o segurado contribui para um fundo pessoal que irá, no futuro, gerar o seu benefício.

Em relação ao custeio, os sistemas previdenciários podem também ser classificados de acordo com a fonte de arrecadação da receita necessária à consecução da política de proteção social. Neste aspecto, o RGPS, tal como indica o art. 201 da CRFB, caracteriza-se como **sistema contributivo**. A fim de esclarecer a classificação proposta, Castro e Lazzari (2013, p. 30) lecionam:

Há, assim, sistemas que adotam, em seus regramentos, que a arrecadação dos recursos financeiros para a ação na esfera do seguro social dar-se-á por meio de aportes diferenciados dos tributos em geral, de modo que as pessoas especificadas na legislação própria ficam obrigadas a contribuir para o regime. Entre as pessoas legalmente obrigadas a contribuir estão aqueles que serão os potenciais beneficiários do sistema – os segurados –, bem como outras pessoas – naturais ou jurídicas – pertencentes à sociedade a quem a lei cometa o ônus de também participar no custeio do regime. É o sistema dito contributivo, embasado nas contribuições sociais.

Outro elemento que desponta da norma constitucional em comento é o da **filiação obrigatória**. “Na previdência social ou pública as pessoas não se filiam ao sistema por manifestação de vontade, salvo quanto ao segurado facultativo. A filiação é obrigatória”, conforme apontam Agra, Bonavides e Miranda (2009, p. 2193). E complementam: “Exercendo o indivíduo uma das atividades previstas em lei está sujeito à filiação no sistema e ao pagamento da contribuição”.

Ainda no *caput* do art. 201, situa-se o mandamento segundo o qual a previdência social deve observar o **equilíbrio financeiro e atuarial**. Inocêncio Mártires Coelho afirma que esse princípio “aponta para a necessária correlação entre benefícios e serviços da previdência social, como *sistema de seguro*, e as respectivas fontes de custeio, em ordem a lhe garantir continuidade e certeza de longo alcance”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1419). O autor complementa:

Noutras palavras, à luz desse princípio – ou equilibramos receitas/despesas do sistema previdenciário, para tanto exigindo mais rigor nos cálculos atuariais e corrigindo as gritantes distorções em matéria de benefícios, como a concessão de aposentadorias que, além de precoces à vista da crescente expectativa de vida dos segurados, ainda são pagas, sobretudo no setor público, em quantias superiores ao valor das contribuições recolhidas para custeá-las –, ou inviabilizaremos a nossa mais extensa rede de proteção social, com efeitos que não podem ser antevistos nem pelos mais clarividentes cientistas sociais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1419-20).

A Constituição previu, ainda, o rol mínimo de contingências a serem cobertas pela previdência social. Neste sentido, Agra, Bonavides e Miranda (2009, p. 2194) destacam que a previdência social “inspirou-se na ideia de proteção dos infortúnios que são a doença, a invalidez, a morte e a idade avançada. Todos esses eventos possuem benefício próprio: auxílio-doença, aposentadoria por invalidez; pensão por morte; aposentadoria por idade”. Os referidos autores lembram, ainda, que “A aposentadoria por tempo de contribuição não ampara, no entanto, nenhum infortúnio, destinando-se muito mais a garantir o lazer de quem trabalhou parte da sua vida e contribuiu para o sistema”.

No intuito de obter uma visão geral do tema, colacionamos, sem adentrar nas especificidades, o regramento legal dos benefícios criados pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, diploma este que veio a atender o rol de prestações mínimas determinado pelo art. 201 da Constituição Federal. Assim, indicamos que “O **auxílio-doença** será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos”, conforme art. 59 da Lei de Benefícios. (BRASIL, 1991).

Com relação à **aposentadoria por invalidez**, assim dispõe o Plano de Benefícios da Previdência Social (PBPS):

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. (BRASIL, 1991).

Quanto à **aposentadoria por idade**, tem-se que “será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher”, conforme art. 48 da Lei nº 8.213/1991. (BRASIL, 1991).

No tocante à **aposentadoria por tempo de contribuição**, observa-se que teve origem com a edição da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Em vista disso, a Lei nº 8.213/91 ainda fala em aposentadoria por tempo de serviço que, conforme ressalta Ibrahim (2012), foi substituída por aquela. Sendo assim, destacamos o contido no art. 56 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social: “A aposentadoria por tempo de contribuição será devida ao segurado após trinta e cinco anos de contribuição, se homem, ou trinta anos, se mulher”. (BRASIL, 1999).

Para efeito de proteção à maternidade o benefício instituído foi o **salário-maternidade** que, na redação do art. 71 da Lei de Benefícios, “é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste”. (BRASIL, 1991).

Segundo apontam Agra, Bonavides e Miranda (2009, p. 2195), a **proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário**, prevista no inciso III do art. 201, ainda carece de regulamentação. Os autores indicam que “A Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, com suas alterações, regula a concessão do seguro desemprego, através do Ministério do Trabalho. Não se trata, contudo, de norma de caráter previdenciário”.

Martins (2016, p. 552) ensina que o “**salário-família** é o benefício previdenciário pago pelo INSS em razão do dependente do trabalhador de baixa renda, na forma da lei”, sendo disciplinado pelo art. 65 e seguintes da Lei Básica da Previdência Social.

O art. 80 do PBPS, dispõe que será devido o **auxílio-reclusão** “aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço”, observado o requisito de baixa renda. (BRASIL, 1991).

Já a **pensão por morte**, art. 74 da lei em comento, será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, independentemente de o mesmo estar ou não na condição de aposentado. (BRASIL, 1991).

No § 1º do art. 201 da CRFB encontra-se a previsão constitucional de concessão de **aposentadoria especial**, que no âmbito do PBPS foi assim disciplinada:

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. (BRASIL, 1991).

No que tange ao **auxílio-acidente**, o PBPS define, no art. 86, que “será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia”. (BRASIL, 1991).

3.2.2 Direitos sociais dos trabalhadores

Silva (2009, p. 188, grifo do autor) esclarece que “os *direitos relativos aos trabalhadores* são de duas ordens”, e assim especifica:

[...] (a) *direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho* – que são os direitos dos trabalhadores do art. 7º; e (b) *direitos coletivos dos trabalhadores* (art. 9º-11) – que são aqueles que os trabalhadores exercem coletivamente ou no interesse de uma coletividade deles [...]

A fim de delinear as opções do constituinte no disciplinamento das relações individuais de trabalho, cabe, neste momento, discorrer sobre alguns dos direitos constantes no rol do art. 7º, da CRFB. Dentre o rol encontrado no dispositivo em questão, possuem conexão com a presente pesquisa os seguintes direitos.

Sobre a “**duração do trabalho** normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” (BRASIL, 1988), prevista no inciso XIII, lembramos que, conforme Alexandre Belmonte, “Vários são os fatores apontados pela doutrina trabalhista para a tutela legal da duração do trabalho. Entre eles destacam-se os fatores biológico, social e econômico”. O autor prossegue:

O primeiro tem por fim a prevenção à fadiga do trabalhador, inserindo-se, assim, no contexto mais amplo das normas de medicina e segurança do trabalho; o fator social impõe a limitação legal da jornada, como forma de garantir ao obreiro a possibilidade de fruição do convívio com os familiares e amigos, bem como de tempo livre para o desenvolvimento de outras aptidões pessoais. Por fim, a limitação da duração do trabalho acaba por propiciar uma maior produtividade dos trabalhadores, convertendo-se em efetiva vantagem econômica para o empregador. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 410)

Em relação à “jornada de seis horas para o trabalho realizado em **turnos ininterruptos de revezamento**” (BRASIL, 1988), assegurada pelo inciso XIV do art. 7º, ressalta-se:

[...] esse trabalho é muito desgastante para o empregado, pois o ritmo circadiano, correspondente ao relógio biológico do ser humano, que controla variações de temperatura, segregação de hormônios, digestão, sono, é alterado constantemente, tratando-se, portanto, de um trabalho penoso. (MARTINS, 2011, p. 541)

Por tal motivo, o constituinte houve por bem reduzir a jornada dos trabalhadores sujeitos a esse regime.

No que tange ao “**repouso semanal remunerado**, preferencialmente aos domingos” (BRASIL, 1988), do inciso XV, Alexandre Belmonte assegura que “A garantia ao trabalhador tem por finalidade propiciar-lhe um descanso semanal de 24 horas consecutivas, mediante remuneração integral, como mecanismo de combate à fadiga e para a fruição de maior convívio familiar e social”. O jurista ainda garante que tal direito “é de ordem pública e, portanto, irrenunciável pelo trabalhador, inserindo-se nas normas de segurança e medicina do trabalho”. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 412)

O inciso XVII prevê o “gozo de **férias anuais** remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal” (BRASIL, 1988). “Destarte, as férias inserem-se dentro daquele conjunto de objetivos predominantemente higiênicos, para cujo atingimento também colaboram o limite da jornada de trabalho e o descanso semanal”. (BASTOS; MARTINS, 2001, p. 491)

No mesmo sentido, Alexandre Belmonte declara que:

As férias têm como finalidade a reposição plena, física e psicológica da força de trabalho do trabalhador subordinado, o incentivo ao lazer e atribuição de tempo disponível para a resolução de questões distintas do cotidiano das tarefas de trabalho. Têm assim razões biológicas, familiares e sociais, além do que o descanso diminui os riscos de doenças e acidentes do trabalho a que o empregado fica mais suscetível, se fatigado. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 416)

Quanto à “**redução dos riscos inerentes ao trabalho**, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, prevista no inciso XXII, aponta Aldacy Rachid Coutinho:

O direito à saúde é direito de todos, revelado no bem-estar físico, mental e social. Segurança diz respeito à integridade física do trabalhador, à vida. Higiene visa o controle dos agentes nocivos à saúde no ambiente de trabalho, assim considerados os físicos, químicos, biológicos, fisiológicos, psíquicos, de faceta individual e coletiva. (CANOTILHO et al., 2013, p. 595)

O autor pondera que “O comando constitucional determina a redução máxima e não a eliminação da exposição ao risco, considerada, portanto, como inevitável e intrínseca a certas atividades, mesmo no estágio atual de desenvolvimento tecnológico”, acrescentando que, em caso de impossibilidade de eliminação do risco, seja concedida compensação financeira. (CANOTILHO et al., 2013, p. 596)

No tocante à “**aposentadoria**”, certificada pelo inciso XXIV (BRASIL, 1988), remetemo-nos ao contido no item 3.2.1.2.

