

DA VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DA APOSENTADORIA ESPECIAL POR FALTA DE COMPROVAÇÃO PELO SEGURADO DE PROVA LEGALMENTE IMPUTADA AO EMPREGADOR: UMA MIOPIA NA EFETIVAÇÃO DO CUSTEIO DE ATIVIDADES DE RISCO

FROM THE VIOLATION TO THE FUNDAMENTAL RIGHT OF SPECIAL RETIREMENT FOR LACK OF PROOF BY EVIDENCE INSURER LEGALLY IMPUTED TO EMPLOYER: A MIOPIA IN THE EFFECTIVENESS OF THE COST OF RISK ACTIVITIES

Thiago Luiz Amério Ney Almeida¹
Saulo Bichara Mendonça²

RESUMO

Apesar das sanções regulamentares existentes, observa-se a prática da sonegação de informações laborais por parte de alguns empregadores, dados que, se apresentados regularmente majorariam o custo com tributo previdenciário financiador das atividades de risco, ocasionando sanção em pessoa diversa, qual seja, a perda, por falta de provas, da aposentadoria especial do empregado. Ocorre que, para além do prejuízo fiscal do Estado, a conduta sonegadora viola a concretização de direito fundamental garantido constitucionalmente a cidadãos trabalhadores, sendo ainda agasalhada pelo Estado juiz que exige do segurado prova essencial de terceiro interessado na relação (empregador), negando o benefício por falta de provas. Acolhe-se como metodologizada presente pesquisa a análise teórica, lógica-dedutiva, a partir de preceitos da teoria dos jogos de Nash aplicáveis na ótica jurídica/econômica e das sanções positivas de Bobbio, a investigação qualitativa jurisprudencial objetivando colaborar na busca de soluções jurídicas para estimular condutas sociais que garantam mutuamente direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal.

Palavras-chave: A concretização da aposentadoria especial. Sonegação. Análise jurisprudencial. Teoria dos jogos. Sanções positivas.

¹Professor do curso de direito da Campanha Nacional de Escolas da Comunidade - Faculdade CNEC de Rio das Ostras/RJ. Mestrando em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO, na linha Estado, Constituição e Políticas Públicas. Graduado pela Universidade Federal Fluminense. Coordenador da Comissão OAB JOVEM da 15ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/RJ. Conselheiro Municipal afastado representante da OAB no Conselho Municipal do Meio Ambiente - COMMADS - Macaé/RJ. Concluinte do programa de residência jurídica pela Defensoria Pública do Estado do RJ. Pós-Graduado em Direito Previdenciário e em Direito Tributário. Advogado na sociedade Amério e Almeida & Advogados Associados. Email: thiago_amerio@id.uff.br

²Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho, Especialista em Direito Público e Relações Privadas e Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito de Campos. Professor Adjunto na Universidade Federal Fluminense. Email: saulobmendonca@live.com

ABSTRACT

In spite of the existing regulatory sanctions, it is observed the practice of the voluntary omission of labor information by some employers, data that, if presented regularly, would increase the cost with social security tax of the activities of risk, causing a sanction in other people, which is, the loss, due to lack of proof, special employee retirement. In addition to the tax loss of the State, the humiliating conduct violates the realization of a fundamental right constitutionally guaranteed to working citizens, and is still wrapped up by the state judge that requires the insured to prove essential third party interested in the relationship (employer), denying the benefit for lack of evidence. The methodology of the present research is based on the theoretical, deductive-logic analysis, based on the precepts of Nash game theory applicable in the legal/economic perspective and the positive sanctions of Bobbio the qualitative research jurisprudential aiming to collaborate in the search of legal solutions to stimulate social conducts that mutually guarantee fundamental rights recognized by the Federal Constitution.

Keywords: Concrete of special retirement. Evasion. Jurisprudential analysis. Theory of games. Positive sanctions.

Introdução

A aposentadoria é direito social fundamental do cidadão, conforme garante o art. 6º, XXIV da Constituição Federal de 1998 e no Estado Democrático de Direito, inaugurado com a citada carta política, os direitos e garantias fundamentais, em especial, as aposentadorias, deveriam ter aplicação imediata.

Contudo, apesar da força normativa constitucional para a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, a aposentadoria, especificamente, a especial, não é plenamente efetivada, situação que representa objeto deste artigo de natureza empírica.

A aposentadoria especial para desenvolver-se sustentavelmente, ou para a relação de custeio previdenciária, precisa contar com o equilíbrio atuarial e financeiro, depende de sua respectiva fonte de arrecadação, com prerrogativa tributária, chamada de contribuições previdenciárias.

Ainda é dever do requerente comprovar a efetiva exposição de agente nocivo à saúde para justificar a concessão do benefício em tela, e, exige-se que ele faça isso por meio de prova a ser proporcionada pelo empregador.

Ocorre que, a fixação das alíquotas das contribuições previdenciárias, especificamente, para financiamento da aposentadoria especial, é diretamente proporcional ao grau de risco da atividade do empregado, que é declarada pelo empregador.

Noutros termos, maior será a tributação imposta ao empregador tanto quanto maior é o risco da atividade realizada pelo empregado, e esse risco, materializado pela exposição habitual e contínua ao agente nocivo à saúde, em tese, geraria o direito à aposentadoria especial, posto que precisa ser comprovado por documento administrativo específico, vale dizer, PPP – Perfil Profissiográfico Previdenciário.

Desta feita, a comprovação dos requisitos para a concessão da aposentadoria especial ocorre pela entrega do PPP, que demonstre os riscos ambientais e os agentes nocivos à saúde, cujo preenchimento é de encargo legal do empregador.

Contudo, a confecção do PPP não pressupõe a efetiva participação do trabalhador, fato que inspira o presente estudo, posto que ao empregado não é dado o direito de contraditá-lo, e, tampouco há uma análise contemporânea ou prévia por parte dos órgãos fiscalizadores da relação de trabalho ou previdenciária, ocorrendo somente o conhecimento do referido no momento da concessão da aposentadoria. Ressalta-se que o referido PPP é elaborado por engenheiro de segurança e/ou médico do trabalho contratado pelo próprio empregador, o que naturalmente permite verificar a existência de um conflito de interesses e ausência de imparcialidade para constatação da realidade laborativa.

Neste diapasão, percebe-se na prática forense, incontáveis casos em que há faltas ou falhas no preenchimento do PPP pelo empregador, o que permitiria eventual manipulação de informação da existência dos fatores de risco, visto serem causas que majoram o encargo tributário.

Esse ato do empregador pode dar azo à ilícita desoneração tributária, ao diminuir a receita previdenciária, além de prejudicar o cidadão trabalhador no momento da concessão do benefício previdenciário em tela, que seria indeferido por falta de comprovação dos requisitos para concessão da aposentadoria especial.

Ao final deste estudo, tal fato poderá ser classificado como um pretense objeto de análise e considerações por parte do Poder Legislativo, no sentido de sanar a omissão regulatória, fomentando o anseio por normas de caráter eficiente que estimulem comportamentos cooperativos.

