

Aposentadoria especial por exposição a ruído: a controvérsia quanto aos limites aplicáveis ao período de 06/03/1997 a 18/11/2003¹



Marcus Orione Gonçalves Correia

Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP. Professor Associado III da Faculdade de Direito da USP. Juiz Federal da 1ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP.



Joabe dos Santos Souza

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo.

RESUMO: O artigo aborda a controvérsia posta nos tribunais sobre qual o limite de tolerância ao agente nocivo “ruído” a ser observado entre 06/03/1997 e 18/11/2003, período de vigência do Decreto nº 2.172/1997, para fins de concessão da aposentadoria especial e da contagem especial do tempo de serviço. O Superior Tribunal de Justiça tem determinado a aplicação do limite de 90 decibéis previsto no Decreto revogado. Em sentido oposto, a redação da Súmula de nº 32 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, vigente até 09/10/2013, dispunha que o limite aplicável ao período é o de 85 decibéis, estabelecido no Decreto nº 4.882/2003. Nos tribunais regionais federais as decisões têm sido conflitantes. Apesar de a literatura especializada ter dado pouca atenção ao tema, a divergência acarreta repercussão significativa no direito à aposentadoria especial e na conversão do tempo de serviço especial. O objetivo do artigo é o de acrescentar elementos à discussão a partir da análise do dispositivo legal que estabelece como requisito para a concessão da aposentadoria especial

¹ Este artigo foi finalizado antes do julgamento pelo STJ do REsp 1.401.619, em que foi aplicado o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Optamos por manter a redação original, seja porque os argumentos aqui suscitados não foram objeto de apreciação naquele recurso, seja porque a matéria está a merecer análise mais aprofundada em fase de embargos de declaração ou mesmo em sede constitucional.

a exposição do segurado a “agentes nocivos”, termo que pode ser qualificado entre os que a doutrina nacional classifica como “conceitos indeterminados”.

PALAVRAS-CHAVE: Conceitos indeterminados. Aposentadoria especial. Agentes nocivos. Ruído. Limites de tolerância. Presunção.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias: os assim chamados “conceitos indeterminados”. 2. A aposentadoria especial. 2.1. Aspectos gerais. 2.2. O direito à aposentadoria especial: enunciado normativo. 2.3. A hipótese normativa do direito à aposentadoria especial: “exposição a agentes nocivos”. 2.4. A relação de agentes nocivos definida pelo Poder Executivo. 2.5. O caráter exemplificativo do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social. 3. O agente nocivo “ruído”. 3.1. As alterações na norma regulamentar. 3.2. A aplicação do limite de 85 decibéis como interpretação mais favorável ao segurado (a solução pro misero). 3.3. Aplicação do limite de 90 decibéis e a “irretroatividade da norma”. 3.4. O limite de ruído como presunção legal de especialidade (nocividade). 3.5. A qualificação do ruído superior a 85 decibéis como “agente nocivo”. 4. Considerações conclusivas. Referências.

1. Considerações introdutórias: os assim chamados “conceitos indeterminados”.

Colhe registrar, já de início, que não faremos qualquer ilação a respeito de uma leitura crítica do direito,² mas uma análise centrada essencialmente no positivismo.

Para Túlio Ascarelli, em *Norma giuridica e realtà sociale*, o intérprete da norma jurídica se movimenta entre conceitos que, de maneira geral, podem ser distinguidos entre aqueles que condensam um conjunto de normas extraídas do ordenamento (*regulae juris*) e outros que designam uma construção ou reconstrução tipológica da realidade social, aos quais ele também se refere como “pseudoconceitos”.³ Exemplos dos primeiros seriam categorias como “nulidade” e “decadência”, enquanto os últimos incluiriam as

noções de “culpa” e de “vício redibitório”.⁴

Descrevendo esta proposta de interpretação encontrada em Ascarelli, Fábio Konder Comparato sublinha que certos termos utilizados na lei se limitam a “exprimir, condensadamente, um sistema normativo”, enquanto outros “se referem a fatos típicos da realidade social (*fattispecie*)”. Sobre estes últimos observa que

(...) não deixam de ser jurídicos, pois eles compõem a previsão normativa; mas o seu conteúdo é, sem dúvida, extrajurídico, porque se referem a uma classificação tipológica da realidade social. Por isso mesmo, em relação a eles, não se põe nenhum problema de definição jurídica: o seu sentido é o da linguagem comum.⁵

2 Se alguém desejar uma leitura crítica do positivismo, sugerimos a leitura do artigo *Que fazer* de autoria de Marcus Orione Gonçalves Correia. In: ANDRADE, José Maria Arruda de; COSTA, José Augusto Fontoura; MATSUO, Alexandra Mery Anderson. *Direito: teoria e experiência – homenagem a Eros Grau*. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013.

3 ASCARELLI, Túlio. *Norma giuridica e realtà sociale. Rivista di Dottrina e di Giurisprudenza*, anno I, n. 10, 1955.

4 Esta leitura é feita, ainda, por Norberto Bobbio, que esclarece que, para Ascarelli, o seu esquema interpretativo não era uma prescrição de como se procede à interpretação da norma jurídica, mas uma descrição de como os intérpretes normalmente procedem, ainda que não se deem conta. Cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 1997, p. 253 e ss.

5 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 336.

Eros Roberto Grau verifica que a doutrina nacional majoritária dá a esta categoria, de forma um tanto imprecisa, a qualificação de “conceitos indeterminados”; observa que não são, rigorosamente, conceitos, mas termos indeterminados relativos a *noções*; constata que os impropriamente chamados “conceitos indeterminados” “referem-se a fatos típicos da realidade” e se diferenciam daquelas “expressões que sintetizam o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, sem que lhes corresponda um significado próprio”, às quais Ascarelli se referiu como *regulae juris*.⁶

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no processo de atribuição de sentido à norma, a que chama de “qualificação jurídica”, faz-se fundamental a identificação dos assim chamados “conceitos indeterminados”:

Nessa construção, é preciso identificar no caso concreto o que na palavra da lei aparece expresso por *conceitos indeterminados* e valorativos. Entendemos por conceitos indeterminados os que manifestam vaguidade, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa. Assim, por exemplo, as expressões: *repouso noturno*, *ruído excessivo*, *perigo iminente* etc. (destaques no original)⁷

Tome-se, então, para fins deste artigo, tal classificação das expressões encontradas na lei que as distingue entre aquelas que se referem a uma “classificação tipológica da realidade social” (velhice, pobreza, incapacidade laboral, etc), ordinariamente tidas como “conceitos indeterminados”, e aquelas outras que resumem uma disciplina normativa (propriedade, nulidade, aposentadoria, etc), que podem ser enfeixadas como “categorias jurídicas” ou “*regulae juris*”.

2. A aposentadoria especial.

2.1. Aspectos gerais.

A aposentadoria especial é uma das prestações compreendidas pelo regime geral de previdência social instituído pela Constituição da República e reguladas pela Lei nº 8.213/1991, que dispôs sobre o seu plano de benefícios. Na previsão do artigo 57, *caput*, da Lei nº 8.213/1991:

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

A nota de “especialidade” está, assim, na redução do tempo de trabalho necessário à jubilação em relação à aposentadoria por tempo de contribuição ordinária, dada a sujeição do segurado a *condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física*; sendo certo que, quanto maior a potencialidade de prejuízo por exposição a tais adversidades, menor será o tempo de trabalho exigido. Trata-se de desdobramento do princípio jurídico da isonomia, onde aquele que se submete a condições agressivas à saúde no exercício de sua atividade recebe tratamento diferenciado do que o realiza em condições normais: trata-se de forma de tratamento desigual aos desiguais, para que possam, assim, ser equiparados a partir das suas diferenças. Não estamos, pois, diante de tempos fictícios, nem de um favor legal.⁸

6 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 197.

7 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 331.