Já o inciso XXXIII, trata da “**proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito** e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”. (BRASIL, 1988)

Segundo A. Belmonte, “As restrições impostas ao trabalho do menor se justificam por razões de saúde, de educação e formação moral, todavia, as diferenciações sem motivação justa não são admitidas pela jurisprudência do TST”. Como exemplo, o jurista cita a impossibilidade de discriminação dos empregados menores por meio de cláusula que fixa salário mínimo profissional para a categoria. (AGRA; BONAVIDES; MIRANDA, 2009, p. 442)

4 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O presente capítulo versa sobre a colisão entre direitos fundamentais, mais especificamente sobre a colisão entre, de um lado, o direito à saúde em geral e do trabalhador em particular e, de outro lado, o direito à liberdade de trabalho, ofício ou profissão.

Num primeiro momento, trata-se do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios, apontados como meio de resolução da controvérsia, para o que se utiliza, principalmente, da obra “Colisões entre princípios constitucionais”, de José Sérgio da Silva Cristóvam e, também, de “O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, de Suzana de Toledo Barros.

Em seguida, aborda-se a aposentadoria especial, passando por suas características principais, histórico e, enfim, adentra-se naquele que é o cerne da presente monografia, a vedação à continuidade no exercício de atividade ou operação sujeita a condições especiais. Nesse trecho, notabilizam-se os fundamentos apresentados por Fábio Zambitte Ibrahim, no “Curso de direito previdenciário”, e por Ivan Kertzman, no “Curso Prático de Direito Previdenciário”.

Por fim, discorre-se sobre a trajetória da Ação Previdenciária nº 5002182-13.2010.4.04.7003, proposta perante a Justiça Federal de Maringá/PR, destacando-se a Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.4.04.0000, que tramitou no Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região e o Parecer da Procuradoria-Geral da República nos autos do Recurso Extraordinário nº 791.961/PR, que se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

4.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Um breve histórico do princípio da proporcionalidade, iniciando-se no século XVIII, é elaborado por Penalva (1990 apud STUMM, 1995, p. 78), segundo o qual:

O princípio da proporcionalidade surgiu ligado a ideia de limitação do poder no século XVIII. É considerado uma medida com valor suprapositivo ao

Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas. O critério da proporcionalidade compreende, nessa época, a área administrativa e a penal. Nesse sentido, é detentor de raízes iluministas, sendo mencionado por Montesquieu e por Beccaria, ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos.

“No século XIX, a ideia da proporcionalidade integra, no direito administrativo, o princípio geral do direito de polícia, manifestando-se na necessidade de limitação legal da arbitrariedade do poder executivo”, segundo Canotilho (1991 apud STUMM, 1995, p. 78). “No entanto, só adquire foro constitucional e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha”.

“O princípio da proporcionalidade exerce função primordial na teoria constitucional contemporânea. É de aplicação necessária nas hipóteses de colisão e restrição de direitos fundamentais”, assevera Clève (2014, p. 32).

O fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (*Übermassverbot*) é derivado do Estado de Direito para alguns autores, enquanto para outros decorre dos conteúdos dos direitos fundamentais, ou, ainda, pode decorrer do princípio do devido processo legal. (STUMM, 1995, p. 78)

Bonavides (2012, p. 409) aponta que “tanto a jurisprudência constitucional em vários países da Europa como os órgãos da Comunidade Europeia, já não vacilam em fazer o uso frequente desse princípio”. O autor acrescenta que “a doutrina, por sua vez, busca consolidá-lo como regra fundamental de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, fazendo assim da proporcionalidade um princípio essencial da Constituição”.

Cristóvam (2008) aponta que o movimento de constitucionalização dos princípios jurídicos e a necessidade de prover a consolidação de sua eficácia vinculante demandam estruturação dos mecanismos de resolução das colisões entre princípios. Neste sentido, complementa o autor:

Os métodos clássicos de resolução de antinomias entre regras jurídicas não conseguem oferecer respostas satisfatórias àquelas situações de colisão entre princípios, reconhecidos expressa ou implicitamente pela ordem constitucional. A solução das colisões entre princípios deve vencer o prisma da validade, afeto aos conflitos entre regras, alcançando as qualidades de densidade, peso e importância, próprias dos princípios jurídicos. (CRISTÓVAM, 2008, p. 190)

A distinção entre os conflitos de regras e as colisões de princípios já havia sido observada anteriormente por Alexy (2002). Após explanar sobre o conflito daquelas, assim pronunciou-se quanto a estes:

Cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso. (ALEXY, 2002, p. 89)

Em síntese, propõe Alexy (2002, p. 89) que “*los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso*”.

Na mesma linha, Cristóvam (2008, p. 233) indica que “na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o problema prático, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o princípio de maior importância”.

*‘A solução da colisão consiste em que, levando em consideração as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma **relação de precedência condicionada**’. Equivale dizer que, tomando em conta a situação concreta, determinam-se as condições sob as quais um princípio constitucional precede ao outro. Havendo modificação nas condições, a relação de precedência pode ser resolvida inversamente. (ALEXY apud CRISTÓVAM, 2008, p. 234)*

Convém assinalar o reconhecimento pela doutrina (BONAVIDES, 2012) da existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios no âmbito do princípio da proporcionalidade.

De acordo com Cristóvam (2008, p. 215), “a proporcionalidade é constituída pelas máximas da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito”. Ainda conforme ele:

Cabe salientar, desde já, que existe uma relação de precedência na aplicação dessas máximas constitutivas, uma ordem predefinida que exige seja analisada primeiramente a adequação da medida legislativa ou administrativa; posteriormente, se adequada a medida, deve-se aferir sua necessidade; e, caso adequada e necessária, há que se aplicar a máxima da ponderação. (CRISTÓVAM, 2008, p. 215)

Apresentada a abordagem inicial do princípio da proporcionalidade, passemos, então, à análise de cada um dos subprincípios identificados.

4.1.1 O Subprincípio da Adequação

“O Poder Público, na prática de seus atos, deve adotar medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. A medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins previstos na lei”. (CRISTÓVAM, 2008, p. 215)

“Um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do *princípio da proporcionalidade*”. (BARROS, 2003, p. 78, grifo da autora).

“Sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado”. Ainda segundo a autora, “a questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade”. (BARROS, 2003, p. 78)

Ávila (2003 apud BARROS; BARROS, 2006, p. 61) assim define o subprincípio da adequação:

Um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Na hipótese de atos jurídicos gerais a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio. Na hipótese de atos jurídicos individuais a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual e prévio. O controle da adequação deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação de meios manifestamente inadequados.

Quanto ao subprincípio da adequação, conclui Barros (2003, p. 80) que “o exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando inequivocamente se apresentar como inidônea para alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada”.

4.1.2 O Subprincípio da Necessidade

“O pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e

que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”, conforme anuncia Barros (2003, p. 81).

Cristóvam (2008, p. 217), por sua vez, leciona que:

No exame acerca da proporcionalidade de determinada atuação discricionária do Poder Público, compete ao juiz averiguar se a medida tomada pela Administração ou pelo Poder Legislativo, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos. Dentre as intervenções disponíveis deve ser escolhida a menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais.

Nas palavras de Ávila (2003 apud BARROS; BARROS, 2006, p. 64):

Um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados. O controle da necessidade deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos poderes, à anulação do meio escolhido quando há um meio alternativo que, em aspectos considerados fundamentais, promove igualmente o fim causando menores restrições.

“A *necessidade* de uma medida restritiva, bem de ver, traduz-se por um juízo positivo, pois não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o que menor lesividade causa”, afirma Barros (2003, p. 82, grifo da autora). Segundo seu entendimento, “o juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos consequências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado”.

4.1.3 O Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

“O princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido”. (BARROS, 2003, p. 85)

Ainda quanto à relação entre a máxima da proporcionalidade em sentido estrito e as máximas da necessidade e da adequação, assevera Alexy (2002, p. 112, grifo do autor):

De la máxima de proporcionalidad em sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización com relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización com relación a las posibilidades fácticas.

Canotilho (1998 apud BARROS; BARROS, 2006, p. 66) indica a proporcionalidade em sentido estrito como o caminho a seguir tão logo satisfeitos os requisitos da adequação e da necessidade:

Quando se chega à conclusão da necessidade e adequação da medida coercitiva do poder público para alcançar determinado fim, deve-se perguntar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Entendido como princípio da justa medida, meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins.