Procuraremos responder o porquê, a despeito das sanções existentes, da sonegação do financiamento de contribuições previdenciárias para custear atividade de risco pelo empregador pode ocasionar a violação ao direito fundamental social da aposentadoria especial do empregado.

Objetiva-se, pela metodologia adotada, perquirir se seria justificável a atitude do empregador que não retrata a realidade laboral de seu empregado, verificando se na regra do jogo atual, não existiriam soluções para estimular a concretização do direito fundamental social da aposentadoria especial do empregado em conjunto com o dever tributário do empregador.

O presente trabalho justifica-se pela necessidade de discutir objetivamente a questão posta, visando contribuir para as estipulações de condições, no ordenamento jurídico, que efetivem os direitos fundamentais previstos. Para isso é preciso alinhar os interesses do Estado e da Sociedade, essa última com visões distintas de interesses antagônicos representados pelos agentes da relação do trabalho, social e empresarial.

A pesquisa será direcionada por uma reflexão teórica, a partir de extratos da teoria dos jogos no enfoque jurídico e econômico, da relação do trabalho, sociais e empresariais através do comportamento de seus personagens envolvidos, do empregador, do empregado e do Estado administrador e seus prepostos, que servirá de fundamento para interpretação de decisões judiciais consolidadas a partir de relações concretas, especificamente de julgados do ano de 2017 exarados pelo Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais vinculadas ao Tribunal Regional da 2ª Região, que serão conflitadas com as revisões bibliográficas específicas realizadas, em método lógico-dedutivo das sanções positivas elucidadas por Bobbio perquirindo as possíveis razões que influenciariam o comportamento apontado da relação complexa acima.

Assim, seria possível encontrar razões teóricas, que expliquem a atuação do empregador que ao mesmo tempo que sonega informações por questões tributárias, nega o gozo de direito previdenciário alheio, para em sentido diverso, encontrar soluções práticas que estimulem condutas sob o prisma do Ótimo de Pareto³, para conciliar interesses econômicos sem violar direitos sociais.

³Segundo a teoria do ótimo de Pareto, o que é produzido numa economia deve ser distribuído de forma eficiente pelos agentes econômicos, tornando desnecessárias mais trocas, evitando a chamada taxa marginal de substituição. Assim, quando for possível produzir mais de um tipo de bem sem reduzir a produção de outros, será encontrada a curva de possibilidade de produção eficiente; para tanto, os bens produzidos numa economia precisam refletir as preferências dos agentes econômicos, para que se alcance um sistema de concorrência perfeito. Ou seja, uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se for possível melhorar a situação de um agente sem degradar a situação de qualquer outro agente econômico. Acredita-se que tal critério, não obstante ter seu valor teórico e científico, se encontra em patamar de difícil alcance prático, dada a quantidade de variáveis que se precisa enfrentar em cada segmento, o que, paradoxalmente, o torna pouco eficiente.

1 CUSTEIO DA APOSENTADORIA ESPECIAL AO INDEFERIMENTO

A aposentadoria é um direito social fundamental (CASTRO e LAZZARI, p. 121, 2017) do cidadão, servindo para cobrir o risco social da impossibilidade de continuidade de exercício trabalho, em regra, pela idade avançada ou pela saúde debilitada.

Dentre as diversas modalidades de aposentadoria, existe a especial, entendida como o benefício que visa garantir ao segurado uma compensação especial pelo desgaste resultante do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à sua saúde e integridade física permitindo a aposentadoria, em menor tempo de contribuição com 15, 20 ou 25 anos. (CASTRO e LAZZARI, p. 461, 2017)

1.1 A aposentadoria especial e as contribuições sociais de custeio

Em razão da relevância da matéria, a aposentadoria especial tem status constitucional. o art. 201, § 1º da Carta Magna que preleciona:

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 e integridade física.

A razão de ser desta ressalva gravada pelo constituinte é o reconhecimento de que existem algumas atividades dignas de especial atenção em virtude de serem exercidas em condições prejudiciais pela exposição de agentes nocivos de natureza química, física, biológica que, conseqüentemente, geram a perda de qualidade de vida (saúde e integridade física) dos afetados.

Apesar de preexistir no campo da previdência social, a sustentabilidade da relação de benefícios pela rede de financiamento, consoante art. 195, § 5º da CF, eis que só se cria, majora, ou estende benefício com a respectiva fonte de custeio, foi a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 20/1998, com a nova redação do Art. 201 da Constituição Federal (CF), famosa por estipular a reforma administrativa brasileira para atingir a eficiência, que o Estado brasileiro aumentou a importância dada aos critérios que garantam o equilíbrio financeiro e atuarial.

Neste diapasão, a contribuição necessária para o financiamento da aposentadoria especial ganhou espaço constitucional ao estabelecer, também com a EC nº20/1998, a possibilidade de contribuição social, pelo empregador ou equiparado, com alíquota diferenciada pela atividade econômica e da utilização de mão-de-obra e, posteriormente, com

a EC nº47/2005 do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho, conforme art. 195, I, § 9º.

Logicamente, pela análise constitucional o empregador que detivesse atividade de maior grau de risco, pagaria, proporcionalmente maior tributo.

Desta feita, estabelecida a matriz constitucional caberia a legislação infraconstitucional estabelecer o regramento específico, a fim de alcançar a justiça sob medida e efetivar a igualdade particular(ÁVILA, p. 83, 2015).

Analisaremos, em síntese, as normas que culminaram na necessidade de efetiva comprovação pelo segurado do agente nocivo através de documento único e a consequência deste para a tributação.

1.2 Danecessidade de efetiva comprovação pelo segurado da exposição do agente nocivo para concessão da aposentadoria especial

Não é objeto deste estudo fazer profunda retrospectiva do marco legal que culminou na necessidade de comprovação do agente nocivo à saúde para concessão da aposentadoria especial.

Ressalta-se, apenas, que no início do procedimento para concessão da aposentadoria especial, inaugurado pela Lei 3.807/60, a Lei Orgânica da Previdência Social, a forma de comprovação das condições prejudiciais à saúde era regulada por quadro anexo em decreto regulamentador (Decreto Federal 53831/64 e Decreto Federal 83.080/1979)do poder executivo. Havia a atribuição de rol de agentes químicos, físicos e biológicos, assim como determinadas atividades presumivelmente consideradas como especiais, por violadores da saúde.

Neste sentido, havia presunção relativa de que a categoria profissional e a presença de agentes nocivos, seriam consideradas como especiais, exceto se prova ao contrário. Noutros termos, não se fazia necessário comprovar a efetiva exposição aos agentes nocivos.

Contudo, por mudanças alinhadas a política governamental federal liberal à época e a busca pelo equilíbrio atuarial atrelado a eficiência administrativa, a partir de 1995, em especial pela Lei 9.032/95, publicada em 29/04/1995, houve a extinção da presunção do risco, necessitando-se, desde então, instituindo a redação do art. 57, § 6º da Lei Geral de Benefícios da “comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), do

tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado”.