8 Aqui sempre é bom relembrar as palavras do voto-vista do Ministro Arnaldo Esteves Lima, em paradigma que reconheceu a eletricidade como fator de risco mesmo nos dias atuais: “A aposentadoria especial não é, pois, um favor legal concedido ao trabalhador, tampouco a real nocividade de um agente decorre do simples fato de estar listado – ou não – em um decreto.” (extraído do voto proferido nos EDcl no REsp 1.306.113/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 14/11/2012, DJe 07/03/2013)

Fala-se em “potencialidade de prejuízo” porque o direito à aposentadoria especial ou à contagem especial do tempo de serviço não está condicionado à prova do dano efetivo à saúde ou à integridade física do trabalhador, mas à “exposição” do segurado aos assim chamados “agentes nocivos”. Ao estabelecer os requisitos para a concessão o benefício, o § 4º do artigo 57 da Lei nº 8.213/1991 dispõe:

Art. 57. (...)

§ 4º. O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

O que caracteriza uma determinada atividade como especial e assegura a concessão do benefício, portanto, é a “exposição” do trabalhador aos “agentes nocivos”, independentemente dos malefícios que lhe sejam individual e concretamente causados. Assim, o segurado não precisa provar que perdeu parcial ou totalmente a capacidade auditiva para pleitear a aposentadoria especial: basta que comprove que esteve exposto a ruído excessivo no ambiente de trabalho.

Outra anotação importante é a de que o direito à aposentadoria especial tem como consectário a contagem especial do tempo de serviço. Como nem sempre o segurado desenvolve toda a sua vida laboral no mesmo ambiente ou atividade, ainda que tenha trabalhado apenas por certo período em condições adversas, este deve ser computado de forma qualificada para fins de concessão dos benefícios previdenciários.⁹

9 A possibilidade de conversão dos períodos de atividade especial em tempo de serviço comum está prevista no § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/1991. Para que se verifique qual o fator de conversão aplicável, divide-se, em cada caso, o número de anos previsto para a aposentadoria integral por tempo de contribuição (30 ou 35) pelo número de anos previsto para aposentadoria especial (15, 20 ou 25). A tabela de conversão pode ser encontrada no artigo 70 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº

Reforçando o que já foi dito, trata-se de aplicação do princípio da igualdade no âmbito da previdência social, de modo a dar tratamento jurídico desigual aos que se encontram em situação de desigualdade fática. Assim é que, ao vedar “a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social”, o constituinte se preocupou em ressaltar “os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (CR, art. 201, § 1º).

Note-se que tanto o texto constitucional quanto a lei ordinária, ao tratarem da aposentadoria especial, lançaram mão de termos que a doutrina nacional classifica como “conceitos indeterminados”, ou seja, aqueles cujo conteúdo deve ser buscado na linguagem comum: na definição do benefício faz-se referência às “atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, enquanto no estabelecimento dos requisitos para a sua concessão, exige-se a “exposição aos agentes nocivos”.

2.2. O direito à aposentadoria especial: enunciado normativo.

Resumindo o dispositivo que estabelece os requisitos ao direito à aposentadoria especial constante do § 4º do artigo 57 da Lei nº 8.213/1991 num enunciado normativo, este poderia ser formulado provisoriamente como:

3.048/1999).

Há quem entenda, contudo, que a Lei nº 9.711/1998 teria vedado a conversão dos períodos posteriores a 25/05/1998. Nesse sentido, cf., por todos, MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 363. Em sentido contrário, pela possibilidade de conversão de qualquer período, cf., por todos, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 332. A segunda posição já se consolidou nos Tribunais do país, com que o registro de posição adversa, hoje, é meramente histórico e fruto de uma leitura desatualizada e pouco sintonizada com os fins previstos na Constituição.

Em 23/03/2011, julgando o REsp 1.151.363/MG pela sistemática dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C), a Terceira Seção do STJ firmou entendimento de que continua sendo direito do segurado a conversão de atividade especial exercida em qualquer tempo.

(E1) *Se houver exposição a agentes nocivos, então, deve ser concedida a aposentadoria especial.*

Assim formulada e vista dentro do sistema previdenciário instituído no ordenamento jurídico brasileiro, esta norma consubstancia um direito subjetivo do segurado. É dizer, uma vez comprove que se encontra na situação prevista no antecedente da norma, surge para o indivíduo o direito a uma prestação e, para o Estado, o dever de prestar.



Já se disse, todavia, que a Constituição da República, ciosa do tratamento jurídico igualitário aos beneficiários do sistema de previdência social que instituiu, *veda* a utilização de critérios diferenciados de concessão de benefícios, permitindo-os apenas excepcionalmente. A natureza excepcional da norma em questão exige, assim, uma formulação restritiva da hipótese normativa, que resulta no enunciado:

(E2) *Se e somente se houver exposição a agentes nocivos, então, deve ser concedida a aposentadoria especial.*

É certo que esta proposição, considerada isoladamente, é insuficiente para a indicação de quais são as condições de sua aplicação e, como toda norma, deve ser submetida a interpretação.

No campo do consequente, “aposentadoria especial” é uma categoria cujo conteúdo depende de definição quanto ao tempo de serviço a ser cumprido, à carência a ser comprovada, à forma de cálculo do valor do benefício, enfim, trata-se de “expressão que sintetiza um conjunto de normas jurídicas”; assim também, dir-se-á que “concessão” é ato administrativo vinculado precedido de procedimento administrativo ou de processo judicial; tais expressões

estão situadas, no gênero dos “conceitos jurídicos”, entre as que se pode classificar como “*regulae juris*”; quanto a estas, não há maiores dificuldades: o aplicador/intérprete não teria senão a tarefa de buscar no ordenamento o conjunto de normas jurídicas que compõem o seu sentido.

2.3. A hipótese normativa do direito à aposentadoria especial: “exposição a agentes nocivos”.

Os problemas na interpretação do enunciado relativo ao direito à aposentadoria especial (E2) se apresentam, de verdade, no campo do antecedente ou da hipótese normativa: *Se e somente se houver exposição a agentes nocivos.*

De pronto, aparece para aquele que invoca a norma em seu favor, o segurado, o ônus argumentativo de demonstrar que os termos “exposição” e “agentes nocivos” tem como conteúdo algo que corresponda à sua situação. Com efeito, as noções de “agente nocivo” e de “exposição” não são extraídas do conjunto do ordenamento – como se faz com a de “aposentadoria especial” – devendo ser colhidas da realidade social no processo de interpretação/aplicação da norma.

Isole-se, por ser de importância secundária neste estudo, a valoração quanto ao tipo de “exposição” capaz de justificar a consequência prevista na norma, que se dirá ser aquela sofrida em caráter *permanente*, *não ocasional* e *não intermitente*.¹⁰ Tome-se por suficientes tais características.

Pode-se dizer, então, que a principal fonte de controvérsia restará na identificação do que é alcançado pela noção de “agentes nocivos” presente na hipótese normativa.

Partindo, portanto, unicamente do enunciado da norma que institui o direito à aposentadoria especial (E2), o intérprete teria um amplo espaço de indeterminação do conteúdo do termo “agentes nocivos” a ser preenchido de acordo com dados extraídos da realidade social. Contudo, há parâmetros de interpretação a serem observados seja pela Administração, seja pelo Poder Judiciário na aplicação da norma de concessão.

2.4. A relação de agentes nocivos definida pelo Poder Executivo.

Verifique-se, desde logo, o que dispõe o *caput* do artigo 58 da Lei nº 8.213/1991, em sua redação atualizada:

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

Uma primeira leitura do dispositivo, à luz do que já se examinou quanto à indeterminação ínsita ao termo “agentes nocivos”, permite extrair do texto um comando dirigido ao Poder Executivo: *defina* (investigue, elabore, publique) a relação de agentes nocivos para fins de concessão da aposentadoria especial.

Esta lista consta atualmente do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social.

Até então, o ônus argumentativo na construção de sentido da hipótese normativa era inteiramente daquele que invoca a aplicação da norma: o segurado. Não houvesse a determinação transcrita acima, caberia a ele demonstrar que situações estão cobertas pela noção encerrada no termo “agentes nocivos”.