Nos dizeres de Silva (2002 apud CRISTÓVAM, 2008, p. 219), “para que seja reconhecida a afronta ao nível da proporcionalidade em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”.

Barros (2003, p. 87) conclui que “a proporcionalidade em sentido estrito, como visto, é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus”.

4.2 A APOSENTADORIA ESPECIAL

Já vimos que a aposentadoria especial, nos termos da Lei nº 8.213/91, é devida 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. (BRASIL, 1991)

Grande parte da doutrina identifica a aposentadoria especial como espécie da aposentadoria por tempo de contribuição. Temos, contudo, que a natureza jurídica do instituto é controversa e, neste aspecto, convém consignar o ensinamento de Ibrahim (2012, p. 622):

As dúvidas começam mesmo na definição de sua natureza jurídica. Para alguns, este benefício seria uma espécie de aposentadoria por invalidez antecipada, na medida em que proporciona a aposentação antes do segurado ser efetivamente incapacitado pelos agentes nocivos a que está exposto. Outros a definem como espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, qualificada em razão da nocividade da atividade desenvolvida. Por fim, há quem veja uma nova espécie de aposentadoria, a par das já existentes. Adoto esta última corrente, em razão das especificidades deste benefício e por ser a mais adequada para o desenvolvimento de seu estudo.

Segundo Martins (2016, p. 511) “trata-se de um benefício de natureza extraordinária, tendo por objetivo compensar o trabalho do segurado que presta serviços em condições adversas à sua saúde ou que desempenha atividade com riscos superiores aos normais”.

No mesmo sentido, Castro e Lazzari (2013, p. 715) asseveram que tal benefício “se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas”.

Donadon (2005 apud PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 390, grifo do autor) aponta que: “instituída com o fim de *proteger* os trabalhadores ligados às atividades perigosas, penosas e insalubres, foi havida como medida complementar aos adicionais previstos na legislação trabalhista”. O autor acrescenta que “na prática, porém, as *medidas protetivas* – adicionais e aposentadoria especial – são, verdadeiramente, *compensatórias*, materializadas em *vantagem financeira* ao trabalhador que mensalmente vende sua saúde”. Observa, ainda, que:

Empregados, empresas e governo, por isso, ao invés de se ocuparem de medidas que efetivamente instituíssem ambiente sadio e seguro de trabalho, transacionam convenientemente a saúde do trabalhador. Este pelo ganho fácil e imediato, pois, de regra é imprevidente; a empresa pelo meio legal de modificação periódica da força de trabalho; e o governo como instrumento político de negociação.

Também o STF, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 664.335/SC, teve a possibilidade de se manifestar quanto ao benefício previdenciário em tela. Já na ementa do referido julgado consignou-se que:

4. 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, grifo do autor)

Leiria (2001, apud Castro e Lazzari, 2013, p. 715) indicou que “a finalidade do benefício de aposentadoria especial é de amparar o trabalhador que laborou em condições nocivas e perigosas à sua saúde, reduzindo o tempo de serviço/contribuição para fins de aposentadoria”. Apontou, também, que o referido benefício:

Tem, pois, como fundamento o trabalho desenvolvido em atividades ditas insalubres. Pela legislação de regência, a condição, o pressuposto determinante do benefício está ligado à presença de agentes perigosos ou

nocivos (químicos, físicos ou biológicos) à saúde ou à integridade física do trabalhador, e não apenas àquelas atividades ou funções catalogadas em regulamento.

Martinez (2009, p. 389), considera que “a reforma iniciada em 1995 trouxe à luz a necessidade de reexaminar-se qual o significado protetivo, a contingência coberta e o sentido da aposentadoria especial no contexto do Plano de Benefícios”. Expressou, igualmente, o seguinte:

De certo modo, a doutrina tem como assente tratar-se de uma indenização social pela exposição aos agentes nocivos ou possibilidade de prejuízos à saúde ou integridade física do trabalhador, distinguindo-a da aposentadoria por tempo de contribuição e da aposentadoria por invalidez.

Como se percebe, a prestação ora cotejada pressupõe o exercício de atividades laborais causadoras de danos à saúde ou à integridade física do trabalhador. Neste prisma, STEPHANES (1999 apud PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 400) aduz que “à luz da ética, é inadmissível o dano causado à saúde do trabalhador pelo exercício do trabalho”. Pondera, também, o seguinte:

Aliás, trabalho seguro e salubre é um dos direitos sociais fundamentais garantidos pela Constituição Federal, que estabelece ainda que esse direito de cidadania será garantido pelo Estado, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

No dizer de Ibrahim (2012), a jubilação antecipada é verdadeira legitimação da violência frente à saúde do trabalhador, o que não condiz com um ordenamento jurídico centrado na dignidade da pessoa humana.

Ademais, em um contexto de ampliação da expectativa de vida, a necessidade de manutenção da capacidade laborativa, com o provável diferimento do retiro do trabalho, demanda ações em saúde ocupacional, eliminando tais atividades nocivas, que seriam, no máximo, admitidas em raríssimas hipóteses. (IBRAHIM, 2012, p. 621)

“Registre-se que nos parece que este benefício distorce, de certa forma, a lógica da legislação protetiva”, assegura Kertzman (2013, p. 426). “Ocorre aqui uma verdadeira troca de saúde por dinheiro, em que o trabalhador desgasta a sua saúde e, como forma de recompensa, o Estado e toda a sociedade o ‘premia’ com um benefício até o final de sua vida”. O autor complementa:

Se constatado que o trabalho em contato com o agente nocivo por determinado tempo é prejudicial à saúde e à integridade física, dever-se-ia proteger o trabalhador, encurtando a sua exposição a um período que comprovadamente não danifique a sua saúde. Neste período, obviamente, o

empregador deveria ser compelido a pagar um pesado adicional de insalubridade. (KERTZMAN, 2013, p. 426)

O voto do relator no ARE nº 664.335/SC, o Ministro Luiz Fux, corrobora a hipótese de que o benefício em questão tem servido para legitimar a comercialização da saúde do trabalhador, ao invés de induzir a redução dos riscos inerentes ao trabalho. Vejamos:

Entretanto, internamente, adotou-se o que podemos chamar de comercialização da saúde dos trabalhadores. Vale dizer, muito embora houvesse a previsão de que não seria permitido a quem quer que fosse expor a integridade física e a saúde do trabalhador a agentes nocivos, tal situação era permitida caso houvesse uma compensação financeira para o empregado. Por sinal, **a experiência demonstra que a concessão de aposentadoria especial, com redução do tempo de contribuição, não tem produzido o efeito esperado, ou seja, o de induzir as empresas a investirem em prevenção para reduzir os riscos do ambiente de trabalho.** (BRASIL, 2014, grifo nosso)

Ainda de acordo com o Ministro Fux, tendo em vista os princípios da dignidade humana, da valorização social do trabalho e da preservação da vida e da saúde, erigidos pela Constituição da República como pilares do Estado Democrático de Direito, “eliminação das atividades nocivas deve ser a meta ‘mor’ da Sociedade - Estado, empresariado, trabalhadores e representantes sindicais -, que devem se debruçar incessantemente na preocupação com a saúde dos trabalhadores”. (BRASIL, 2014)

Buscando, então, encontrar fundamentos para legitimar o benefício em questão, Pereira Júnior (2009, p. 398, grifo do autor) lembra que “a consagração dos direitos no plano da seguridade social decorre de opção político-legislativa” e, também, que “os sistemas de previdência surgiram com foco de cobertura voltado às contingências sociais da velhice/idade e a *incapacidade/invalides – temporária e definitiva*”. Prosseguindo:

Embora a velhice seja havida como risco social ligado ao decurso do tempo, que *determina o inevitável e irreversível processo de envelhecimento*, tendo como consequência *uma indisponibilidade crescente para a continuação do exercício em condições adequadas, da actividade profissional*, é inquestionável que o processo de envelhecimento pode ser acelerado, principalmente quando associado a outros fatores que agravam o mero decurso do tempo.

Neves (apud PEREIRA JÚNIOR, 2009) assevera que o processo de envelhecimento pode ser acelerado por causas exógenas, notadamente as

decorrentes de particulares condições de trabalho, sem que, no entanto, essas situações sejam típicas de doença profissional, o que constitui uma eventualidade própria.

Dessa forma, o autor conclui que o benefício é cientificamente sustentável e justificável sua existência. (PEREIRA JÚNIOR, 2009)

4.2.1 Breve Histórico do Benefício

Inicialmente, observamos que a versão original do Plano de Benefícios não continha a restrição a que o aposentado especial voltasse a realizar atividade ou operação sujeita a agentes nocivos. Tal medida decorre de alterações legislativas promovidas no instituto. Nesta senda, vale ressaltar o declarado por Ibrahim (2012, p. 621):

A aposentadoria especial, ao contrário do que possa parecer, é um dos mais complexos benefícios previdenciários, não sendo exagero considerá-lo o que produz maior dificuldade de compreensão e aplicação de seus preceitos. Grande parte desta dificuldade decorre das constantes alterações da legislação, que sempre trazem novas regras, sendo algumas derrubadas pelo Judiciário.