E, então, após diversos regulamentos e formulários distintos, e, com certeza, bastante insegurança jurídica, houve a padronização, pela Lei nº 9.528/1997, instituidora do perfil profissiográfico profissional, que no art. 58, § 4º da Lei Geral de Benefício, a empresa deveria “elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador”.

1.2.1 Da obrigação legal de emissão do PPP e da confissão do risco que majora a tributação

A empregadora ou seu preposto é a pessoa responsável pelo preenchimento do PPP, conforme cristalina norma prevista no art. 58, § 1º da Lei 8.213/1991, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho firmado por engenheiro ou médico do trabalho.

O problema não é preencher, mas a origem das fontes de custeio da aposentadoria especial. Pois bem, existem duas fontes específicas.

A primeira, geral, prevista na parte inicial do art. 57 § 6º da Lei Geral de Benefícios (LGB), Lei 8213/1991 que remete ao art. 22, II da Lei Geral de Custeio (LGC), Lei 8.212/1991, denominadas como alíquotas SAT (seguro de acidente de trabalho), atualmente, melhor denominada como contribuição previdenciária baseada pelo “RAT” (riscos ambientais de trabalho). Geral porque é aplicada sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês de acordo com o grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, classificados pelo risco da atividade preponderante, leve, médio e grave, variando de 1% a 3 %.

Além disso, houve mudanças legislativas flexibilizadoras, como a Lei 10.666/2003 que possibilitou a redução ou majoração das alíquotas SAT através de fator acidentário de prevenção (FAP), que em resumo seria um multiplicador capaz de reduzir à metade ou ao dobro a alíquota.

A segunda, específica, prevista na parte final do art. 57 § 6º e §7º da LGB com acréscimo de alíquotas em doze, nove ou seis pontos percentuais conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição. Específica porque incidente exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais.

Embora permeado por discussões acerca da constitucionalidade da alíquota SAT e da legalidade das normas que regulamentam os critérios para risco leve, médio e grave, que determinam a alíquota adotada, conveniente para o objeto do presente estudo apenas demonstrar que a alíquota tributária para custeio da aposentadoria especial é diretamente proporcional ao grau de risco demonstrado pela empresa na atividade preponderantemente exercida por seus trabalhadores (empregados ou trabalhadores avulsos). E isso aumenta as despesas tributárias.

O problema, ao segurado, é que a demonstração do risco, além de gerar a corresponsabilidade social pela responsabilidade tributária do empregador, também é condição essencial para a concessão pelo empregado da aposentadoria especial. Isso gera um comportamento tendente a diminuição da demonstração do risco por parte do empregador para economizar o custo tributário ao mesmo tempo em que se retira do empregado a prova essencial para comprovar o direito à aposentadoria especial.

E ao contrário da regra clássica processualista de que o ônus da prova caberia ao autor que deve constituir o próprio direito, neste caso o ônus da prova é do empregado, sem plena condição material de constituir seu direito, vez que o documento exigente pelo Estado para comprovação dos requisitos da aposentadoria especial é confeccionado, exclusivamente, por terceiro interessado, seu empregador.

1.2.2 Das sanções repressivas existentes para regularidade de emissão do PPP

Conforme observado, é obrigação legal do empregador ou de seu preposto preencher adequadamente o PPP, que servirá para comprovar a exposição de agentes nocivos pelo empregado, sob pena de sanções repressivas, administrativas e criminas.

Há sanção administrativa (art. 58, § 3º cumulado com 133 da Lei 8.213/1991) em caso de emissão de documento de “comprovação efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo”.

Ademais, o PPP com informações falsas (ou sem todas as verdadeiras) é crime, como lembra a própria Instrução Normativa do INSS 77/2015 (art. 264, § 4º), por falsidade ideológica (art. 299 do CP), falsificação de documento público (art. 297 do CP) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, I do CP) se o resultado pretendido é omitir informações para reduzir contribuição social previdenciária. Em concurso material as penas máximas chegam a 12 anos de reclusão.

Contudo, as sanções repressivas já existentes não são suficientes para promover o comportamento honesto, no sentido do empregador retratar a realidade laboral do empregado, conforme se detalhará.

Nesta toada, sem contestar a confecção de PPP com elementos indicativos de riscos diferentes da realidade, que demandaria prova pericial, para exemplificar o comportamento dos personagens envolvidos nesta relação, focaremos no simples preenchimento incompleto das informações previdenciárias e o seu resultado em processo judicial concreto.

1.3 Da análise de decisões concretas do ano de 2017 quando da incompletude do PPP

A investigação ocorre pela pesquisa jurisprudencial, especificamente de julgados do ano de 2017, exarados pelo Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais vinculadas ao Tribunal Regional da 2ª Região, com a palavra-chave “PPP incompleto”.

O recorte do tempo, do espaço, e da área especial ocorreu pela contemporaneidade, especialidade e conveniência da justiça especial federal para processar e julgar as ações envolvendo a concessão de aposentadoria especial, vez que a competência dos juizados federais é absoluta para até 60 salários mínimos⁴, sendo que 82,93%⁵ dos beneficiários recebem até dois salários mínimos por mês, portanto concentrando majoritária parte dos requerentes.

Analisaremos trechos das decisões colegiadas que demonstram a posição jurisprudencial de desconsiderar a atividade nociva do empregado, por erro ou incompletude no preenchimento por parte do empregador do PPP.

A título didático, separamos partes dos votos de decisões colegiadas que fundamentam o indeferimento do direito à aposentadoria especial quando o PPP está incompleto, com vícios formais, por responsabilidade exclusiva do empregador de decisões paradigmas de metade das turmas recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, no total de 8 (oito) Turmas Recursais.

⁴Utiliza-se, como valor da causa, doze vezes o valor do benefício. Ou seja, se pretende-se judicialmente o benefício de 02 salários mínimos, o valor da causa seria de 24 salários e, portanto, dentro da competência do juizado especial federal, limitado a 60 salários mínimos.

⁵ Segundo relatório do boletim estatístico da previdência social de dezembro de 2016.