Inicialmente, “agentes nocivos” poderiam ser vistos como um conjunto representado por *descrição*, sendo que para a identificação de cada um de seus elementos seria necessária a demonstração (pelo interessado) de que este (elemento) apresenta as propriedades do conjunto.

Daí que o *caput* do artigo 58 da Lei nº 8.213/1991 atribui ao Poder Executivo o dever de preencher o sentido do termo “agentes nocivos”; ao segurado não mais importa, por exemplo, a demonstração de que “iodo” integra o conjunto – este elemento já aparece de forma explícita numa representação por *enumeração*.¹¹

O dispositivo é dirigido, ainda, ao aplicador da norma de concessão; para este, seja a própria Administração, seja o Poder Judiciário, o dispositivo determina: *considerar* a relação de agentes nocivos a ser elaborada.

Se o comando contido no artigo 58, *caput*, se revela uma garantia para o segurado, aliviando o ônus argumentativo que lhe é imposto, a questão aqui é saber se é, em contrapartida, uma limitação às possibilidades de argumentação do postulante ao benefício. Conforme a resposta que se dê este problema, será possível extrair do dispositivo um de dois enunciados normativos:

10 Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, artigo 64, § 1º.

11 As duas principais formas de representação de um conjunto são a *enumeração* (listagem dos elementos) e a *descrição* (definição de uma propriedade). Por descrição, o conjunto dos “agentes nocivos” seria representado como {x|x é agente nocivo}; por enumeração, teríamos algo como {iodo, ruído, calor, frio, carvão mineral}. Ver MORTARI, César. *Introdução à lógica*. São Paulo: Unesp, 2001, p. 43.

E3: Se constar da “relação”, então, deve ser considerado agente nocivo; ou

E4: Se e somente se constar da “relação”, então, deve ser considerado agente nocivo.

O segundo enunciado (E4) pode, ainda, ser escrito na negativa (*Se não constar da relação, então, não deve ser considerado agente nocivo*), o que não pode ser feito com o primeiro (E3) sem reduzi-lo ao segundo.

Na doutrina e na jurisprudência esta discussão é posta em termos de qualificação da relação editada pelo Poder Executivo como um “rol exemplificativo” (E3) ou como um “rol exaustivo” (E4).¹²

O que se buscará demonstrar nos itens seguintes é que a relação de agentes nocivos constantes do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social é, necessariamente, um rol exemplificativo, ou não taxativo, das possibilidades de preenchimento de sentido do termo “agentes nocivos”.¹³

2.5. O caráter exemplificativo do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social.

Em sede doutrinária, a afirmação de que o rol estabelecido pelo Anexo IV do Regulamento da Previdência é exemplificativo costuma ser feita *en passant*, como algo dado,¹⁴ fazendo-se, quase sempre, referência ao enunciado da Súmula nº 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos.¹⁵

Nesse sentido, Aline Machado Weber parece ter razão quando afirma que a conclusão pela não exaustividade da relação constante do Regulamento tem sido adotada de forma acrítica, tão somente com base na autoridade do enunciado sumular, sem que se atente para o possível esgotamento das razões de decidir que levaram à sua edição.¹⁶

Disso não decorre, porém, a taxatividade da relação de agentes nocivos. O caráter exemplificativo, portanto, da relação decorre mesmo do fato de que o Poder Público não obteria, jamais, sucesso em elencar todos os elementos agressivos à saúde, sendo que o melhor é recorrer à razoabilidade conferida atualmente ao Judiciário, mormente em questões envolvendo direitos fundamentais do administrado – como ocorre com o tratamento de seu direito fundamental à saúde. Os fatores para que o rol não seja taxativo são os mais diversos: indo desde a impossibilidade de se prever todas as hipóteses até o fato de que o progresso científico submete a humanidade a maiores riscos à saúde.

2.5.1. A posição do STJ no caso da “eletricidade”.

Originalmente, a redação do artigo 58 da Lei nº 8.213/1991 previa a edição de uma “relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física” a ser disciplinada por lei específica. O artigo 152, por sua vez, estabelecia como regra de transição até a aprovação desta lei, a observância “da lista constante da legislação atualmente em vigor”.

A “lei específica” prevista jamais foi aprovada.

Com as alterações promovidas pela Lei nº 9.528/1997, a relação, agora de “agentes nocivos”, havia de ser definida pelo Poder Executivo. Assim, pelo menos até a edição do

12 Pode-se dizer, ainda, que em E3 haveria um sistema de *tipicidade aberta* e em E4 de *tipicidade fechada*. Para uma descrição dessas espécies de sistemas, cf. COMPARATO, Fábio Konder. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*, n. 558, p. 34.

13 Em sentido contrário, cf. WEBER, Aline Machado. A Súmula nº 198 do TFR em face do atual regramento da aposentadoria especial. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, dez. 2012.

14 Confira-se, por todos, MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 360.

15 A Súmula nº 198 do TFR dispunha: “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento.”

16 WEBER, Aline Machado. A Súmula nº 198 do TFR em face do atual regramento da aposentadoria especial. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, dez. 2012.

Decreto nº 2.172 de 05/03/1997,¹⁷ vigoraram as antigas listas constantes do quadro de agentes nocivos e ocupações “insalubres, perigosas e penosas” do Decreto nº 53.831/1964 e dos anexos I e II do Decreto nº 83.080/1979.

Este é o quadro em que se travou o debate no Superior Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de concessão de aposentadoria especial por exposição ao agente físico “eletricidade”.

É que a eletricidade constava do item 1.1.8 da lista de agentes nocivos do Decreto nº 53.831/1964, que estabelecia serem especiais os “serviços expostos a tensão superior a 250 volts”. Todavia, a relação constante do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto 2.172 de 05/03/1997 não incluiu a “eletricidade”, sendo que a omissão se manteve nas alterações que se seguiram.

Analisando a situação em julgamento de recurso pelo rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil (recursos repetitivos), o Superior Tribunal de Justiça firmou a posição de que continuava sendo possível a concessão de aposentadoria especial por exposição a eletricidade, vez que a relação de agentes nocivos é exemplificativa e não exaustiva.

Das razões de decidir daquele julgado, bem como dos precedentes citados, é possível extrair dois excertos relevantes ao presente estudo:

À luz da interpretação sistemática, *as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas*, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o tra-

balho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/1991). No caso concreto, o Tribunal de origem embasou-se em elementos técnicos (laudo pericial) e na legislação trabalhista para reputar como especial o trabalho exercido pelo recorrido, por consequência da exposição habitual à eletricidade, o que está de acordo com o entendimento fixado pelo STJ.¹⁸ (destaques nossos)

Consoante os precedentes desta Corte, *em que pese a presunção absoluta de especialidade* para o agente nocivo eletricidade se encerrasse com a edição do Decreto nº 2.172/1997, estando devidamente demonstrado por outros meios probantes o exercício do labor em condições especiais, é possível reconhecer a especialidade, ainda que seja em período laborado após o advento do referido decreto, porquanto o rol de atividades consideradas prejudiciais à saúde é meramente exemplificativo.¹⁹ (destaques nossos)

Destaque-se dos julgados, além da caracterização da relação de agentes nocivos como “exemplificativa”, o fato de que o Tribunal se refere à “presunção absoluta de especialidade” veiculada pela norma regulamentadora.

Tais destaques serão abordados a seguir à luz da ideia inicial de construção do enunciado da norma que estabelece o direito à aposentadoria com a utilização, pela lei, de um “conceito indeterminado” ou uma “categoria tipológica da realidade social”, qual seja, a de “agentes nocivos”.

2.5.2. Rol exemplificativo das possibilidades de sentido do conceito indeterminado “agentes nocivos”.

17 O Decreto nº 2.172 é de 05/03/1997, enquanto a Lei nº 9.528 é de 10/12/1997. Assim, há entendimentos no sentido de que, no que toca à relação de agentes nocivos, a eficácia do Decreto teria estado suspensa até o início da vigência da Lei.