Martinez (2009) sustenta a dificuldade de acompanhar o vaivém das mudanças no âmbito da aposentadoria especial e, neste sentido, enumera os diplomas alteradores da legislação de regência: Leis nº 9.032/95, nº 9.528/97, nº 9.711/98, nº 9.732/98 e nº 10.666/03, Decretos nº 2.172/97 e nº 2.782/98, Portaria MPAS nº 5.404/99, Ordens de Serviço DSS nº 515, de 1995, nº 534, nº 543 e nº 564, de 1997, nº 600, nº 611 e nº 612, de 1998, e nº 623/99, Ordem de Serviço DAF nº 98/99, Ofício MPAS SPS/GAb nº 95/96, Pareceres MPAS nº 223/95, nº 846/97, nº 1.331/98 e nº 2.028/00, Nota Técnica nº 17/98, Instruções Normativas nº 7/00, nº 39/00, nº 42/01, nº 49/01, nº 78/02, nº 83/02 e nº 115/05, e outras fontes informais.

Ainda no que tange ao histórico da aposentadoria especial, informa o Ibrahim (2012, p. 622):

A aposentadoria especial foi instituída pela LOPS, Lei nº 3.807/60, sendo que, à época, exigia limite mínimo de idade, cinquenta anos ou mais, além de ter trabalhado o segurado com exposição a agentes nocivos. A Lei nº 5.440-A/68 suprimiu a exigência da idade, o que permanece até hoje.

[...]

A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, não trouxe grandes mudanças, sendo somente com o advento da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, que

se viu a moralização do benefício, que passou a ser concedido mediante critérios técnicos.

O atual regramento legal deste benefício foi basicamente delineado pela Lei nº 9.032/95, que excluiu o direito de diversas categorias profissionais, cujos trabalhadores, pelo simples fato de a ela pertencerem, aposentavam-se de modo precoce.

Como visto, o jurista fala em moralização do benefício com o advento da Lei nº 9.032/95. Adicionalmente, Kertzman (2013, p. 423) aponta que “este benefício foi causador de grande sangria nos cofres previdenciários, pois, antes da aprovação da Lei 9.032, em 1995, não era necessário que o trabalhador comprovasse a exposição permanente ao agente nocivo para ter direito ao benefício”.

Em um primeiro momento, não havia um pagamento de adicional, por parte das empresas, a fim de custear a aposentadoria especial, sendo este instituído pela Lei nº 9.732/98. Antes da edição dessa lei, as empresas abusavam da prática denominada de super-enquadramento, como se fosse uma “vantagem salarial” fornecida aos seus trabalhadores, na medida em que se aposentariam antecipadamente. (KERTZMAN, 2013)

Felizmente, os nossos legisladores alteraram a regra, exigindo mais responsabilidade da empresa para efetuar o enquadramento, e em seguida criaram o GILRAT para financiamento da aposentadoria especial, desestimulando o super-enquadramento. (KERTZMAN, 2013, p. 424)

Dentre as alterações engendradas pela Lei nº 9.732/98 interessa-nos, sobretudo, aquelas promovidas no âmbito do Plano de Benefícios da Previdência Social, mais especificamente a vedação incluída no art. 57, § 8º, a respeito do qual passamos a discorrer.

4.2.2 Vedação à Continuidade no Exercício de Atividade ou Operação Sujeita a Condições Especiais

A Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, incluiu no art. 57 do PBPS, o § 8º que dispõe: “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”. (BRASIL, 1991)

Com efeito, prescreve o art. 46 do PBPS: “O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno”. (BRASIL, 1991)

“A determinação do § 8º do art. 57 da Lei nº 8.213/91”, de acordo com Martins (2016, p. 520), “é acertada, pois, se o segurado foi aposentado por trabalhar em condições especiais que lhe prejudicavam a saúde, não se justifica se aposentar e continuar a exercer a mesma atividade prejudicial à saúde”.

Na mesma linha é o pensamento de Weintraub e Barra (2006, p. 89) para quem “não seria plausível o trabalhador se aposentar antes por causa de uma atividade deletéria e voltar a exercer outra da mesma natureza”.

Também apontam nessa direção Rocha e Baltazar Júnior (2012, p. 256) ao ressaltar que a vedação já constava da reforma promovida no benefício no ano de 1995:

O retorno à atividade que sujeite o aposentado à atividade nociva já era vedado pelo § 6º do art. 57, introduzido pela Lei 9.032/95. Cuidava-se de norma imperfeita no sentido técnico, pois não continha sanção para seu descumprimento. Para tornar compulsória esta regra, a 9.732/98 impôs ao segurado descumpridor do preceito a penalidade de suspensão da aposentadoria, pois seria descabido o cancelamento do benefício como ocorre com o aposentado por invalidez que volta a exercer atividade remunerada, nos termos do art. 46 da Lei de Benefícios.

Como visto, fala-se em suspensão da aposentadoria, ao invés do cancelamento. Igualmente, Ibrahim (2012, p. 629) indica qual a interpretação adequada à combinação entre o art. 57, § 8º e o art. 46:

Assim como o aposentado por invalidez que retorna voluntariamente ao trabalho, o segurado aposentado pela especial, que retornar ao exercício de atividade exposta a agente nocivo ou permanecer nesta, terá seu benefício cancelado. Embora se fale em cancelamento, o mais correto é a suspensão, já que, se o segurado afasta-se das atividades nocivas, o benefício deve voltar a ser pago.

Interessante notar que, “embora o texto legal fale em cancelamento, na prática, ele [o benefício] é suspenso, pois, uma vez que o segurado se afaste da atividade, o seu benefício é restabelecido”, é o que confirma Kertzman (2013, p. 425). O autor acrescenta, ainda, que: “não há, contudo, qualquer impedimento legal para que o aposentado especial retorne ao trabalho em atividades comuns”.

Também nesse aspecto, concorda com Ibrahim (2012, p. 629) segundo o qual: “naturalmente, se [o segurado] retorna ao trabalho em atividade comum, isto é,

sem a exposição permanente a agentes nocivos, não sofrerá qualquer sanção, sendo nesta hipótese o retorno perfeitamente adequado aos ditames da lei”.

Martins (2016, p. 520) observa que “o segurado não pode exercer a mesma atividade na empresa, mas pode exercer outra em ambiente salubre”, dessa forma não há necessidade de rescisão do contrato de trabalho.

Em atenção à constitucionalidade da vedação em comento, Martins (2016, p. 521) repele diversos argumentos tendentes a enquadrar o dispositivo legal como violador da *Carta Magna*. Segundo ele, “há argumentos no sentido de que o § 8º do art. 57 da Lei n. 8.213/91 é inconstitucional, pois contraria o XIII do art. 5º da Constituição”, seu entendimento, contudo, é diverso. Vejamos:

Entendo que isso não ocorre, pois nada impede o exercício de outra atividade ou profissão, desde que não seja em atividade ou local prejudicial à saúde do trabalhador. O segurado aposentado mediante aposentadoria especial poderá exercer a mesma atividade adversa à sua saúde. Nada impede que exerça outra atividade, até mesmo decorrente da mesma profissão, desde que não seja em local nocivo à sua saúde. Logo, verifica-se que o § 8º do art. 57 da Lei n. 8.213/91 não está impedindo ninguém de exercer seu trabalho, ofício ou profissão.

“Também não há violação ao inciso VIII do art. 170 da Constituição, pois a busca do pleno emprego é uma norma programática dirigida ao legislador ordinário, que deve complementá-la, complementa Martins (2016, p. 521)”.

Na verdade, o § 8º do art. 57 da Lei n. 8.213/91 encerra também matéria de segurança e medicina do trabalho, pois complementa o inciso XXII do art. 7º da Constituição no tocante a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Evidencia o direito à saúde. O inciso XXXIII do art. 7º da Constituição não trata de aposentadoria especial e não impede que ela seja cancelada. O art. 6º da Lei Maior versa genericamente sobre previdência social como direito social. Não proíbe o cancelamento da aposentadoria especial se o segurado retornar a atividade prejudicial à sua saúde.

Martins (2016, p. 522, grifo nosso) conclui dizendo textualmente: “**não vejo inconstitucionalidade no § 8º do art. 57 da Lei n. 8.213/91**”.

Diversamente, Martinez (2009, p. 413, grifo nosso), referindo-se ao dispositivo em questão, defende que “**o texto padece de vício insanável. Contraria o art. 5º, XIII, da Constituição Federal, quando ela assegura o direito de trabalhar**”. Segundo o autor, a norma poderia até dispor sobre a sustação do pagamento do benefício no caso de permanência na dita atividade, mas não poderia impedir o seu exercício.

Em outra passagem, ao comentar a responsabilidade de empresa que mantenha aposentado especial no exercício de atividades nocivas à saúde, Martinez (2009, p. 415, grifo nosso) complementa:

O preceito legal é discutível. A volta ao trabalho do percipiente de aposentadoria por invalidez é razão lógica impeditiva da fruição do benefício, mas o mesmo não acontece com a aposentadoria especial. Provavelmente a Justiça Federal entenderá caber a suspensão, mas não o cancelamento da prestação. De qualquer modo, a possibilidade de autuação está presente.

[...]

Por não haver cancelamento do direito e, sim, simples suspensão de mensalidades, a aposentadoria terá de ser restabelecida. Nenhuma lei ordinária pode impedir o gozo de uma prestação do tipo aposentadoria especial, que é única e não reeditável (portanto, diferente da aposentadoria por invalidez), se atendidos os requisitos da concessão; no máximo, suspender sua percepção por algum tempo.

Como visto, há na doutrina controvérsia instaurada acerca da constitucionalidade do dispositivo.

Em seguida, discorreremos sobre o modo como o problema se apresenta no processo judicial que culminou com o Recurso Extraordinário (RE) nº 791.961 e sua possível solução.