Vejamos, o referido caso concreto no julgado da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro no Recurso Inominado nº 0069094-51.2016.4.02.5151/01:

Todavia, o documento apresentado não se mostra devidamente preenchido, uma vez que está incompleto, deixando de informar o nome do profissional responsável pela análise ambiental durante todo o período controverso. Apenas é possível considerar o período de 16/03/1995 a 30/11/2000, pois é o único para o qual há menção de profissional técnico responsável pela avaliação dos riscos, sendo seguro afirmar, portanto, que apenas nesse período houve trabalho com exposição a agente nocivo/perigoso.(...) *Incasu*, o PPP às fls. 96/98 não se encontra devidamente preenchido e, por isso, deve ser analisado com reservas. De fato, verificamos que no campo “exposição a fatores de risco” há a informação de que a parte autora estava submetida ao agente nocivo ruído em intensidade superior aos limites de tolerância permitidos pela legislação e descritos na tabela colacionada acima, uma vez que o *quantum* verificado foi de 89,2dB.No entanto, o documento se mostra incompleto, deixando de mencionar o nome do profissional técnico responsável pela avaliação dos riscos durante o período de trabalho do autor. O PPP informa que apenas em 28/12/1999, data posterior ao período controverso, é que houve avaliação ambiental por engenheiro legalmente habilitado, de modo que não é possível afirmar, com segurança, a realização de trabalho com exposição a ruído acima do tolerável durante todo o interstício de 15/04/1987 a 04/06/1990. Assim, entendendo não ser devido o reconhecimento da especialidade em razão da exposição ao ruído em altas intensidades.

Vejamos acima que embora haja comprovação técnica de ruído superior ao limite legal para considerar a atividade nociva à saúde, o segurado não obteve o tempo reconhecido em razão de inexistir a menção do profissional técnico responsável pela avaliação dos riscos.

Poderíamos pensar que é uma decisão esporádica da primeira turma recursal, eis que a incompletude de um documento, deveria culminar na obrigação de completá-lo por quem tem a obrigação legal de preencher adequadamente o PPP, vale dizer, o empregador.

Contudo, na prática forense, o preenchimento incompleto do formulário pelo empregador gera, em massa, o indeferimento do reconhecimento do tempo especial do empregado, ao menos em repetidas decisões das turmas recursais da seção judiciária do Rio de Janeiro, conforme observado na 2ª, 3ª e 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro no julgamento dos Recursos Inominados nº 0076305-94.2016.4.02.5101/01, 0056708-86.2016.4.02.5151/01 e 0013407-55.2017.4.02.5151/01.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO INSUFICIENTE.TÉCNICA DE ENFERMAGEM. DOCUMENTAÇÃO PREENCHIDA DE FORMA INCOMPLETA NÃO SE PRESTA À DEMONSTRAÇÃO DA ESPECIALIDADE DOS PERÍODOS ENTRE 2002 E 2003, TRABALHADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE. JÁ QUANTO AO PERÍODO SEGUINTE, DE 2003 A 2012, É DEVIDA A DECLARAÇÃO DE TEMPO ESPECIAL. EP INÃO DESNATURA A ESPECIALIDADE DO VÍNCULO NO CASO DE AGENTES DE SAÚDE. SENTENÇA REFORMADA.

PRECEITO DECLARATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O período laborado entre 10/2002 e 08/2003 no Tiju Trauma Centro Ortopédico Traumatológico Ltda. realmente não pode ser computado como especial, pois o correspondente Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP, fls. 41-42) sequer aponta a efetiva data de sua confecção, tendo evidentemente sido preenchido com erro. Tampouco há indicação de profissionais responsáveis por registros ambientais ou de monitoração biológica, de modo que, tendo sido elaborado de forma manifestamente incompleta, não pode se prestar à demonstração da exposição a agentes danosos à saúde, ônus do segurado consoante o art. 373, I do Código de Processo Civil c/c art. 57, §§ 3º e 4º da Lei 8.213/1991. Por outro lado, o período de trabalho na Casa de Saúde São José, de 07/2003 a 12/2012, momento de elaboração do PPP (fls. 38-40), deve ser considerado especial pois se demonstra com clareza que a autora esteve exposta a agentes biológicos como vírus, bacilos e bactérias, não havendo imperfeições formais sérias que comprometam a idoneidade de tal documento. Todavia, o documento apresentado não se mostra devidamente preenchido, uma vez que está incompleto, deixando de informar o nome do profissional responsável pela análise ambiental durante todo o período controverso. Apenas é possível considerar o período de 16/03/1995 a 30/11/2000, pois é o único para o qual há menção de profissional técnico responsável pela avaliação dos riscos, sendo seguro afirmar, portanto, que apenas nesse período houve trabalho com exposição a agente nocivo/perigoso.(...) *In casu*, o PPP às fls. 96/98 não se encontra devidamente preenchido e, por isso, deve ser analisado com reservas. De fato, verificamos que no campo “exposição a fatores de risco” há a informação de que a parte autora estava submetida ao agente nocivo ruído em intensidade superior aos limites de tolerância permitidos pela legislação e descritos na tabela colacionada acima, uma vez que o *quantum* verificado foi de 89,2dB. No entanto, o documento se mostra incompleto, deixando de mencionar o nome do profissional técnico responsável pela avaliação dos riscos durante o período de trabalho do autor. O PPP informa que apenas em 28/12/1999, data posterior ao período controverso, é que houve avaliação ambiental por engenheiro legalmente habilitado, de modo que não é possível afirmar, com segurança, a realização de trabalho com exposição a ruído acima do tolerável durante todo o interstício de 15/04/1987 a 04/06/1990. Assim, entendo não ser devido o reconhecimento da especialidade em razão da exposição ao ruído em altas intensidades.

APOSENTADORIA ESPECIAL. ANÁLISE DAS PROVAS. PPP INCOMPLETO. AUSÊNCIA DE CREDENCIAIS DO RESPONSÁVEL PELOS REGISTROS AMBIENTAIS. VÍNCULO QUE NÃO MERECE SER RECONHECIDO COMO ESPECIAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PPP PREENCHIDO DE FORMA INCORRETA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ESPECIALIDADE DO PERÍODO POR ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. RESPOSTA À OFÍCIO QUE NÃO PODE SER VALIDADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.(...) Por fim, observa-se que todos os PPPs apresentados estão preenchidos de forma incompleta, sem qualquer indicação dos responsáveis pelos registros ambientais e biológicos, não podendo ser aceito, de acordo com o entendimento da 4ª Turma Recursal (Precedente nº 0166463-45.2016.4.02.5151/01

Ora, a simples ausência do nome do profissional responsável pela medição do agente nocivo ou até de sua identidade profissional (credencial), responsabilidade legal do empregador, significa, na prática, a falta de comprovação por parte do segurado-autor.

A tese paradigma seria que o formulário do PPP incompleto, não seria apto a demonstração da exposição a agentes danosos à saúde, transferindo o ônus da referida comprovação ao segurado consoante o art. 373, I do Código de Processo Civil e art. 57, §§ 3º da Lei 8.213/1991, através de um documento (PPP) cuja responsabilidade de emissão é do empregador, consoante art. 58, § 1º da Lei 8.213/1991, terceiro e interessado na redução tributária própria – influenciada pelas informações dos agentes nocivos preenchidos.

Assim, o segurado-autor precisaria comprovar o direito à atividade especial com documento que é obrigação do empregador, não sendo juridicamente lógico prejudicar o empregado por não ter preenchido o PPP adequadamente, por incompletude que não dá causa.