18 STJ, REsp 1.306.113/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 14/11/2012, DJe 07/03/2013.

19 STJ, AgRg no REsp 1.168.455/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 12/06/2012, DJe 28/06/2012.

Como se sustentou inicialmente, é possível extrair do dispositivo legal que estabelece os requisitos da aposentadoria especial, uma norma que pode ser expressa no enunciado:

(E2) *Se e somente se houver exposição a agentes nocivos à saúde ou à integridade física, então, deve ser concedida a aposentadoria especial.*

Ressaltou-se a importância que tem no antecedente da norma a presença de um “conceito indeterminado”, neste caso representado pelo termo “agentes nocivos”.

Com base na doutrina, lembrou-se que um assim chamado “conceito indeterminado” só é jurídico enquanto parte de uma “previsão normativa”, já que o seu conteúdo é “extrajurídico”, ou seja, é o da “linguagem comum” e que neste aspecto reside a sua diferença em relação às “construções jurídicas”. Quando a lei fala em “propriedade”, “obrigação” ou “aposentadoria especial”, o sentido destas expressões é obtido a partir de um conjunto normativo. Já quando emprega termos como “urgência”, “relevância” ou “agentes nocivos”, está lidando com tipologias da realidade social.²⁰

Em continuidade, afirmou-se que a Lei nº 8.213/1991 remete o aplicador da norma de concessão (E2) à utilização da relação de agentes nocivos a ser editada pelo Poder Executivo. Este segundo enunciado normativo poderia ser formulado como: “se constar da ‘relação’, então, deve ser considerado agente nocivo” (E3), caso em que a “relação” seria um rol exemplificativo; ou como “se e somente se constar da ‘relação’, então, deve ser considerado agente nocivo”, caso em que seria um rol exaustivo (E4).

A Lei não disse expressamente uma coisa, nem outra.

Mas, a rigor, tomar a relação referida no *caput* do artigo 58 como um rol exaustivo

produziria uma mutilação significativa da norma de concessão, a qual, atendendo a um preceito constitucional, estabelece um direito subjetivo em favor do segurado.

Considerar a relação hoje constante do Anexo IV do Regulamento Previdência Social um rol exaustivo implicaria uma *alteração quantitativa* da norma que assegura o direito à aposentadoria especial: pode-se dizer que o “conjunto dos itens do Anexo IV” é um subconjunto do “conjunto dos agentes nocivos”, sendo este menor que aquele.

Mais relevante, considerar o Anexo IV uma relação exaustiva produziria uma *alteração qualitativa* da norma que institui o direito à aposentadoria especial; a hipótese normativa deixaria de ser expressa no antecedente “se e somente se houver exposição a agentes nocivos”, para ser reescrita como “se e somente se houver exposição aos agentes relacionados”; na primeira há um termo que expressa um dado da realidade social, com conteúdo extrajurídico; na segunda há uma categoria jurídica com conteúdo já definido em um conjunto de normas do ordenamento, *in casu*, a relação do Anexo IV.

Não é, por óbvio, que não fosse formalmente possível que a norma que institui o direito à aposentadoria especial fosse expressa com o recurso a uma “categoria jurídica”; mas o fato é que o constituinte e o legislador ordinário optaram pela utilização de “classificações tipológicas da realidade social” (“condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física” e “agentes nocivos”) e tal fato não deve ser desconsiderado pelo intérprete.²¹

20 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 197.

21 Nesse sentido, a discussão guarda relação com aquela que é travada quanto ao alcance da hipótese da norma constitucional que institui o direito ao benefício mensal no valor de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não tenha “meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (CR, art. 203, V). A Lei nº 8.742/1993 determinou que se “considere” ocorrido o fato descrito na hipótese normativa quando o postulante ao benefício tiver renda mensal familiar *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. No julgamento da ADIn 1.232/DF, o STF concluiu pela taxatividade

Estas observações exigem ressaltar que a aposentadoria especial é um direito subjetivo do segurado a ser exercido em face do Poder Executivo. Não parece coerente que, ao instituir esse direito, a definição, em abstrato, das hipóteses em que ele pode ser exercido, fosse deixada a cargo de quem tem o dever de prestá-lo, sem que possa ser revista pelo Poder Judiciário. Num exemplo, imagine-se que ao condicionar a desapropriação à “justa indenização” – outro “conceito indeterminado” – o legislador determinasse ao Poder Executivo a definição de uma relação de valores a ser observada nestes casos; dificilmente se poderia sustentar que tal norma consistisse uma vedação ao administrado de demonstrar, em juízo, a incorreção ou incompletude da relação.

2.5.3. Rol exemplificativo de “presunções legais”.

Afirmou-se que o comando mais evidente que se extrai do *caput* do artigo 58 da Lei nº 8.213/1991 é dirigido ao Poder Executivo, determinando a este que defina “a relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial”.

Do ponto de vista *formal*, esta relação se apresenta como um *rol exemplificativo*.

Sob o aspecto *material*, sustentou-se que a existência da lista tem a função de exonerar aquele que invoca a norma em seu favor do ônus argumentativo de demonstrar que a sua situação individual, considerada em abstrato, é alcançada pela carga semântica do

de do critério legal. O efeito vinculante da decisão seria reiteradamente desconsiderado pelos demais tribunais até que, no julgamento da Rcl 4.374/PE, o STF tomou o caminho exatamente oposto, entendendo, agora, que o critério é *inconstitucional* e determinando ao legislador que eleja outros critérios. Nas duas decisões parece não ter sido observado que a inconstitucionalidade não está no critério em si, mas na suposta *taxatividade* que lhe é atribuída. Escolhidos novos critérios pelo legislador ordinário, sempre será possível que se apresentem diante do aplicador/ intérprete situações que, não abarcadas pelas hipóteses legais, possam ser alcançadas pela hipótese constitucional.



termo utilizado na Lei.

Não existisse o Anexo IV do Regulamento da Previdência Social ou outro instrumento normativo equivalente, caberia ao segurado demonstrar ao aplicador da norma de concessão que determinada condição laboral (ruído excessivo, por exemplo) é alcançada pelo “conceito indeterminado” presente na hipótese (“agente nocivo”); o que, com a existência da lista, se torna desnecessário.

Esta limitação à interpretação a ser empreendida pelo aplicador, vinculando-o a uma valoração prévia, é feita pelo estabelecimento de uma *presunção legal*.

As *presunções*, como gênero, são ordinariamente definidas como a “dedução de um fato conhecido, com base na existência de um fato desconhecido”. Quanto à sua origem, conforme sejam estabelecidas pelo magistrado ou pelo legislador, são usualmente classificadas como *simples* (também chamadas de comuns ou *hominis*) ou *legais*.

A diferença de origem empresta aos dois institutos diferenças fundamentais. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acentua que “trata-se de fenômenos jurídicos totalmente distintos”. Pelo didatismo e utilidade ao presente estudo, vale a transcrição:

As *presunções legais* constituem técnicas para garantir determinados valores em situações específicas. Por um lado, consistem em mandados normativos – que obrigam o juiz a concluir de certa forma em presença de um fato ou estado de coisas – e não em um enunciado relativo a uma afirmação fática. Por outro, constituem regras e, assim, expressões da linguagem jurídica. Decorre dessas premissas que, nessa espécie de presunção, a conclusão do raciocínio desenvolvido pelo juiz não diz respeito a uma descrição ou a uma hipótese da realidade, mas consiste apenas na aplicação da norma jurídica, que conecta certas premissas a determinadas consequências.²²

Note-se que o dispositivo legal que estabelece uma regra de presunção busca proteger determinados valores, entregando à parte desfavorecida pela presunção um ônus argumentativo maior (presunções *iuris tantum*) ou mesmo a impedindo de descaracterizar o fato presumido (presunções *iuris et de iure*). Ainda segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tais valores podem ser *ideológicos*, garantindo interesses determinados, ou *técnicos*, buscando uma maior efetividade da prestação jurisdicional.

No caso da relação de agentes nocivos, pode-se afirmar que as duas espécies de valores são alcançadas. Protege-se um valor ideológico determinado – não impondo ao segurado o ônus de demonstrar, em cada caso, que o agente físico, químico ou biológico a que está exposto é prejudicial –, bem como a um valor técnico, conferindo eficácia prática à atuação da Administração Previdenciária e eficiência ao processo judicial.