4.3 O EXAME JUDICIAL DA COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO E O DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR

Discorreremos, a partir de agora, sobre a trajetória do processo judicial nº 5002182-13.2010.4.04.7003 que deu ensejo ao questionamento, perante o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE nº 791.961/PR, da constitucionalidade do § 8º do art. 57 da Lei nº 8.213/91. Nesse caminho, apresentaremos a Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.4.04.0000 que tramitou no TRF da 4ª Região.

4.3.1 A Ação Previdenciária nº 5002182-13.2010.4.04.7003

Trata-se de Ação Previdenciária, ajuizada em 27 de agosto de 2010, na Justiça Federal do Paraná, Subseção de Maringá, onde se objetiva a averbação de períodos como laborados em condições especiais, haja vista a negativa de reconhecimento por parte do INSS. Além disso, busca-se a concessão da

aposentadoria mais benéfica entre três possíveis, quais sejam, por tempo de contribuição, proporcional ou especial. A autora utilizou-se, ainda, do pedido de readequação (reafirmação) da Data de Entrada do Requerimento (DER), para a hipótese de que a satisfação dos requisitos para o reconhecimento do direito tenha se dado em data posterior ao pedido administrativo, haja vista a continuidade da relação laboral.

Em sentença datada de 28 de julho de 2011, foi reconhecida a atividade especial em todos os períodos pleiteados pela requerente, assim como a conversão, caso necessária, para tempo de serviço comum. (MORAES, 2011)

Em relação a essa decisão, foram opostos embargos de declaração em face de alegada omissão no tocante ao pedido de reafirmação da DER para a data em que a embargante completou o tempo suficiente para sua aposentação. “Cumprir esclarecer que após a DER a Embargante continuou laborando e contribuindo para a Previdência Social”, acrescentou a postulante. (CARVALHO, 2011)

Sem êxito no resultado dos embargos declaratórios, a requerente interpôs recurso ao TRF, visando reconhecer como período especial, mediante reafirmação da DER, aquele compreendido entre a DER e a data de ajuizamento da ação, a fim de obter o deferimento do pedido de aposentadoria especial.

Na decisão de segunda instância, a recorrente obteve, enfim, a reafirmação da DER. Nesse sentido asseverou o relator: “**Quanto à data de início do benefício**, deve ser a partir da data do ajuizamento da ação, mediante reafirmação da DER”. Ainda ficou consignado o afastamento da incidência do § 8º do art. 57 do PBPS. (TEIXEIRA, 2013, grifo do autor)

A ementa do acórdão foi assim redigida:

PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. AUXILIAR E ATENDENTE DE ENFERMAGEM. AGENTES BIOLÓGICOS. APOSENTADORIA ESPECIAL. **REAFIRMAÇÃO DA DER**. HONORÁRIOS.

[...]

4. Demonstrado o tempo de serviço especial por 25 anos, conforme a atividade exercida, bem como a carência mínima, é devido à parte autora a aposentadoria especial.

5. **Os efeitos financeiros da condenação devem incidir a partir da data do ajuizamento da ação, mediante reafirmação da DER.**

6. **Afastada a incidência do art. 57, § 8º, da Lei nº 8.213/91, sob pena de estar impedindo o livre exercício do trabalho.**

7. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10 % sobre o valor da condenação, nos termos dos precedentes e a Súmula 76 desta Corte, observando-se, ainda, a Súmula 111 do STJ.

8. Determina-se o cumprimento imediato do acórdão naquilo que se refere à obrigação de implementar o benefício, por se tratar de decisão de eficácia

mandamental que deverá ser efetivada mediante as atividades de cumprimento da sentença stricto sensu previstas no art. 461 do CPC, sem a necessidade de um processo executivo autônomo (sine intervallo). (TEIXEIRA, 2013, grifo nosso)

O afastamento da incidência do § 8º do art. 57 do PBPS foi justificado do seguinte modo:

A concessão da aposentadoria especial, com tempo de serviço reduzido em relação à aposentadoria por tempo de contribuição, objetiva permitir que o segurado possa deixar de exercer a atividade prejudicial. Embora esse fim deva ser prestigiado, não se deve obrigar o segurado a se afastar da atividade para obter o seu benefício, sob pena de estar impedindo o livre exercício do trabalho. (TEIXEIRA, 2013)

Outrossim, citou o relator, como base para o afastamento da incidência do § 8º do art. 57 do PBPS, o incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.4.04.0000, processado perante o próprio TRF da 4ª Região, a seguir abordado.

4.3.2 A Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.4.04.0000

A ementa do incidente em epígrafe, de relatoria do Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, tem a seguinte dicção:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 8º DO ARTIGO 57 DA LEI Nº 8.213/91. APOSENTADORIA ESPECIAL. VEDAÇÃO DE PERCEPÇÃO POR TRABALHADOR QUE CONTINUA NA ATIVA, DESEMPENHANDO ATIVIDADE EM CONDIÇÕES ESPECIAIS.

[...]

2. O § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91 veda a percepção de aposentadoria especial por parte do trabalhador que continuar exercendo atividade especial.

3. A restrição à continuidade do desempenho da atividade por parte do trabalhador que obtém aposentadoria especial cerceia, sem que haja autorização constitucional para tanto (pois a constituição somente permite restrição relacionada à qualificação profissional), o desempenho de atividade profissional, e veda o acesso à previdência social ao segurado que implementou os requisitos estabelecidos na legislação de regência.

[...]

5. Reconhecimento da inconstitucionalidade do § 8º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. (PEREIRA, 2012)

Como fundamento da sustentada inconstitucionalidade, invoca o relator, num primeiro momento, o art. 1º, inciso IV, da Carta Magna que consagra “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. (PEREIRA, 2012)

Passando pelo já comentado art. 6º da CRFB (item 3.2), que elenca os direitos sociais, remete-se ao art. 170, aduzindo que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, destacando os princípios da livre concorrência e da busca do pleno emprego. (BRASIL, 1988 apud PEREIRA, 2012)

Destaca, ainda, o relator, como base para o seu entendimento, o art. 201, *caput* e § 1º (item 3.2.1.2), bem como o art. 5º, inciso XIII (item 3.1.1) e o art. 7º, incisos XXII, XXIV e XXXIII (item 3.2.2), todos da CRFB. Segundo ele, a adoção da norma atacada pode gerar desrespeito à ordem constitucional. Vejamos:

Inconstitucional, assim, a norma em exame, a qual, se adotada, pode implicar cerceamento ao desempenho de atividade, por exemplo, de profissionais de saúde (enfermeiros, técnicos em radiologia, médicos, dentistas, etc.), e trabalhadores especializados, seja de nível superior ou nível médio, de indústrias dos mais diversos ramos. Terão eles que escolher entre se aposentar ou deixar a atividade para a qual se prepararam, muitas vezes por longos anos ou, (burlando com facilidade a norma restritiva, mas perdendo a garantia que a lei e a Constituição asseguram), aguardar para requerer aposentadoria por tempo de contribuição sem se valer do tempo especial. (PEREIRA, 2012).

Verifica-se, contudo, que a Arguição de Inconstitucionalidade em apreço não obteve votação unânime, tendo o Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti apresentado **voto divergente**. O jurista observa inicialmente que “na dúvida, decidir-se-á pela constitucionalidade”. E, prossegue: “uma vez que inconstitucionalidade não se presume, é indispensável que sua demonstração seja feita de modo tal que a impossibilidade entre a lei o Estatuto político fique acima de toda dúvida razoável”, conforme Bittencourt. (1968, p. 115 apud PIZZOLATTI, 2012)

Observa, também, o magistrado que “o legislador infraconstitucional ao disciplinar a Constituição está automaticamente estabelecendo restrições. É impossível regulamentar sem restringir”. Mais adiante, alega: “o que importa verificar não é se a Constituição autorizou esta ou aquela restrição, mas se a disciplina estabelecida pelo legislador infraconstitucional, não sendo expressamente vedada pela Constituição, mostra-se razoável”. (PIZZOLATTI, 2012)

No caso específico da aposentadoria especial, dita o jurista que a disciplina normativa não restringe a concessão em si do benefício, e sim desestimula que o trabalhador agraciado com aposentadoria especial continue a submeter-se

aos riscos decorrentes do efeito cumulativo de condições ambientais de trabalho nocivas à sua saúde. (PIZZOLATTI, 2012)

Ademais, prescreve o sentido do estabelecimento pelo legislador do benefício de aposentadoria especial:

De fato, ao conceder a aposentadoria especial, por haver o segurado trabalhado durante 15, 20 ou 25 sob condições deletérias à sua saúde ou integridade física, o legislador presume, e não sem razão, que o trabalhador já prejudicou suficientemente a sua saúde, embora não seja tecnicamente inválido, e por isso tem direito de aposentar-se. Se assim não fosse, não teria o menor sentido a legislação previdenciária estabelecer, *v.g.*, que *mineiros de subsolo* podem se aposentar com apenas 15 anos de serviço, quando os trabalhadores em geral se aposentam com 35 anos de serviço. (PIZZOLATTI, 2012, grifo do autor)

Por fim, indica que a melhor interpretação ao § 8º do art. 57 do PBPS não é a que enseja o cancelamento do benefício, e sim aquela que aponta para a sua suspensão. Sendo assim, lista as alternativas de que dispõe o trabalhador cujo tempo para obtenção de aposentadoria especial já esteja completo, a fim de que não incida na mencionada suspensão:

a) continua em atividade sujeito a condições prejudiciais à saúde, adiando a aposentadoria especial; **b)** obtém aposentadoria especial e passa a trabalhar não sujeito a condições prejudiciais à sua saúde; **c)** obtém aposentadoria especial e simplesmente usufrui o benefício; **d)** trabalha até obter aposentadoria por tempo de serviço (35 anos, se homem) e continua a trabalhar sujeito a condições prejudiciais à sua saúde. (PIZZOLATTI, 2012, grifo do autor)