Ainda, além de não ser obrigação legal do empregado a confecção do PPP, a fiscalização da sua regularidade e completude seria da autarquia previdenciária, e em última instância, do Estado, inexistindo nenhum motivo racional para que o empregado seja prejudicado por um ato que nem participa e nem fiscaliza.

Por outro lado, percebe-se um entendimento diametralmente oposto quanto a matéria do equipamento de proteção individual eficaz (EPI), quase esquizofrênico, vez que se trata de não dar credibilidade ao PPP para justificar a anulação do risco nocivo.

Após decisão do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 664.335, em 04/12/2014), formou-se o entendimento de não dar credibilidade a informação unilateral do empregador exposta no PPP no que se refere a anulação do risco pelo uso EPI, vez caber a comprovação técnica ao encargo do empregador da ausência do risco, e não o mero uso do EPI, sob pena de transformar o processo (com a indicação do uso do epi) em simulacro de direito.

Observa-se o julgado da 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro no Recurso Inominado nº 0020401-02.2017.4.02.5151/01

No atual estágio, tais informações não estão disponíveis e considerando que o processo é uma técnica para a tutela dos direitos, não se pode com base nas informações unilaterais do empregador e incompletas, que lhe ensejam redução de tributo, sem especificação dos efeitos que a exposição acarreta simplesmente negar o pleito autoral. O PPP pode sim, acaso aprimorado servir para ambas as finalidades, questão tributária e previdenciária. Mas no atual estágio, aceitá-lo da forma incompleta não é possível. Sob pena de transformar o processo em simulacro de tutela de direito

A argumentação para justificar o descrédito da informação do uso de EPI eficaz como forma de neutralização do agente nocivo tem como pressuposto que as informações unilaterais e incompletas do empregador, que enseja redução de tributo, sem especificar os efeitos e comprovar a ausência de riscos, não serve para negar o direito do beneficiário.

Ora, por coerência lógica, as informações unilaterais e incompletas do empregador inseridas no PPP, não só as pertinentes ao uso do EPI, não serviriam para negar o direito do merecedor da aposentadoria especial.

Contudo, não é o que se observa na prática forense. O empregado, dependente do documento do empregador para comprovar o risco nocivo, é punido pela emissão do empregador. Analogicamente, seria como prender o filho por causa de um crime dos pais.

Assim, para explicar a referida tensão, pretendemos analisar os personagens envolvidos à luz de enxerto da teoria dos jogos com enfoque jurídico e econômico, além de realizar interlocução com espécies de sanções jurídicas, sobretudo as premiativas, por Bobbio denominada de positivas.

2 – Da teoria dos jogos: personagens, estratégias e resultados

A teoria dos jogos se desenvolveu como método científico que analisa a tomada de decisão baseada na expectativa de comportamento adversário.

Ressalta-se que o comportamento do adversário poderia ser parcialmente previsto a partir da definição das regras do jogo.

A dita metodologia serviria para explicar as relações jurídicas a partir da percepção da lei (a regra do jogo) pelos personagens da partida, que elaborariam estratégias para atingir o resultado pretendido influenciados pela norma aplicável. Assim, ao contrário da percepção romana em que primeiro nasce a lei e após o comportamento humano a ela determinado, pela teoria dos jogos, o comportamento dos personagens, inclusive o ilegal, seria influenciado pela percepção da regra do jogo.

2.1. Elementos da teoria dos jogos no processo de concessão de aposentadoria especial

O comportamento seria influenciado (e não determinado) pela lei. E como existe diferença entre induzir e determinar, há de se questionar os efeitos pretendidos pelas regras do jogo, em especial o envolvendo o direito repressivo e o direito cooperativo.

Os elementos da teoria dos jogos são os sujeitos (ora, personagens), as estratégias (linhas de ações possíveis) e os resultados, em mesma regra de jogo, que influenciará mutuamente as escolhas.

Costuma-se relacionar o objetivo de qualquer personagem no liberalismo econômico proposto por Adam Smith, em que a competição visava-se atingir o máximo do próprio interesse.

Assim, para autores como John Von Neumann, os jogos tenderiam a ser de soma zero, em que necessariamente, como resultado, haverá um perdedor e um ganhador. A ação unilateral não provocaria resultados favoráveis ao outro.

Em análise posterior, John Nash, criou novo referencial, em jogos ganha-ganha, em que ambos ganhariam, sem interesse de modificar a própria conduta, que estariam equilibradas (ponto de equilíbrio de Nash) pela mútua cooperação, em jogos cooperativos.

Nesta última toada, o encontro do equilíbrio de Nash seria a combinação de estratégia cooperativa entre os jogadores numa relação em que ambos ganham, não o máximo para si, mas o máximo possível em comum, e neste sentido, para todos participantes do jogo. Em sintonia:

O objetivo da empresa regulada, como o de qualquer empresa capitalista, é maximizar lucro, levando em conta regras fixadas pelo marco regulatório e as decisões do regulador quanto à correção de tarifas, à aplicação de sanções em caso de descumprimento das regras etc. O regulador, por seu turno, tem por meta perseguir o interesse público. Ocorre, porém, que ele não tem como controlar as decisões da empresa e também não dispõe de informações suficientes para determinar o que é melhor ela fazer, do ponto de vista do interesse público. O regulador pode, contudo, usar a Teoria dos Jogos para estudar quais são, em face do conjunto de regulações, as melhores estratégias para a empresa, dentre aquelas ao seu alcance. Pode, então, definir as regulações a fim de que a empresa, ao procurar maximizar o seu lucro, faça aquilo que é melhor do ponto de vista do interesse público. (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 158)

Veremos a seguir, possíveis papéis dos personagens, empregador, empregados e Estado, envolvidos na relação previdenciária em destaque para, a partir do enfoque das sanções existentes, unir os elementos da teoria dos jogos cooperativos e sua relação com as sanções.

2.2. O empregador

O empregador, como já observado, é o responsável legal para atestar as condições prejudiciais à saúde do empregado ao Estado através de documento específico denominado PPP, sob pena de sanções administrativas e criminais.

Dentre as sanções existentes, ressalta-se a da esfera penal, que prescreve 12 anos de reclusão, em caso de falsificação de documento público e sonegação previdenciária.

Ocorre que, apesar das severas sanções repressivas existentes alinhada a ausência de efetiva fiscalização dos agentes públicos competentes, o empregador não preenche adequadamente o documento que respalda a aposentadoria especial.

Analisaremos a posição possível do empregador na regra do jogo atual.

Na primeira hipótese, o empregador preencheria adequadamente a realidade laboral. Como já observado, a simples informação do agente nocivo, demonstraria risco ambiental de trabalho que poderia culminar na cobrança de 3% aplicável sobre o total das remunerações pagas como contribuição previdenciária geral, além do acréscimo de até 12% da remuneração do segurado sujeito às condições especiais. Na hipótese exemplificativa de confissão de risco grave, uma folha salarial mensal de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), com um empregado com atividade especial ganhando R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) se

pagaria, além do encargo ordinário, mais R\$ 6.000,00 (seis mil reais) mensais de contribuição SAT, e R\$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais) mensais em acréscimo a remuneração do segurado sujeito a atividade especial.