Assim, cada item da relação constante do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social pode ser lido como uma norma

específica dirigida a quem tem a atribuição de conceder o benefício de aposentadoria especial, que poderia ser formulada como: *se x, tal que x é item do Anexo IV, então, deve ser presumida a nocividade*.²³

Observe-se que o fato de a norma estabelecer uma presunção pode ser mais uma evidência de que o rol constante da relação de agentes nocivos não é taxativo. É que, se a norma que estabelece a presunção legal busca proteger determinados valores, a sua interpretação não pode ser contrária à proteção destes valores.

Se as normas de presunção fossem formuladas como: *se e somente se x, tal que x é item do Anexo IV, então deve ser considerado agente nocivo*, ou como *se x, tal que x não é item do Anexo IV, então não deve ser considerado agente nocivo*, seria anulado o efeito protetivo da presunção.

É certo que na aplicação (embora não necessariamente na interpretação) a norma de concessão e a norma de presunção se amalgamam, formando um só comando, de modo que é sempre verdadeiro dizer que *se houver exposição aos agentes relacionados, então, deve ser concedida a aposentadoria especial*; tal se explica pelo fato de que, no estabelecimento de uma presunção legal, o fato presumido (a nocividade) passa à condição de pressuposto da norma de presunção, constituindo a sua *ratio legis*.²⁴

Dessa forma, a relação de agentes nocivos vigentes em cada época pode ser retratada como uma gaveta de carimbos, em que cada

22 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 36, n. 196, jun. 2011, p. 13-20.

23 Uma questão que se coloca, neste ponto, é se a presunção de “nocividade” que se extrai da relação de agentes nocivos é *absoluta* ou *relativa*. Por não interferir com as conclusões deste trabalho, esta controvérsia não será abordada. Anote-se, por oportuno, que a própria Administração reconhece como absolutas as presunções extraídas das relações existentes até 05/03/1997. A partir de então, discute-se, por exemplo, se o uso de equipamentos de proteção individual (EPI's) pode ser invocado pela Administração Previdenciária para descaracterizar a presunção legal.

24 Conferir MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A presunção e a prova*. Temas de Direito Processual – Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

item da lista é representado por um carimbo diferente; a cada dia de trabalho no período de vigência de tais listas o segurado tem o tempo de serviço “carimbado” pela presunção de especialidade; em 05/03/1997, retirou-se da “gaveta” o carimbo com o termo “eletricidade”; logo, um segurado que comprove que trabalhou durante vinte e cinco anos exposto a este agente físico terá todo o seu tempo de serviço até aquela data “marcado” pela presunção de especialidade; o tempo de serviço posterior não estará “carimbado”, mas nada impede este segurado de demonstrar a nocividade de tal agente físico e a exposição a ele e de obter a concessão da aposentadoria especial.

As observações feitas até aqui estão, portanto, em conformidade com as mencionadas decisões do Superior Tribunal de Justiça, quando este afirma que as relações de agentes nocivos editadas pelo Poder Executivo são exemplificativas²⁵ e que estabelecem presunções legais de especialidade (nocividade). É dizer, as normas de presunção servem sempre de veículo para a aplicação da norma de concessão, mas nada impede que esta seja aplicada sem a intermediação daquelas.

Feitas essas observações gerais quanto ao direito à aposentadoria especial, passa-se ao objeto de análise específica do presente ensaio, a saber, a caracterização da atividade especial por exposição ao agente nocivo “ruído”.

3. O agente nocivo “ruído”.

3.1. As alterações na norma regulamentar.

Na breve narrativa do tratamento legislativo da aposentadoria especial, feita ao tratar da “eletricidade”, mencionou-se que

até a edição do Decreto nº 2.172/1997, a relação de agentes nocivos era disciplinada por dois decretos, o de nº 53.831/1964 e o de nº 83.080/1979, sendo que se consolidou o entendimento de que as duas listas vigoraram de forma simultânea.

O Decreto nº 53.831/1964 determinava que se considerasse agente físico nocivo o “ruído acima de 80 decibéis”. Já o Decreto nº 83.080/1979 incluiu em sua relação o “ruído acima de 90 decibéis”. Como os dois decretos eram válidos e vigentes, a jurisprudência se consolidou no sentido de que deveria ser observado o limite máximo de 80 decibéis por ser a norma mais favorável ao segurado, posição que acabou sendo acatada mesmo em sede administrativa.²⁶

Por sua vez, na relação constante do Anexo IV do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997, constava entre os agentes físicos nocivos, mais uma vez, o “ruído acima de 90 decibéis”, de modo que ficou sendo observado o limite de 80 decibéis até 05/03/1997 e o de 90 decibéis a partir de então.

O Decreto nº 2.172/1997 seria revogado pelo Decreto nº 3.048/1999, que aprovou o atual Regulamento da Previdência Social, mantida, porém, a mesma previsão relativa ao ruído. Entretanto, em 18/11/2003, o Decreto de nº 4.882 modificou o limite de tolerância ao ruído para fins de caracterização da atividade especial, reduzindo-o para 85 decibéis.

Em sede administrativa, passou a ser deferida a aposentadoria especial ao segurado que comprove exposição a ruído superior a 80 decibéis até 05/03/1997; superior a 90 decibéis entre 06/03/1997 e 18/11/2003; e superior a 85 decibéis desde 19/11/2003.²⁷

No caso hipotético de um operário que tenha começado a trabalhar em 06/03/1980, se mantido no mesmo ambiente e exposto

25 A respeito confirmam-se os inúmeros julgados neste sentido, destacando-se a título de exemplo o AgRg no AREsp 87.252/RN, Sexta Turma, Relatora Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), j. 27/11/2012, DJe 05/12/2012.

26 Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10/10/2001, artigo 173.

27 Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06/08/2010, artigo 239.

continuamente a ruído de 89 decibéis, o seu tempo de serviço tem sido considerado especial até 05/03/1997, tem sido considerado comum entre 06/03/1997 e 18/11/2003 e, a partir de então, volta a ser considerado especial. A situação está longe de ser rara e, para além de causar estranheza, tem sérias repercussões na vida do trabalhador. Este operário, que completaria os requisitos para a aposentadoria especial em 06/03/2005, teria que trabalhar por mais, aproximadamente, 6 anos e 8 meses para ter direito ao benefício.²⁸

Diante desta situação um tanto paradoxal, a jurisprudência se dividiu.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais editou a Súmula de nº 32, inicialmente com o seguinte enunciado:

Súmula nº 32. O tempo de trabalho laborado com exposição a ruído é considerado especial, para fins de conversão em comum, nos seguintes níveis: superior a 80 decibéis, na vigência do Decreto nº 53.831/64 (1.1.6); superior a 90 decibéis, a partir de 5 de março de 1997, na vigência do Decreto nº 2.172/1997; superior a 85 decibéis, a partir da edição do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003.

No final de 2011, a própria TNU, contudo, reviu o seu posicionamento, passando a entender pela aplicação do limite de 85 decibéis constante do Decreto nº 4.882/2003 desde 05/03/1997, dando à Súmula nº 32 a seguinte redação:

O tempo de trabalho laborado com exposição a ruído é considerado especial, para fins de conversão em comum, nos seguintes níveis: superior a 80 decibéis, na vigência do Decreto nº 53.831/64 e, a

contar de 5 de março de 1997, superior a 85 decibéis, por força da edição do Decreto nº 4.882, de 18 de novembro de 2003, quando a Administração Pública reconheceu e declarou a nocividade à saúde de tal índice de ruído.²⁹

A controvérsia se reproduz nos tribunais regionais federais. Os tribunais da Quarta e da Quinta regiões têm se posicionado pela aplicação do limite de 85 decibéis a partir 06/03/1997. O Tribunal da Primeira Região tem aplicado o limite de 90 decibéis entre 06/03/1997 e 18/11/2003. Na Terceira Região, das quatro turmas especializadas em direito previdenciário, duas têm julgado pela aplicação do limite de 85 decibéis entre 06/03/1997 e 18/11/2003 e duas têm entendido que o limite neste período é o de 90 decibéis.³⁰ No

29 A Súmula em questão seria cancelada em 09/10/2013, após provimento, pelo STJ, de incidente de uniformização suscitado pelo INSS (Pet 9.059/RS, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 28/08/2013, DJE 09/09/2013).