Em arremate à divergência instaurada, conclui: “entendo que a norma disciplinadora da aposentadoria especial, contida no § 8º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991, acrescentado pela Lei nº 9.732, de 1998, é inteiramente compatível com a Constituição”. (PIZZOLATTI, 2012)

4.3.3 O Recurso Extraordinário nº 791.961/PR

Em face do acórdão prolatado na Ação Previdenciária nº 5002182-13.2010.4.04.7003 que, como vimos, encontra amparo na Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.4.04.0000, o INSS interpôs Recurso Extraordinário para o STF, com fundamento no art. 102, inc. III, alínea 'b' da CRFB, o qual determina a competência da Suprema Corte para julgar, mediante recurso

extraordinário, as causas em que houver a declaração de inconstitucionalidade de lei federal. (BRASIL, 1988)

Em suas razões para o pedido de reforma da decisão, a autarquia previdenciária sustenta inicialmente:

No entanto, como se passará a demonstrar, o § 8º do art. 57, Lei 8.213/91, quando determina o necessário afastamento do trabalhador das atividades nocivas à saúde para a concessão de aposentadoria especial, **NÃO atenta contra a liberdade de ofício ou profissão, NEM contra o § 1º, art. 201, CF/88, que prevê a adoção de regime diferenciado para atividades exercidas em condições especiais, que prejudiquem a saúde ou integridade física.** (KELLER, 2013, grifo do autor)

Posiciona-se, também, quanto à natureza do benefício, sustentando que a contagem privilegiada do tempo de serviço **não guarda nenhuma relação com a aposentadoria por tempo de serviço**, e sim de compensação proporcional do tempo de serviço, em razão de um desgaste imposto pela própria natureza das atividades exercidas. De igual modo, afirma que a aposentadoria especial **não se confunde com a aposentadoria por invalidez, nem tampouco com os benefícios acidentários de um modo geral**, pois estes se orientam à cobertura de fatos singulares, independentemente de sua maior ou menor probabilidade pretérita. (KELLER, 2013, grifo nosso)

Finalmente, enfrenta o ponto central da discussão, isto é, a não-continuidade do trabalho em condições especiais (art. 57, § 8º, PBPS) para os que desejam obter o benefício:

Como a *ratio essendi* do benefício é a adequação técnica entre uma previsão estatisticamente fundamentada da perda da capacidade laborativa no longo prazo e o tempo de serviço necessário à aposentação, é evidente que a contagem diferenciada só se justifica diante da não-continuidade do trabalho, pois a presunção de perda progressiva da capacidade laborativa no longo prazo parte da ideia de que o benefício substituirá a renda do trabalho, à semelhança do que ocorre quanto aos benefícios por incapacidade, em que tal cumulação é vedada independentemente de preceito legal específico.

Permitir que, depois da aposentação, continuasse o segurado exercendo as atividades em ambiente nocivo, significaria transformar essa adequação em privilégio descabido, mera vantagem de circunstância. (KELLER, 2013, grifo do autor)

Encaminhando-se à conclusão do raciocínio deduzido, declara que não se trata de cerceamento da liberdade de exercício de profissão (art. 5º, inciso XIII, da CRFB), nem tampouco ao direito à proteção previdenciária específica, mas da colocação de uma opção ao trabalhador, uma vez que não existe um direito absoluto

à cumulação da renda do trabalho e a decorrente de benefício, pelo contrário, a regra geral que se encontra no cerne da concepção de Previdência Social é a substituição do salário pelo benefício. (KELLER, 2013)

Em relação ao art. 7º, inciso XXXIII, da CRFB, assevera que o conteúdo dessa norma não incide nos casos de aposentadoria especial, uma vez que se destina a orientar o legislador na regulamentação do trabalho dos menores. (KELLER, 2013)

No tocante ao art. 201, § 1º, também da CRFB, afiança que o fato de não prever qualquer restrição ou condição à aposentadoria especial não invalida a condição inserida no art. 57, § 8º, Lei 8.213/91. (KELLER, 2013)

Em síntese, defende o procurador que “a validade de tal condição depende da sua razoabilidade e justificação diante de outros princípios da Constituição”. Na sequência, aponta que a exigência de afastamento do trabalhador das atividades que são nocivas à sua saúde para que receba uma aposentadoria antecipada “**é razoável, pois tal exigência visa primeiro cuidar da saúde do trabalhador e segundo, justificar a sua aposentadoria antecipada**”, de outro modo, “*não haverá mais a justificativa para o privilégio frente aos outros trabalhadores em atividades comuns*”. (KELLER, 2013, grifo do autor)

Nas suas derradeiras palavras, declara que o fundamento para condição em análise encontra-se no próprio art. 201, § 1º da CRFB.

Ainda, o afastamento compulsório da atividade nociva para a concessão de aposentadoria especial encontra fundamento no próprio art. 201, § 1º, CF/88, quando este permite a adoção de critérios e condições diferenciados para atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. A condição do compulsório afastamento da atividade se justifica nisso: **é dever do Estado evitar que o trabalhador continue, deliberadamente, prejudicando a sua saúde e integridade física após se aposentar em atividade que lhe exija isso**. (KELLER, 2013, grifo do autor)

Em contrarrazões, a autora faz importante consideração a fim de evitar prejuízo em decorrência de possível provimento do recurso extraordinário.

Além do mais, observa-se que a Recorrente não pode ser prejudicada ante a falta de coerência da Autarquia em conceder os benefícios requeridos na Via Administrativa, pois no caso da Recorrente apesar desta ter laborado mais de 26 anos como auxiliar de enfermeira, a Autarquia não reconheceu a especialidade de tal função, e conseqüentemente não concedeu a aposentadoria á mesma, o que obrigou esta continuar laborando em função insalubre e requerer sua aposentadoria junto a esfera Judiciária, onde só depois de quase 03 anos, da data do requerimento administrativo

(27/08/2010), é que a Recorrente teve sua aposentadoria concedida, 13/03/2013. (CARVALHO, 2013)

“Desta forma, não poderia a Recorrente ficar mais de 03 anos sem laborar, a espera de sua aposentadoria, por mera deliberalidade da Autarquia”, conclui o causídico. (CARVALHO, 2013)

4.3.3.1 O Reconhecimento da Repercussão Geral

Distribuído o Recurso Extraordinário no STF sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, foi proferido despacho consignando que o recurso em análise trata de maneira mais ampliada da matéria objeto do RE nº 788.092/SC, no qual já havia sido reconhecida a repercussão geral do tema atinente à possibilidade de percepção do benefício de aposentadoria especial na hipótese em que o segurado permanece no exercício de atividades laborais nocivas à saúde. (TOFFOLI, 2016)

Determinou-se a substituição do RE nº 788.092/SC pelo nº 791.961/PR, fazendo constar este como paradigma do Tema nº 709 da Repercussão Geral e, ainda, a juntada de cópia de peças contidas no paradigma anterior, tais como, a manifestação pelo conhecimento da repercussão geral, os pareceres lançados pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e as manifestações protocoladas pelos *amici curiae*. (TOFFOLI, 2016)

No tocante ao acórdão de repercussão geral exarado no antigo paradigma, o relator ressaltou o caráter eminentemente constitucional da matéria, bem como a necessidade de avaliação de sua constitucionalidade:

De fato, é de índole eminentemente constitucional a matéria suscitada no recurso extraordinário, porquanto envolve o direito constitucional do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, bem como a determinação constitucional da vedação de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais.

Cumprido, pois, avaliar, no caso dos autos, a constitucionalidade do dispositivo que prevê que o beneficiário de aposentadoria especial que retorne voluntariamente às atividades sujeitas a condições especiais tenha sua aposentadoria automaticamente cancelada.

A questão ora posta em discussão, ademais, extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para toda a categoria de beneficiários do regime geral de previdência social, mormente para aqueles que exercem atividades sob condições especiais que, podem vir a prejudicar a sua saúde ou a sua integridade física. (TOFFOLI, 2014)

Com esses fundamentos, entendeu-se adequado que a discussão fosse realizada em autos de processo dotado de repercussão geral, dado que o julgamento será capaz de solucionar inúmeros outros conflitos do mesmo teor.

4.3.3.2 As Intervenções dos *Amici Curiae* pela Inconstitucionalidade do Dispositivo

Dentre os argumentos colacionados pelos *amici curiae* no sentido de qualificar como inconstitucional o dispositivo legal em apreço, merecem destaque os seguintes.

O primeiro é o que diz respeito à impossibilidade de rompimento automático do vínculo de emprego do trabalhador que exerce o direito à aposentadoria voluntária, situação já analisada pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). No caso, a ADI nº 1.721/DF julgou inconstitucional alteração promovida na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) quando incluiu, por meio da Lei nº 9.528/1997, o § 2º no art. 453, com a seguinte redação: “O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício”. (BRASIL, 1997)

Vejamos o teor da ementa da citada ADI:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

[...]

5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.

6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.

7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97. (BRASIL, 2006, grifo nosso)

Outro ponto levantado pelos *amici curiae* é quanto a possível violação do princípio da isonomia. Neste sentido, observam que o dispositivo constitucional que autoriza o estabelecimento de condições especiais para a concessão de aposentadoria a quem exerce atividade que prejudique a saúde ou a integridade

física é compartilhado com aqueles que portam deficiência (art. 201, § 1º da CRFB) e, quanto a estes, a legislação infraconstitucional não veda a continuidade no trabalho.