Noutros termos, para um empregador honesto que preenche adequadamente a realidade laboral do PPP, um empregado exercendo atividade especial de risco grave importaria a título de contribuição previdenciária especial em quase o dobro da própria remuneração do empregado.

Na segunda hipótese, o empregador se recusa a preencher a realidade laboral do PPP, preenchendo o formulário de modo incompleto ou omissivo. De plano, não há o pagamento das contribuições previdenciárias acima (sonegação tributária), eis que não houve a confissão do risco. Por outro lado, há o risco de cometimento de infrações administrativas e criminais, que, sem a devida fiscalização, não são efetivadas. Assim, o único prejuízo efetivo do irregular preenchimento do PPP ocorre quando da não comprovação pelo empregado-segurado no momento do pedido de concessão da aposentadoria, que é alheia a referida relação jurídica.

Nesta linha, o empregador percebe que, pela regra do jogo atual, é mais vantajoso ser desonesto, ainda que sujeito a sanções criminais que chegam a 12 anos de reclusão, e omitir as informações da jornada de trabalho na confecção do PPP do que retratar a realidade trabalhista que, em suma, representa a confissão de abrupto aumento tributário.

Se sanção jurídica é aquela dotada de coercibilidade pela garantia de sanção externa e institucionalizada, qual a razão de não sê-la aplicada? Seria então mera orientação ou norma moral o preenchimento do PPP? Analisaremos, agora, o beneficiário da aposentadoria especial.

2.3. O empregado sujeito à atividade especial

O empregado, na regra do jogo atual, deve comprovar a efetiva exposição de agente nocivo à saúde para justificar a concessão da aposentadoria especial quando do requerimento.

Ocorre que o elemento indicativo e único meio de prova da exposição permanente à agentes nocivos à saúde, na seara administrativa, e por vezes na judicial (exceto quando autorizam a realização de perícia), é a informação laboral constante no PPP.

Nesta toada, caso a realidade do empregado seja a manipulação de produtos cancerígenos, em ruídos acima do permissivo legal (95 dB), com exposição à elevada tensão elétrica (250 v), com calor acima do limite de tolerância (28,5°C IBUTG), características comuns ao trabalho na indústria petrolífera, por exemplo, mas o PPP não relatar a referida realidade, o empregado não conseguirá o benefício decorrente da atividade especial por falta de provas.

Assim sendo, o direito à aposentadoria especial do empregado é diretamente determinado pela confecção da prova (PPP) produzida pelo empregador, que, como visto, possui majoração tributária dependendo da informação relatada no documento.

Como inexistente norma que determine que o empregado contradite ou participe na elaboração do PPP, ressalta-se que sequer exige a assinatura dele no documento, na regra do jogo atual o interesse do empregado não é levado em consideração.

Consigna-se, inclusive, que a razão finalística da aposentadoria especial, de proteção à saúde do sujeito à atividade prejudicial à saúde, também não é observada, vez que o documento utilizado para medi-la não é amparado por juridicidade que garanta, por regras coercitivas e indutoras racionais, o direito deste personagem, o empregado sujeito à atividade especial.

Portanto, observa-se que na regra do jogo atual o empregado não participa no lançamento das informações de sua realidade laboral, apesar de colher as consequências do retrato indevido ou incompleto quando do pedido de aposentadoria especial.

2.4.Estado: sua atuação e expectativa de eficiência

Os agentes públicos que deveriam fiscalizar a relação trabalhista contemporânea e a previdenciária representam o papel do Estado administrador, assim como os julgadores que, a partir do PPP decidem pela concessão do direito fundamental à aposentadoria especial ou seu indeferimento.

Percebe-se que a atuação dos agentes públicos fiscalizadores na referida relação jurídica de concessão da aposentadoria especial não é suficiente adequada para garantir a efetividade das sanções repressivas existentes.

Tanto os auditores fiscais do trabalho, que deveriam zelar pela higidez do PPP, quanto os servidores do INSS que não fazem diligência para verificar se a condição retratada

é verdadeira ou para completá-la, caso incompleta, retratam a omissão estatal para a concretização do direito fundamental social da aposentadoria especial.

Isto se percebe por simples observação empírica, já demonstrada na análise dos julgados, vez que há apresentação em juízo de documentos incompletos (PPP sem nome do engenheiro responsável por aferir o agente nocivo) cuja autarquia previdenciária já deveria evitar quando da análise do requerimento administrativo da concessão de aposentadoria.

Ora, talvez fosse admitido que o PPP fosse preenchimento irregularmente para ser corrigido judicialmente, contudo, nunca poderia se cogitar a apresentação de documentação incompleta em juízo, cujo estado administrador teria a obrigação de completar, sob pena das sanções criminais, administrativas avultosas já demonstradas.

Neste sentido, na regra do jogo atual, percebe-se que o Estado não tem interesse para manter a efetividade das sanções repressivas e tampouco para participar ativamente do jogo para manter a finalidade protetiva da aposentadoria especial, com por exemplo, com a atividade fiscal.

Decerto que há severas punições pelo descumprimento do dever do personagem empregador no que tange a apresentação falsa ou incompleta do PPP, porém, sem atuações constantes e atuantes para exigir o cumprimento das regras, impostas pelo próprio Estado, há somente o simulacro de existir regras formais, cuja materialidade é, na prática, inexigível.

Não bastasse, o judiciário, abraçando a ideia da presunção de veracidade do PPP que, ao mesmo tempo reduz (ou majora) a carga tributária, sem participação do real beneficiário do documento (o perfil retrataria o trabalhador), admite que até em casos da incompletude do formulário, seria o PPP o único documento capaz de comprovar a atividade prejudicial à saúde, e com isso, garantir ou negar o direito fundamental social da aposentadoria.

A partir desta análise, percebe-se que a regra do jogo atual não estimula o próprio Estado a garantir o direito fundamental social do empregado, pelo contrário, por inexistir sanções efetivas contra a omissão estatal, constata-se ser o Estado mero observador apático das regras criadas (e descumpridas) por si próprio.

3 – Da análise teórica das diferentes sanções no jogo da aposentadoria especial

Segundo Durkheim (DURKHEIM, p. 114, 2007) pode-se observar formas distintas de explicar os fatos sociais pelas diferentes funções do direito para proteger e preservar as manifestações de solidariedade da sociedade. Demonstra o sociólogo, que a solidariedade

mecânica⁶, união da sociedade por similaridades lastreadas em consciências coletivas comuns, necessitaria do papel do direito repressor, (*droit répressif*), para forçar o indivíduo à sociedade em pautas particulares comuns, papel comumente realizado pelas sanções jurídicas.