30 Pela aplicação do limite de 90 decibéis: TRF1, AC 2006.38.14.005166-1/MG, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Néviton Guedes, j. 17/04/2013, e-DJF1 12/07/2013, p. 104; TRF1, AC 2007.33.04.017084-9/BA, Segunda Turma, Relator Juiz Federal Cleberson José da Rocha, j. 24/04/2013, e-DJF1 03/07/2013, p. 1449; TRF2, AC 2010.50.01.013324-1/RJ, Primeira Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Abel Gomes, j. 31/07/2012, e-DJF2R 17/08/2012, p. 97/98; TRF3, AC 0009149-93.2008.4.03.9999/SP, Nona Turma, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, j. 18/03/2013, e-DJF3 Judicial 1 20/03/2013; TRF3, AMS 0005645-07.2011.4.03.6109/SP, Oitava Turma, Relator Juiz Federal David Diniz, j. 12/08/2013, e-DJF3 Judicial 1 23/08/2013.

Pela aplicação do limite de 85 decibéis: TRF3, AC 0027281-62.2012.4.03.9999/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. 30/07/2013, e-DJF3 Judicial 1 07/08/2013; TRF3, AC 0002292-31.2003.4.03.6111/SP, Sétima Turma, Relatora Juíza Federal Giselle França, j. 27/06/2012, e-DJF3 Judicial 1 05/07/2012; TRF4, ApelReex 2005.71.01.000665-7/RS, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal Celso Kipper, j. 26/05/2010, D.E. 04/06/2010; TRF4, ApelReex 2003.71.00.073397-5/RS, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, j. 09/02/2010, D.E. 18/02/2010; TRF5, ApelReex 0003830-86.2012.4.05.8500/SE, Primeira Turma, Relatora Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta, j. 25/07/2013, DJE 01/08/2013, p. 258; TRF5, ApelReex 0000634-20.2012.4.05.8400/RN, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Marcelo Navarro, j. 20/06/2013, DJE 02/07/2013, p. 407; TRF5, REO

28 Há reflexos ainda mais frequentes na contagem especial do tempo de serviço para fins de concessão da aposentadoria por tempo de contribuição; sobre a conversão de tempo especial em comum para fins de concessão de outros benefícios previdenciários, que não a aposentadoria especial, confira-se a nota de nº 9.

TRF da Segunda Região, a discordância se verifica mesmo em julgados no interior de um mesmo órgão.³¹

As turmas especializadas em direito público do Superior Tribunal de Justiça vêm, homogeneamente, aplicando o limite de 90 decibéis no período em análise, determinando a exclusão da contagem especial do tempo de exposição a ruído entre 85 e 90 decibéis.³² Não raras vezes, assim procedeu sob a frágil argumentação da impossibilidade de aplicação retroativa das normas constantes do Decreto nº 4.882/2003 que estabeleceu o limite menor de 85 decibéis.³³

Já em sede doutrinária, costuma-se apenas registrar de passagem uma ou outra posição, sem análise mais detida acerca da controvérsia.³⁴ Indicaremos a seguir as razões pelas quais há que prevalecer a orientação que, para o período em disputa, deve prevalecer o limite de 85 decibéis para todo o lapso.

3.2. A aplicação do limite de 85 decibéis como interpretação mais favorável ao segurado (a solução *pro misero*).

Geralmente é utilizado o argumento de que o Decreto nº 4.882/2003, que teria estabelecido o limite de exposição ao ruído em 85 decibéis, deve ser aplicado de forma

retroativa por se tratar de interpretação mais favorável ao segurado.

Não se olvida que no caso de interpretações conflitantes da norma previdenciária deva prevalecer aquela que realize melhor o seu objetivo, primando-se pelo caráter protetivo da previdência social.

Embora o caso, porém, não pareça ser o de diferentes possibilidades de interpretação de uma norma, mas o de conflito aparente de normas no tempo, não há como se esconder que, mesmo nessa hipótese, é sustentável interpretação da aplicação ultra ou retroativa de forma mais favorável ao segurado, como veremos a seguir – mormente em situações em que a situação fática perpassa a existência de mais de uma norma aplicável à espécie.

Isso leva aos motivos do Superior Tribunal de Justiça para a aplicação do limite de 90 decibéis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003.

3.3. Aplicação do limite de 90 decibéis e a “irretroatividade da norma”.

O fundamento que vem embasando, de forma homogênea, os julgados das turmas especializadas do Superior Tribunal de Justiça é o da vedação genérica à aplicação retroativa das normas jurídicas e pode ser resumido no excerto abaixo transcrito:

Não é possível a atribuição de efeitos retroativos ao Dec. nº 4.882/2003 para fins de conversão de tempo de serviço comum em especial. Até a edição do Dec. nº 2.172/1997, era considerada especial a atividade exercida com exposição a ruídos superiores a 80 decibéis. Após essa data, o nível de ruído tido como prejudicial passou a ser superior a 90 decibéis. A partir do Dec. nº 4.882/2003, o limite de tolerância ao agente físico ruído foi reduzido para 85 decibéis. Nesse contexto, deve-se aplicar a lei vigente à época em que a atividade foi exercida para embasar o reconhecimento do tempo de serviço prestado sob condições especiais, em observância ao

000222-17.2010.4.05.8500/SE, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal José Eduardo de Melo Vilar Filho, j. 30/04/2013, DJE 02/05/2013, p. 211.

31 No julgamento da ApelReex 2012.50.06.001142-5/RJ, a Segunda Turma Especializada do TRF da 2ª Região considerou aplicável o limite de 90 decibéis, determinando a contagem comum do período em que um segurado esteve exposto a ruído de 87,28 decibéis; já na ApelReex 2011.50.01.002111-0/RJ, o mesmo órgão entendeu que o limite aplicável é o de 85 decibéis. Ambas as decisões colegiadas foram tomadas, por unanimidade, na sessão de julgamento de 22/05/2013.

32 Confira-se o AgRg no REsp 1.284.243/PR, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 18/09/2012, DJE 26/09/2012.

33 AgRg no REsp 1.371.711/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 27/08/2013, DJe 05/09/2013 e AgRg no REsp 1.381.224/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 18/06/2013, DJe 28/06/2013.

34 Confira-se, mais uma vez e por todos, MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 360.

princípio do *tempus regit actum*, não havendo como se atribuir, para isso, retroatividade à nova norma regulamentadora sem expressa previsão legal, sob pena de ofensa ao disposto no art. 6º da LINDB.³⁵

A validade da premissa utilizada nos julgados (*não é possível a aplicação retroativa do Decreto nº 4.882/2003*) não leva, necessariamente, à conclusão (*não é possível o reconhecimento de atividade especial por exposição a ruído superior a 85 decibéis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003*).

Como se verificou – em conformidade à jurisprudência do STJ – cada uma das “relações de agentes nocivos” constituem, a seu tempo, formalmente, *um rol exemplificativo* das possibilidades de preenchimento de sentido do termo “agentes nocivos”; e, materialmente, estabelecem *presunções legais* a serem observadas pelo aplicador da norma de concessão.

Observou-se, ainda, que nada impede que aquele que invoca a norma de concessão em seu favor se desincumba do ônus argumentativo de demonstrar o alcance do “conceito indeterminado” utilizado na hipótese normativa. Entender, ao contrário, pela taxatividade da relação de agentes nocivos, alteraria quantitativa e qualitativamente a norma que institui o direito à aposentadoria especial.

Assim, quando se fala em “irretroatividade da norma” no caso das relações de agentes nocivos, se está a falar de impossibilidade de retroação da presunção legal estabelecida por ela, já que esta (a presunção) é o único comando da norma regulamentar.