4.3.3.3 A Manifestação da Procuradoria-Geral da República

Em sua manifestação, a PGR, verificando que as questões discutidas no recurso extraordinário em comento já haviam sido satisfatoriamente examinadas no RE nº 788.092/SC (paradigma anterior do tema nº 709 da repercussão geral), reiterou na íntegra os termos do parecer antes exarado.

Após breve relato da contenda, ressalta-se, no plano dos direitos fundamentais de 2ª geração, a previsão constitucional de direitos sociais às pessoas em geral e aos trabalhadores em particular. Como exemplo, destaca o então Procurador-Geral da República o direito à saúde, com a previsão genérica no art. 6º e específica no art. 7º, XXII da CRFB. Acrescenta-se, ainda, que:

A preocupação do constituinte com a saúde do trabalhador também pode ser notada em outros direitos que lhe são conferidos, tais como o direito a um salário mínimo capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família em saúde, entre outras dimensões relacionadas à fruição de uma vida plena, e os direitos que têm por objetivo evitar que aquele que trabalha não seja submetido a encargos, tarefas e deveres superiores aos que suas forças lhe permitem cumprir – repouso semanal remunerado, férias, limites de jornada de trabalho e aposentadoria (art. 7º, XIII, XIV, XV, XVII). (BARROS, 2017)

A arguição continua constatando-se que “a tônica do constituinte foi a da proteção ao trabalhador”. (BARROS, 2017)

Não obstante a existência do princípio da proteção, ou princípio tutelar, característico do Direito do Trabalho, aponta o autor que ainda se mostram necessárias no atual patamar civilizatório a realização de atividades laborais em circunstâncias que se contrapõem a essa lógica, tais como o trabalho extraordinário, noturno, insalubre, perigoso ou penoso, devidamente excepcionadas pela Constituição. Aduz, contudo, que tais exceções vêm acompanhadas de uma série de restrições, como indica o seguinte parágrafo:

Tanto é assim, por exemplo, que a concessão de adicional de trabalho extraordinário tem limites previstos em lei, para que se impeça que, mesmo em situações que demandem o elastecimento da jornada do trabalhador, ele não seja submetido a períodos de trabalho excessivamente longos,

tampouco por lapsos temporais demasiadamente prolongados, o que terminaria por deteriorar sua saúde. (BARROS, 2017)

Assinala, também, que a lógica do constituinte “é a da progressiva conquista de patamares civilizatórios mais elevados e, por conseguinte, de ampliação da proteção erigida em torno da dignidade do trabalho e do trabalhador”, devendo-se manter, no caminhar da sociedade, “a busca de cada vez menos situações que excepcionem o sistema e de cada vez mais restrições a essas excepcionalidades”. (BARROS, 2017)

Indica, igualmente, a ocorrência de críticas à existência da aposentadoria especial, asseverando que a existência de atividades nocivas à saúde do trabalhador “decorre de um mal ainda necessário à maximização do progresso econômico e do bem-estar coletivo da comunidade” e que cabe ao Poder Público “restringir o exercício de tais atividades ao mínimo necessário ao alcance de tais fins e limitá-las de maneira que não deteriore a higidez física e mental dos segurados sob esse regime além do patamar definido como aceitável”. (BARROS, 2017)

Sob a ótica protetiva do texto constitucional em relação ao trabalhador, sintetiza o jurista:

Diante disso, a regra inscrita no art. 57, § 8º, da Lei de Benefícios, que impede a percepção dos valores correspondentes à aposentadoria especial pelo segurado aposentado que exerça atividades que o mantenham em contato com agentes nocivos à sua saúde, por consistir em incentivo a que o trabalhador abandone aquelas atividades prejudiciais à sua higidez física e mental e não a prejudique ainda mais, harmoniza-se com a ideia protetiva de que o texto constitucional está impregnado. (BARROS, 2017)

Rebatendo a argumentação que aponta a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Benefícios ante a incompatibilidade com o art. 7º, XXXIII da CRFB, o procurador sustenta que:

[...] o fato de a Constituição vedar de modo expresso o trabalho noturno, perigoso ou insalubre apenas aos menores de idade (art. 7º, XXXIII) não conduz à conclusão de que, em defesa da saúde do trabalhador, outras restrições a atividades laborais realizadas em contato com agentes nocivos não poderiam ser realizadas. Pensar de modo contrário seria limitar o âmbito de atuação do Poder Público em defesa da segurança e da integridade física e mental daquele que, historicamente, encontra-se em situação de vulnerabilidade nas relações laborais. (BARROS, 2017)

Quanto a possível contrariedade à liberdade de trabalho, ofício ou profissão, concorda que “de fato, ao dispor que o trabalhador deve abandonar o contato com os agentes nocivos para a percepção do benefício, a lei reduz o leque

de possibilidades de emprego da força, da técnica e do intelecto do aposentado”, observando, porém, que tal restrição tem o objetivo de proteger-lhe a saúde. Reconhecida, portanto, a colisão de direitos fundamentais, sugere o parecerista a solução da problemática utilizando-se do princípio da proporcionalidade:

Assim, já que a regra em apreço põe em rota de colisão direitos de envergadura constitucional – de um lado, a liberdade de ofício, emprego ou profissão e, de outro, o direito fundamental à saúde em geral e todo o sistema constitucional de proteção ao trabalhador em particular –, a verificação da validade dessa medida restritiva passa pela análise de sua compatibilidade em face do princípio da proporcionalidade (ou do devido processo legal substantivo) em suas três submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (BARROS, 2017)

Cotejando o dispositivo legal em apreço e o princípio da proporcionalidade em seus três subprincípios, sustenta o autor que, sob o prisma da **adequação**, a regra “se mostra apta a cumprir a finalidade a que se propõe – a proteção da saúde do trabalhador”, uma vez que incentiva o aposentado a se afastar das condições nocivas de trabalho. No tocante à **necessidade**, observa-se que “a norma em questão não é dotada de nenhum reprovável excesso”, dado que não veda o exercício de atividade nociva à saúde do trabalhador, apenas impede a simultaneidade entre tais afazeres e a percepção do benefício. Quanto à **proporcionalidade em sentido estrito**, “a medida em apreço promove restrição de pequena monta no âmbito da liberdade de profissão” e, “ao mesmo tempo, confere relevante proteção à saúde e à sobrevivência do segurado”.

Desse modo, conclui que a regra contida no art. 57, § 8º da Lei de Benefícios não encontra óbice no texto constitucional também no que se refere à liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Ademais, defende que tal norma não possui inconstitucionalidade em face do disposto no art. 201, § 1º da CRFB, para tanto afirma que:

Inexiste previsão constitucional relacionada às normas disciplinadoras das condições em que o benefício poderá ser recebido, bem como, por conseguinte, proibição de impedimento da simultaneidade entre a realização da atividade prejudicial e a percepção da aposentadoria especial. Outrossim, não se vislumbra ofensa ao princípio da isonomia no fato de tal vedação atingir apenas os trabalhadores que desempenharam suas atividades em condições laborais especialmente nocivas, permitindo a percepção do benefício da aposentadoria especial aos trabalhadores portadores de deficiência que permaneçam no exercício de seus misteres. Tendo em vista que a permanência dos portadores de deficiência em atividade não acarreta prejuízo à sua saúde ou à sua integridade física, tal discrimen é plenamente justificado. (BARROS, 2017)

Por último, rebate o argumento de que a aposentadoria espontânea não é causa de ruptura do vínculo empregatício, conforme sedimentado pela Suprema Corte na ADI nº 1.721/DF. Neste sentido, alega que:

As peculiaridades da hipótese em exame, no entanto, demandam tratamento diferenciado em razão da necessidade de proteção à saúde do trabalhador, que se aposenta precocemente por desempenhar suas atividades em condições nocivas, razão pela qual, no que concerne à modalidade de aposentadoria especial em foco, deve-se excepcionar a diretriz jurisprudencial de continuidade da relação de trabalho. (BARROS, 2017, grifo nosso)

Com tais fundamentos afiança a constitucionalidade do dispositivo em questão e opina pelo provimento do recurso extraordinário interposto pela autarquia previdenciária.

4.3.3.4 Considerações Finais

Em petição datada de 14 de novembro de 2017, o INSS anexou aos autos a Orientação Judicial nº 00011/2017/GEOR/PREV/DEPCONT/PGF/AGU, informando o posicionamento consolidado pela Procuradoria-Geral Federal (PGF) de que o reconhecimento da constitucionalidade do § 8º do art. 57 da lei 8.213 não afetará o direito relativo ao período compreendido entre a data do requerimento e data da ciência do deferimento do benefício de aposentadoria especial.

Como base para tal entendimento, destaca-se o art. 254, § 3º da Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015:

Art. 254. A aposentadoria especial requerida e concedida a partir de 29 de abril de 1995, data da publicação da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, em virtude da exposição do trabalhador a agentes nocivos, será cessada pelo INSS, se o beneficiário permanecer ou retornar à atividade que enseje a concessão desse benefício, na mesma ou em outra empresa, qualquer que seja a forma de prestação de serviço ou categoria de segurado.

[...]