3.1 Das diferentes sanções sob perspectiva

Ora, o direito repressivo liga diretamente o indivíduo à sociedade, por objetos coletivos idênticos. Em tese, todos seriam particularmente iguais, e por essa semelhança, unidos. O direito repressivo e as penas serviriam para manter “intacta a coesão social ao manter a consciência comum em toda a sua vitalidade” (MUSSE 2011, p. 21).

Já a solidariedade orgânica, seria o contrário. O vínculo social seria atingido pela diferença, por cada função individual decorrente da divisão social do trabalho. Seria necessário diminuir a consciência coletiva para permitir que a consciência individual estabeleça sua função especial. Assim, devido a especialização inerente a cada atividade de trabalho, haveria mais dependência entre as diversas funções do corpo social, por isso, a necessidade de um vínculo de solidariedade mais forte, surgindo espaço ao direito cooperativo.

Neste diapasão, o direito cooperativo seria o responsável para manter ou restabelecer o vínculo de solidariedade através de sanções restitutórias, vale dizer, meios de restaurar a situação anterior, sem função expiatória e castigo, vez que estabelecidas em mútua limitação, dadas pela reciprocidade e cooperação advindas da divisão social do trabalho.

Ao contrário do direito repressivo, em que se puniria com expiação o diferente para manter a coesão social, no direito cooperativo, o sistema jurídico estabeleceria, por meio de sanções restitutórias, relações positivas para que as diferentes funções do corpo social possam cooperar. Ou seja, é a dependência entre diferentes funções da atividade social que, lastreadas em direito cooperativo, gerariam a solidariedade social.

Analogicamente, a função do direito cooperativo seria a de sistema nervoso central do organismo, eis que caberia somente regular o funcionamento harmônico de diferentes funções do corpo social (MUSSE 2011, p. 33).

⁶Mecânica porque a consciência individual é dependente da coletiva, sendo a última responsável pelos movimentos. A individualidade não se pertence, é uma coisa que, mecanicamente a sociedade dispõe.

Assim, pelo direito cooperativo possibilita-se desenvolver a especialização do trabalho (a diferenciação social) ao mesmo tempo que por interdependência garanta-se a integração social (a união).

Nesta linha, a o corpo social, coordenado, se moveria com conjunto para aumentar a individualidades e as partes integrantes: “Aqui pois a individualidade do todo aumenta ao mesmo tempo que as partes; a sociedade se torna mais capaz de se mover em conjunto, ao mesmo tempo que cada um de seus elementos tem mais movimentos próprios”

Aliás, há assimilação desta espécie de direito com a teoria dos jogos acerca dos jogos cooperativos. As atitudes cooperativas também são tomadas para maximizar o ganho individual, contudo, foge-se da competição para abrigar-se na cooperação.

Analogicamente, seria como jogar frescobol ao invés de tênis. No tênis o objetivo é ganhar, alçando a bola fora do alcance do adversário. Já no frescobol, o objetivo é manter a bola em movimento por mais tempo e força, logicamente, dentre do melhor alcance dos participantes. Assim, mais pessoas ganhariam menos do que menos ganhando mais. E quando ambos decidem em razão da melhor escolha em relação ao outro, permanecendo a mesma sem que mudem de estratégia, configura-se o equilíbrio.

Em suma, assemelha-se a figura da sinergia, onde diversos esforços simultâneos em cooperação são mais fortes que a ação individualmente somada. Assim, tanto individualmente quanto coletivamente a construção cooperativa seria mais vantajosa.

Assim, conforme exposto há relação do direito com o vínculo de solidariedade social. Contudo, faz-se necessário ir além do direito quanto simples produção normativa, faz-se necessário verificar determinadas espécies de sanções para demonstrar quais suas consequências para o comportamento dos atores da concessão da aposentadoria especial.

3.1.1. Do caráter da sanção repressiva

Quanto ao descumprimento da legislação tributária em apreço, o direito repressivo brasileiro, já admite, em regra⁷, a sanção penal e a multa pecuniária administrativa. Por outro lado, parece não ser a repressão suficiente, sobretudo no direito tributário. Verifica-se que o ônus do contribuinte, no caso em tela, empregador, pode ser tamanho que em simples análise utilitarista, nem mesmo a imputação de penalidades criminais pode garantir o cumprimento da

⁷Pode-se pensar em tutelas coletivas propostas pelo Ministério Público do Trabalho, por exemplo.

legislação. Observe-se o pensamento de Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça e Arnaldo Coelho da Silva Filho (2017, p. 832):

O ônus pode ser tal que o contribuinte seja induzido, em análise de custo/benefício, a optar pelo descumprimento da legislação. Concluiu-se que nem mesmo a imputação de penalidades pecuniárias e criminais posteriores pode garantir o cumprimento da legislação tributária. Mesmo com as penalidades, o contribuinte ainda pode verificar mais vantagens em descumpri-la.

Percebe-se que, ainda que existam graves sanções repressivas, a análise individualista de ganho versus prejuízo, não garantem que o comportamento do personagem, no caso específico, empregador, seja em consonância pela legislação, noutros termos, não desviado.

A sanção repressiva tende a proteger determinados interesses ao tempo que reprime os comportamentos desviados, e faz sentido no Estado liberal, que se abstém de interferir na vida privada para garantir a hegemonia da liberdade individual, punindo àqueles que não se comportam em respeito à liberdade alheia.

Ocorre que o Estado passou a prever direitos fundamentais sociais, o que exige maior comprometimento social, vez que uma atitude individual, como no caso da sonegação tributária do empregador, pode interferir diretamente no direito da aposentadoria especial do empregado, que não possui no direito repressivo a única ferramenta para garantir a efetividade do direito, mesmo porque a punição do desviado não garantirá o exercício do direito social da vítima.

Pelo contrário, a depender da análise da efetividade da sanção repressiva, que corroborada pela omissão estatal na fiscalização, o comportamento gerado pela sanção repressiva pode ser o de descumprimento da legislação vigente.

Faz-se necessário analisar para além das sanções repressivas, é preciso encorajar o comportamento dos agentes econômicos.

3.1.2. Do caráter das sanções positivas

Como Bobbio preceitua, as sanções positivas são “técnicas de encorajamento”.

Surge-se na necessidade de complementar as sanções negativas, que visavam proteger determinados interesses protegidos pela norma enquanto reprimia os atos desviantes, que vigoravam quando o Estado era predominantemente passivo.

Na medida que há o salto para um Estado prestacional, mais ativo para garantir a igualdade (e neste sentido os direitos sociais fundamentais da aposentadoria), as sanções

deveriam encorajar comportamentos, e portanto, promover “atos considerados socialmente úteis” (Bobbio, p. 24).

Isto é relevante porque as sanções positivas são uma reação favorável a um comportamento vantajoso para a sociedade, em prol do comprometimento social.

Ressalta-se que o efeito da sanção só poderá ter eficácia quando destinado a atuar sobre as pessoas “honestas; isso porque, dado que ele serve para curar as feridas causadas nos sentimentos coletivos, só pode preencher o seu papel onde esses sentimentos existam e na medida em que estejam vivos” (MUSSE 2011).