Aplicar a irretroatividade para afastar a possibilidade de reconhecimento da nocividade do ruído inferior a 90 decibéis no período de vigência do Decreto nº 2.172/1997 equivale a dizer que nos casos de exposição a ruído, *se e somente se houver exposição a ruído superior ao constante da relação, então, deve ser concedida a aposentadoria especial*, quando a norma em questão, rigorosamente, prescreve: *se houver exposição a ruído superior ao constante da relação, então, deve ser presumida a especialidade (nocividade)*.

3.4. O limite de ruído como presunção legal de especialidade (nocividade).

Assim, em coerência com o exposto até aqui e com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que: i) as relações constantes dos regulamentos são exemplificativas e não exaustivas; ii) tais relações veiculam presunções legais de especialidade; e iii) em matéria previdenciária, há que se observar a irretroatividade das normas (*tempus regit actum*) – por mais que essa premissa possa ser contestada pela natureza específica das normas concernentes a ramos dos direitos sociais, como é o caso dos direitos previdenciários, iremos admiti-la, para fins de ponderarmos no âmbito do que vem sendo decidido pelo STJ –, pode-se afirmar que:

- para os períodos anteriores a 05/03/1997, há *presunção legal de especialidade* das atividades exercidas com exposição a ruído igual ou superior a 80 decibéis;

- para o período de 06/03/1997 a 18/11/2003, há *presunção legal de especialidade* das atividades exercidas com exposição a ruído igual ou superior a 90 decibéis;

- para os períodos posteriores a 18/11/2003, há *presunção legal de especialidade* das atividades exercidas com exposição a ruído igual ou superior a 85 decibéis.

A ressalva que se faz tanto ao entendimento que vem sendo afirmado pelo STJ quanto à Súmula nº 32 da TNU é que, num e noutro caso, parece não se estar considerando

35 STJ, Informativo de Jurisprudência nº 514, de 20/03/2013, REsp 1.355.702/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 06/12/2012, DJe 19/12/2012.

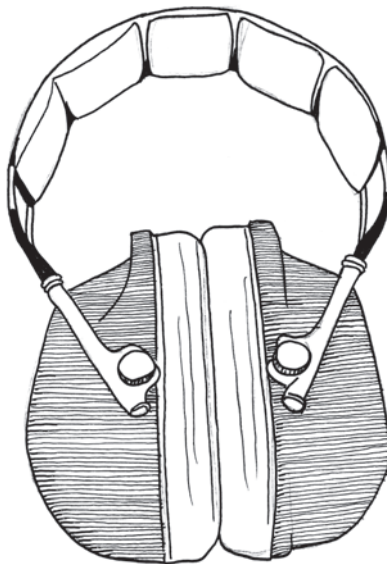
que a aplicação da norma de concessão do benefício não precisa, necessariamente, ser intermediada pela norma de presunção – o contrário do que, aliás, ficou assentado pelo STJ no caso da “eletricidade”.

Por considerarem indispensável a aplicação da norma de presunção, os julgados da TNU elevam ao *status* de norma a sua *ratio legis*, que neste caso é explicitada na forma descritiva do texto normativo. Já os julgados do STJ, em sentido contrário à jurisprudência firmada no caso da “eletricidade”, também têm considerado indispensável a aplicação dos decretos, reduzindo a hipótese da norma que assegura o direito ao benefício à da norma de presunção.

Tome-se uma vez mais, a imagem da norma de presunção como uma “marca” ou um “carimbo”, que é apostado a cada dia de trabalho do segurado: no caso da eletricidade o carimbo foi retirado da “gaveta”, já no caso do ruído, os carimbos foram sendo trocados sucessivamente.

Ao final de vinte e cinco anos de trabalho, aquele operário hipotético mencionado antes, que iniciou sua vida laboral em 06/03/1980 e esteve sempre exposto a ruído equivalente a 89 decibéis, terá todo o seu tempo de serviço, exceto o período de 06/03/1997 a 18/11/2003, “marcado” pela presunção de especialidade; para invocar a norma que lhe garante a aposentadoria especial terá, sempre, o ônus de comprovar que esteve exposto àquela condição; para o período de 06/03/1997 a 18/11/1997 terá o ônus adicional de demonstrar ao aplicador da norma, seja a Administração, seja o magistrado, que tal situação (ruído a 89 decibéis) integra o conteúdo do termo “agentes nocivos” presente na hipótese normativa, vez que não terá a seu favor a “intermediação” operada pela norma de presunção.

Como já referido, a existência da presunção exonera o segurado do ônus argumentativo de demonstrar que as situações previstas (em abstrato) na “relação” integram



a noção de “agente nocivo” constante da hipótese da norma que institui o direito à aposentadoria especial, mas não do ônus de comprovar a efetiva exposição (em concreto); é dizer, a norma de presunção exonera o segurado do encargo de demonstrar que aquilo a que alega estar exposto é “agente nocivo”, não o dispensa de comprovar que, de fato, está exposto.

Imagine-se um elemento químico *x* e que o segurado *S* trabalhou exposto a *x* durante 25 anos. A princípio, houvesse tão somente a norma de concessão (E2), *S* teria que demonstrar, num primeiro momento (lógico), que *x* é “agente nocivo” e, apenas conseguindo se desincumbir desta fase da argumentação, buscaria demonstrar, num segundo momento (lógico), que durante 25 anos de trabalho esteve efetivamente exposto a *x*; a existência de uma norma que, desde logo, considere *x* “agente nocivo”, o dispensa da primeira fase da argumentação, nunca da segunda.

Por fim, em coerência com a jurisprudência do STJ no sentido de que *tempus regit actum*, a efetiva exposição também é demonstrada de acordo com a norma vigente em cada período. Para os períodos em que era exigível tão somente a comprovação de

pertencimento a uma determinada categoria profissional, esta será a forma de demonstração da “exposição”.

3.5. A qualificação do ruído superior a 85 decibéis como “agente nocivo”.

Há diferenças, é certo, na atividade de interpretação da norma jurídica levada a efeito pelo seu aplicador, conforme se trate da Administração ou do Poder Judiciário.

Diante de uma série escalonada de normas infralegais veiculadas por ordens de serviços, portarias, instruções normativas e assim por diante, seria difícil sustentar que o diretor de uma agência do INSS está autorizado a buscar diretamente no texto constitucional ou na lei ordinária o sentido que deva ser conferido ao termo “agentes nocivos” para fins de concessão da aposentadoria especial. Trata-se de terreno do direito administrativo e das limitações impostas pela organização administrativa hierárquica.

Quando se fala, portanto, em possibilidade de aquele que invoca o direito à aposentadoria especial se desincumbir do duplo ônus argumentativo enfeixado na hipótese normativa (“*estar exposto*” a “*agentes nocivos*”), se tem em vista, fundamentalmente, o espaço comunicativo ensejado pelo processo judicial.

Um segurado que entenda haver trabalhado em exposição a “agentes nocivos físicos, químicos ou biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física” não previstos na relação definida pelo Poder Executivo tem contra si o obstáculo nada irrelevante de demonstrar que tal situação está incluída na hipótese da norma que assegura a aposentadoria especial.

Para Wladimir Novaes Martinez, nos casos em que “a lista ignore situações justificadoras de proteção” cabe “ampla prova do interessado” a ser produzida, geralmente, pelos sindicatos.³⁶ Em vez de “prova”, talvez fosse

mais exato, aqui, falar em demonstração, já que esta pode não se resumir à atividade probatória.

O segurado cuja situação não se encontra prevista na norma de presunção poderia lançar mão, por exemplo, de dados disponibilizados por instituições oficiais e reconhecidas, estudos procedidos por órgãos técnicos ou mesmo, individual ou coletivamente, produzir tais estudos com vistas ao convencimento do magistrado.

O fato, porém, é que no caso do ruído superior a 85 decibéis este conjunto de informações já existe.