§ 3º Não será considerado permanência ou retorno à atividade o período entre a data do requerimento da aposentadoria especial e a data da ciência da decisão concessória do benefício. (BRASIL, 2015)

Ainda de acordo com a citada Orientação Judicial, “é devido o pagamento dos atrasados em relação ao período compreendido entre a data do requerimento administrativo e a data da notificação da decisão judicial concessiva, observada a prescrição quinquenal”. (SILVA, 2017)

Tal posicionamento vai ao encontro do que fora alegado pela recorrida em suas contrarrazões, no sentido de que não poderia deixar de exercer a atividade nociva até que tivesse a certeza do deferimento do benefício.

No mais, ressalta-se que o recurso extraordinário em análise está pronto para julgamento aguardando o agendamento da sessão pela Suprema Corte.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada busca apresentar a possível solução para uma hipótese real de colisão entre direitos fundamentais. A partir da análise de caso concreto, envolvendo a colisão entre a liberdade de trabalho, ofício ou profissão e o direito à saúde em geral e do trabalhador em particular, foi discutida a teoria dos direitos fundamentais, bem como os direitos fundamentais em espécie atinentes ao tema proposto.

Da **teoria dos direitos fundamentais** pode-se apreender que estes são os direitos humanos positivados nas normas constitucionais e que tal positivação tanto determina a esfera de livre atuação dos indivíduos, como vincula o Estado a cumprir e a fazer cumprir tais preceitos.

É sabido que os direitos fundamentais se originam e evoluem em gerações (ou, como também denominam os autores, em dimensões). Aqui focamos na primeira geração de direitos fundamentais, os direitos de liberdade, que correspondem à fase inaugural do constitucionalismo ocidental, e na segunda geração, os direitos da igualdade (igualdade material, uma vez que a igualdade formal já havia sido atingida pela primeira geração).

Quanto às funções desempenhadas pelos direitos fundamentais, destacam-se os direitos de defesa, entendidos como a possibilidade de o indivíduo resistir a uma atuação do Estado que interfira em sua liberdade, e os direitos de prestação, que permitem ao indivíduo exigir uma determinada atuação estatal por meio de prestações fáticas ou normativas.

Fazemos, então, uma conexão com as **espécies de direitos fundamentais** relacionadas ao tema. Isto porque os direitos fundamentais que possuem a função de defesa identificam-se com os direitos individuais e coletivos, como a liberdade, caracterizada como um poder de autodeterminação em virtude do qual o indivíduo escolhe seu comportamento pessoal. A liberdade de profissão, mais especificamente, prevê a livre escolha e exercício da atividade laborativa, o não impedimento do acesso à carreira profissional desejada e a abstenção do Estado em criar empecilhos para a escolha da profissão.

Já os direitos que possuem a função de prestação, identificam-se com os direitos sociais e possuem a finalidade de reduzir a desigualdade social.

Complementando o conteúdo dos direitos sociais, figura na Constituição o título da Ordem Social, onde se declara que esta tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Aparece, então, o sistema da seguridade social, que engloba a saúde, a previdência e a assistência social.

No subsistema da saúde, revela-se que esta é direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas que visem à redução do risco de doenças e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. A proteção social, no âmbito da saúde, não é, portanto, simplesmente curativa, mas preventiva.

O constituinte investiu, ainda, na saúde do trabalhador e na proteção do meio ambiente de trabalho por meio da inclusão de determinadas atribuições referentes a essa área no rol de competências do Sistema Único de Saúde.

O subsistema da previdência social destina-se a proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e sua família, contra contingências de perda ou redução da remuneração. O Regime Geral de Previdência Social é de caráter contributivo, de filiação obrigatória e deve preservar o equilíbrio financeiro e atuarial. Adota, também, o regime de repartição.

Temos, ainda, no âmbito dos direitos sociais, os direitos dos trabalhadores, dos quais destacamos a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, o repouso semanal remunerado, as férias anuais remuneradas, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança e a aposentadoria.

Passamos, então, a apresentar a **colisão entre direitos fundamentais** no campo do direito previdenciário. Trata-se da colisão entre, de um lado, o direito à saúde em geral e do trabalhador em particular e, de outro lado, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão.

Antes de expor a controvérsia em si, evidencia-se o princípio da proporcionalidade, cuja aplicação mostra-se necessária nas hipóteses de colisão e restrição de direitos fundamentais. Percebe-se que o princípio da proporcionalidade é subdividido em três elementos ou subprincípios, o da conformidade ou adequação dos meios, o da exigibilidade ou necessidade e o da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

A aposentadoria especial, benefício devido ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade

física, entra em foco como palco da colisão entre os direitos fundamentais mencionados. Tal benefício possui caráter compensatório, materializando-se como compensação financeira ao segurado que presta serviços nas citadas condições. Manifesta também o caráter protetivo e preventivo ao amparar o trabalhador que laborou em condições nocivas, reduzindo o seu tempo de serviço e de contribuição para fins de aposentadoria. Enseja, ainda, um debate à luz da ética, defendendo alguns que a jubilação antecipada consiste em legitimação da violência à saúde do trabalhador, a troca de saúde por dinheiro, incompatível com um ordenamento jurídico centrado na dignidade da pessoa humana.

Foi a Lei nº 9.732/98 que incluiu o § 8º no art. 57 da Lei de Benefícios da Previdência Social, determinando a suspensão da aposentadoria especial àquele que voltar a exercer atividade deletéria, dada a contradição entre a aposentadoria antecipada e a continuidade em atividade de mesma natureza.

Surge, então, o questionamento judicial quanto à constitucionalidade da vedação em apreço. A controvérsia encontra-se pendente de julgamento pelo STF, dada a interposição de Recurso Extraordinário pelo INSS.

Da tramitação do Recurso destaca-se a manifestação da Procuradoria-Geral da República, onde se ressalta que a previsão de direitos sociais às pessoas em geral e aos trabalhadores em particular denota que a tônica do constituinte foi a proteção ao trabalhador. Não obstante, aponta a PGR que ainda hoje se mostra necessária a realização de atividades que se contrapõem a essa lógica, devidamente excepcionadas pela Constituição. Tais exceções vêm acompanhadas de uma série de restrições, como a regra inscrita no art. 57, § 8º da Lei de Benefícios, que consiste em incentivo a que o trabalhador abandone as atividades prejudiciais à sua higidez física e mental.

Concorda a PGR que a regra em questão, ao dispor que o trabalhador deve abandonar o contato com os agentes nocivos para a percepção do benefício, é contrária a liberdade de trabalho, ofício ou profissão. Observa, contudo, que tal restrição visa proteger-lhe a saúde. Sugere, então, que a colisão entre os direitos em apreço seja resolvida pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Cotejando o dispositivo legal e o princípio da proporcionalidade, o parecer da PGR assegura que: 1) sob o prisma da adequação, a regra se mostra apta a cumprir a finalidade a que se propõe, a proteção da saúde do trabalhador; 2) no tocante à necessidade, a norma não é dotada de nenhum reprovável excesso; e 3)

quanto à proporcionalidade em sentido estrito, a medida promove restrição de pequena monta no âmbito da liberdade de profissão, ao mesmo tempo que confere relevante proteção à saúde e à sobrevivência do segurado.

Por todo o exposto, entendo que a relação de precedência decorrente das circunstâncias que se manifestam em torno do problema proposto recomenda a preponderância da proteção à saúde em detrimento da liberdade de trabalho, ofício ou profissão.

Considero, portanto, constitucional o art. 57, § 8º da Lei nº 8.213/1991 e reconheço a impossibilidade de percepção do benefício da aposentadoria especial na hipótese em que o segurado permanece no exercício de atividades laborais nocivas à saúde.

Voto, dessa forma, pelo provimento do recurso extraordinário em exame.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em 27 out. 2016.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. Parecer nº 10863/2017-ASJCIV/SAJ/PGR (2017). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2012.

_____. (Constituição 1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. **Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994**. Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Leis de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 8 jun. 2017.

_____. **Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm>. Acesso em: 5 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, 11 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087598&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 5 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/SC. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília (DF), 213, jul./set. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/213_1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

_____ et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 1. ed. Portugal: Coimbra Ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Rubens Pereira de et al. Contrarrazões ao Recurso Extraordinário (2013). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. Embargos de Declaração (2011). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

KELLER, Sérgio. Recurso Extraordinário (2013). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência social**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Seguridade Social**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967: com a emenda nº 1 de 1969**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. v. 5.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Marcos Cesar Romeira. Sentença (2011). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

PEREIRA, Ricardo Teixeira do Valle. Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.404.0000 (2012). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

PEREIRA JÚNIOR, Danilo. Aposentadoria Especial: reflexões sobre o instituto e construção jurisprudencial. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (organizadores). **Direito da Previdência e Assistência Social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 389-415.

PIZZOLATTI, Rômulo. Arguição de Inconstitucionalidade nº 5001401-77.2012.404.0000 (2012). Voto divergente. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa: VII** revisão constitucional de 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 3 out. 2012.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**: lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Raquel Veloso da. Orientação Judicial nº 00011/2017/GEOR/PREV/DEPCONT/PGF/AGU (2017). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade**: no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1995.

TEIXEIRA, Ezio. Acórdão em Apelação/Reexame Necessário (2013). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

TOFFOLI, Dias. Acórdão de repercussão Geral (2014). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. Despacho (2016). In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 791.961/PR**. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4518055>>. Acesso em: 21 abr. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>>. Acesso em: 16 Out. 2016.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; BARRA, Juliano Sarmiento. **Direito Sanitário Previdenciário e Trabalhista**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Will, Daniela Erani Monteiro. **Metodologia da pesquisa científica**: livro digital. Palhoça: UnisulVirtual, 2016.