Ora, o comportamento honesto de um empregador que relata o histórico real laboral do seu empregado, que cumpre as exigências do preenchimento adequado do PPP deve ser premiado, com redução tributária, e não punido, com majoração das alíquotas.

Percebe-se que a sanção jurídica positiva tem no risco da coação sua juridicidade, eis que realizado o comportamento da norma positiva, gera-se ao beneficiário a possibilidade de exigir, com coerção, o prêmio pretendido.

Tal análise, não significa superficialmente reduzir tributos aos honestos, mas na criação de normas que encorajem e priorizem comportamentos probos, na medida que os afetados se esforcem, razoavelmente, para demonstrar o cumprimento da redução tributária.

Logicamente, para ser razoável a demonstração pelo requerente das condições para redução tributária se pressupõe, a simplificação do sistema tributário (MENDONÇA e SILVA FILHO, 2017, p. 391). O contribuinte, deparado com a simplificação do sistema tributário e diminuição de custos para se adequar a legislação, perceberá maior vantagem em se manter regularizado.

Neste sentido, faria mais sentido no ponto de vista de integração social, que todos os segurados fossem tributados de modo a manter o custeio da aposentadoria especial e, na medida que comprovassem, de modo paritário (por exemplo, na presença da categoria do empregador e do empregado) a inexistência de riscos, seriam premiados com a redução tributária.

A lógica se inverteria, eis que atualmente, o comportamento honesto de declarar o risco de sua atividade, além de não causar nenhum benefício, importa na confissão de elevada carga tributária.

Somado ao fato de que a declaração de risco, não é fiscalizada constantemente por ente imparcial e não necessita de participação do afetado, o resultado é o estímulo de comportamentos sonegadores do contribuinte, que afeta o Estado, com a perda de receita

tributária, além do beneficiário da aposentadoria especial, com a perda do direito fundamental social por falta de comprovação.

CONCLUSÃO

Ao contrário da concepção romano-germânica em que a lei é pressuposto da conduta, à luz de enxerto da teoria dos jogos no ponto de vista jurídica e econômico, percebe-se que a norma influencia o comportamento, inclusive ilegal, dos sujeitos expostos à normatividade.

A conduta tomada dependerá da regra do jogo, que neste caso, influenciaria o comportamento da sonegação pelo empregador. Decerto que a maximização do lucro deve ser alcançada por quem ousa empreender, contudo, no ponto de vista público e coletivo, isso deve ser ponderado com a impossibilidade de violação de direitos fundamentais. Sobretudo, os sociais daqueles que o empregador utiliza para alcançar a finalidade de sua atividade empresarial em atividade nociva, e por isso mesmo, mais arriscada, os empregados sujeitos à atividade especial.

Sugere-se inovação legislativa de sanção de caráter premiativo, ou seja, o empregador que cumprir as exigências do preenchimento adequado do PPP deve ser premiado, com redução tributária, e não castigado, com majoração das alíquotas.

A norma jurídica deve premiar os justos (empregadores que registram a realidade), e não punir terceiros (gerar o indeferimento de aposentadoria alheia) para acomodar os trapaceiros, sob pena de ocasionar pela forma de fiscalização do custeio do benefício a sua própria perda o que configura flagrante miopia.

Considera-se que não se justifica a sonegação tributária do responsável pelo preenchimento formal do PPP por argumentos supostamente liberais, ainda que se considerasse uma suposta liberdade plena ou mesmo a sonegação como um ato hipoteticamente de legítima defesa, como parecem defender os que parecem crer que os fins justificam os meios. Só seria justificável, quiçá, se a liberdade exercida por um não correspondesse a dano ou prejuízo ao exercício e gozo da liberdade por outro.

Não se sustenta que seja exercício da liberdade pelo empregador o preenchimento do PPP de modo incompleto ou dolosamente inadequado, visando reduzir seus custos tributários, pois tal atitude gera lesão ao direito do empregado à aposentadoria por falta de provas, ferindo sua liberdade de usufruir do referido benefício legal.

Assim nem na ótica liberal, na abstenção máxima de intervenção do estado na vida privada, seria justificável a conduta do empregador no sentido posto, por violar direito fundamental alheio.

Talvez seria melhor que o custeio da contribuição especial para a aposentadoria especial fosse de todos, que poderiam sim, comprovando a realidade isenta de risco da relação de trabalho, obter a desoneração tributária. Seria possível assim colaborar para que, ao menos, haja a confecção de prova essencial para a concessão da aposentadoria especial e também efetivara justiça social e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa**. Disponível em: <www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>. Acesso em: 25 mar. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Boletim estatístico da previdência social de Dezembro de 2016**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/01/beps16.12.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto nº 3.048, 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: 15 nov. 2015.

_____. **Lei nº 8.212, de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. **Lei nº 8.213, 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/L8213compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Documento eletrônico nº 75805145-25-0-171-20-137006. Juíza Federal Lilea Pires de Medeiros. **Acórdão em Recurso Inominado no processo nº 0069094-51.2016.4.02.5151/01**. Rio de Janeiro, 06 abr. 2017.

_____. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Documento eletrônico nº 76188444-28-0-161-4-801352. Juíza Federal Itália Maria ZimardiArêasPoppeBertozzi. **Acórdão em Recurso Inominado no processo nº 0076305-94.2016.4.02.5101/01**. Rio de Janeiro, 09mai. 2017.

_____. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Documento eletrônico nº 76726825-43-0-275-6-505988. Juiz Federal Fabrício Fernandes de Castro. **Acórdão em Recurso Inominado no processo nº 0056708-86.2016.4.02.5151/01**. Rio de Janeiro, 20abr. 2017.

_____. 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Documento eletrônico nº : 78071978-83-0-130-21-205656. JuizDaniella Rocha Santos Ferreira de Souza Motta. **Acórdão em Recurso Inominado no processo nº 0013407-55.2017.4.02.5151/01**. Rio de Janeiro, 24out. 2017.

_____. 4ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Documento eletrônico nº :78460751-81-0-503-30-314980. JuizDaniella Rocha Santos Ferreira de Souza Motta. **Acórdão em Recurso Inominado no processo nº 0020401-02.2017.4.02.5151/01**. Rio de Janeiro, 08nov. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. Tradução: Daniela BeccacciaVersiani. Barueri: Manoele, 2007

_____. **O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; SILVA FILHO, Arnaldo Coelho da. **A indução tributária como meio de construção de uma administração tributária eficiente**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, p. 816-836, dez.2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/25690>>. Acesso em: 12. Fev. 2017

MUSSE, Ricardo (Org.). **Émile Durkheim: Fatos Social e Divisão do Trabalho**. São Paulo: Ática, 2011.

PINHEIRO, Arnaldo Castelar.; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

SMITH, Adam. **Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Tradução de Luiz João Baraúna. 3ª ed., São Paulo, Nova Cultural, 1988.

Submissão: 11.06.2018

Aceitação: 19.12.2018