Com efeito, a Portaria nº 3.214 do Ministério do Trabalho, de 08/06/1978, conhecida pela sigla da norma regulamentar que aprovou (NR-15), já estabelecia o limite de ruído de 85 decibéis como o máximo tolerável para uma jornada de 8 horas diárias.³⁷ Esta é, ainda, a conclusão do procedimento técnico constante da Norma de Higiene Ocupacional – NHO 01, elaborado pela Fundacentro, entidade integrante da estrutura do Ministério do Trabalho.³⁸

Ainda mais. A própria existência fática de um instrumento normativo superveniente que inclui o ruído superior a 85 decibéis numa relação de agentes nocivos para fins de aposentadoria especial é um dado suficiente para que se tenha por demonstrado que esta situação se encontra alcançada pela noção de “agentes nocivos” constante da norma de concessão.

É dizer, para aquele que, havendo trabalhado em exposição a ruído superior a 85 decibéis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, invoca o direito à aposentadoria

36 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial*. São Paulo: LTr, 2006, p. 36.

37 Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DF396CA012E0017BB3208E8/NR-15%20\(atualizada_2011\).pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DF396CA012E0017BB3208E8/NR-15%20(atualizada_2011).pdf)>. Acesso em: 30 jan. 2015.

38 Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br/biblioteca/normas-de-higiene-ocupacional/publicacao/detalhe/2012/9/nho-01-procedimento-tecnico-avaliacao-da-exposicao-ocupacional-ao-ruído>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

especial, não há, rigorosamente, necessidade de intermediação da norma de presunção.

Como já se podia estabelecer que o conteúdo do termo “agentes nocivos” inclui “ruído superior a 85 decibéis”, a existência de uma norma estabelecendo a presunção de nocividade do ruído superior a 90 decibéis tornou-se irrelevante ou, ainda, materialmente ineficaz, já que esta presunção legal é, a rigor, desnecessária para que se conclua pela especialidade (nocividade).³⁹

Cumprе ressaltar que não se trata de aplicação da norma trabalhista à relação previdenciária ou de se considerar agente nocivo o ruído superior a 85 decibéis “por força da edição do Decreto nº 4.882/2003” como constava da redação da Súmula nº 32 da TNU.

A norma, seja trabalhista, seja previdenciária, não estabelece o que é “ruído excessivo”; o texto normativo (que não se confunde com a norma) descreve um estado ideal de coisas para com isso veicular uma prescrição; na norma trabalhista, este comando é dirigido ao empregador (*mantenha* o ambiente ocupacional livre de ruídos superiores a 85 decibéis); na norma previdenciária, estabelece uma presunção de especialidade a ser observada pelo aplicador/intérprete da norma de concessão da aposentadoria especial.

Ressalte-se, ainda, que ao passar de 80 para 90 decibéis, reconsiderando, posteriormente, para 85 decibéis, houve uma elevação completamente despropositada com a natureza técnica do ruído – afinal uma elevação de 10 decibéis não é algo tecnicamente desprezível –, o que foi reconsiderado e colocado em perspectiva com as mais diversas normas técnicas a respeito do tema.

Aliás, em se tratando de um dado técnico, não há razões para as disparidades

já indicadas nos diversos instrumentos que foram utilizados para indicar a agressão à saúde pelo ruído – sendo razoável que, para o homem médio, seja considerada a sonoridade que vem sendo tida, de forma geral e com base em dados técnicos, para os trabalhadores nas demais normas antes apontadas (e que foi, devidamente, retomada pela própria previdência social para os tempos atuais).

Nada impede, porém, que as razões do legislador regulamentar sejam aproveitadas pelo magistrado (ou pela Administração, quando haja competência) para formar as suas próprias razões de decidir; e isso se dará por uma interpretação da norma de concessão que leve em conta o alcance da “categoria tipológica da realidade social” que consta da hipótese normativa, não pela aplicação da norma de presunção.

O que se está a sustentar, em conclusão, é que há acúmulo de informações técnicas, oficiais e públicas – utilizadas, inclusive, como *ratio legis* dos instrumentos normativos mencionados – suficientes para que se considere demonstrado que “ruído superior a 85 decibéis” integra o conteúdo de “agentes nocivos” e que isso faz com que a intermediação da norma de presunção seja desnecessária à aplicação da norma de concessão da aposentadoria especial ou à contagem especial do tempo de serviço no período analisado.

4. Considerações conclusivas.

Como se observou a princípio, diante de um texto normativo que utiliza termos que expressam “categorias tipológicas da realidade social”, o intérprete tem sempre a tarefa de construir ou reconstruir o sentido de tais expressões com base nos dados colhidos dessa mesma realidade. É assim com a noção de “agentes nocivos” presente na hipótese normativa do direito à aposentadoria especial.

Ainda que a norma regulamentar “antecepe” um rol de sentidos possíveis do “conceito indeterminado” utilizado na norma legal, em

³⁹ Ou, ainda, sendo desde logo possível a identificação deste elemento do conjunto “agentes nocivos” representado por descrição, pouco importa que ele não conste do subconjunto “itens do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social”, representado por enumeração.

se tratando do estabelecimento de um direito subjetivo do segurado, ela não tem o condão de restringir a hipótese normativa desta. Assim é que, no caso do direito à aposentadoria especial, a relação de agentes nocivos constante do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social constitui um rol exemplificativo, que tem a eficácia de estabelecer uma presunção legal em favor do segurado.

A existência da presunção legal não exclui a possibilidade de que existam situações acobertadas pela norma de concessão que não constem da norma de presunção; é assim, por exemplo, com a exposição a “eletricidade” desde 06/03/1997; é assim, igualmente, com a exposição a ruído entre 85 e 90 decibéis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003.

Quando se diz, portanto, que o segurado que esteve exposto a ruído superior a 85 decibéis no período de 06/03/1997 a 18/11/2003 tem direito ao cômputo especial do tempo de serviço, essa conclusão deve

ser tomada não pela eficácia retroativa do Decreto nº 4.882/2003; não se trata, ainda, de invalidar a norma veiculada no Decreto nº 2.172/1997, já que esta tão somente estabelece uma presunção que, enquanto tal, tornou-se desnecessária ou, como se sustenta, materialmente ineficaz; tampouco se trata de reconhecer uma suposta eficácia declaratória da norma que “constatou” a nocividade: não é a norma que constata a realidade social, mas o seu intérprete.

Afinal, existem informações técnicas, oficiais e públicas – utilizadas, inclusive, como *ratio legis* das normas regulamentares – suficientes para que o intérprete conclua que a “exposição a ruído superior a 85 decibéis” integra o antecedente da norma que exige “exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde” e isso basta para a concessão da aposentadoria especial e para o cômputo especial do tempo de serviço no período de 06/03/1997 a 18/11/2003.

5. Referências.

- ASCARELLI, Túlio. Norma giuridica e realtà sociale. *Rivista di Dottrina e di Giurisprudenza*, anno I, n. 10, 1955.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. Direito de recesso de acionista de sociedade anônima. *Revista dos Tribunais*, n. 558, p. 34.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Que fazer. In: ANDRADE, José Maria Arruda de; COSTA, José Augusto Fontoura; MATSUO, Alexandra Mery Anderson. *Direito: teoria e experiência – homenagem a Eros Grau*. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FREUDENTHAL, Sergio Pardal. A aposentadoria especial e o vigor dos decretos. *Revista de Previdência Social*, v. 36, n. 384, nov. 2012, p. 893-898.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria especial*. São Paulo: LTr, 2006.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus Jurídico, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A presunção e a prova*. Temas de Direito Processual – Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MORTARI, César. *Introdução à lógica*. São Paulo: Unesp, 2001.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 36, n. 196, jun. 2011, p. 13-20.
- REIMBRECHT, Elsa Fernanda; DOMINGUES, Gabriele de Souza. A correlação entre tempo e níveis de exposição do agente ruído para caracterização da atividade especial. *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTr, v. 35, n. 371, out. 2011, p. 909-917.
- ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR., José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social: Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- WEBER, Aline Machado. A Súmula nº 198 do TFR em face do atual regramento da aposentadoria especial. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 142, dez. 2012.