

A discriminação do aposentado em atividade laboral em relação ao trabalhador não aposentado

The discrimination of retiree in labour activity in relation to the worker doesn't retired

por **Lindemberg Martins dos Santos**

Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Icesp-Promove de Brasília e Analista de Sistemas no Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO).

Resumo

O presente artigo trata da cumulação de benefícios previdenciários, especificamente a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição com o auxílio-doença. Para introdução da matéria será apresentado um breve histórico sobre a aposentadoria no Brasil. A reflexão busca apresentar a discriminação que o legislador positivou ao dar o tratamento diferenciado àqueles aposentados que continuam em atividade laboral e os trabalhadores ainda não aposentados, penalizando aqueles com uma contribuição compulsória sem direito ao gozo do auxílio-doença cumulado com a aposentadoria. Será apresentado um possível conflito entre os princípios constitucionais da Coletividade e do Enriquecimento sem causa, assim como aqueles e o princípio tributário da Isonomia. O estudo tem como marco teórico um comparativo entre as legislações anteriores à Constituição Federal de 1988, Leis 3.807/60 e 5.890/73, assim como aquelas que norteiam a atual política previdenciária, Leis 8.212/91, 8.213/91, 9.032/95 e Decreto 611/92. Apresentar-se-á a situação aceita atualmente na cumulação da aposentadoria com o auxílio-acidente. Por fim, após uma análise comparativa, serão apresentadas algumas propostas para que se possa equalizar a discriminação do aposentado em atividade laboral.

Palavras-chave: auxílio-doença, aposentadoria, contribuição obrigatória, acúmulo de benefícios previdenciários.

Abstract

This present article deals the accumulation of social security benefits, specifically retirement for length of service/contribution with the sick pay. The introduction of the topic will be presented a brief historical about retirement in Brazil. The consideration seeks to introduce the discrimination that the legislator gave different treatment to those retirees who remain on active employment and workers are not yet retired, while penalizing those with a compulsory contribution is not entitled to the enjoyment of the sick pay combined with retirement. We will present a possible conflict between the constitutional principles of community and unjust enrichment as well as those and the tax principle of equality. The study has as theoretical framework between the previous legislation and the Federal Constitution of 1988, Laws 3.807/60 and 5.890/73, as well as those that guide the present social security political, Laws 8.212/91, 8.213/91, 9.032/95 and Decree 611/92. Present will be the situation currently supported with the accumulation of retirement allowance accident. Finally, after a comparative analysis will put forward some proposals to make it possible to equalize the discrimination of retiree in labor activity.

Keywords: sick pay, retirement, compulsory contribution, accumulation of social security benefits.

Sumário: 1. Histórico da seguridade social no Brasil. 2. Dos princípios que norteiam a seguridade social. 3. Dos direitos do aposentado em atividade laboral. 4. Do acúmulo do auxílio acidente com a aposentadoria. 5. Propostas para equalização da discriminação do aposentado em atividade laboral.



1. Histórico da seguridade social no Brasil

A Seguridade Social no Brasil tem seu marco inicial na Constituição de 1824 em seu artigo 79, inciso XXXI garantia os socorros públicos. Na Constituição de 1891 foi prevista a aposentadoria do funcionário público por invalidez.

Com as novas Constituições, foram criados diversos órgãos responsáveis em tratar da assistência social previdenciária, voltadas para um determinado grupo, como as Caixas Assistenciais, Institutos de Aposentadorias e Pensões.

Em 1934 foi estabelecido o triplice critério de custeio da previdência social, ou seja, as contribuições compulsórias dos empregados públicos, empregadores e empregados.

A criação da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), através da Lei 3.807 de 1960, organizava a previdência social assegurando aos beneficiários a sua manutenção, seja por idade, incapacidade, tempo de serviço, prisão ou morte, assim como garantir a proteção de sua saúde e o seu bem-estar.

O Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), criado em 1966 unificou os institutos de aposentadoria e pensões, criados anteriormente, e a partir deste momento padronizou o tratamento dado aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

O legislador ao normatizar o RGPS não fez a previsão do auxílio doença na LOPS, porém em 1973 através da Lei 5.890 incluiu o auxílio doença no rol de benefícios garantidos aos beneficiários, porém, já previa a não-acumulação deste com aposentadoria de qualquer natureza.

Atualmente, o RGPS é normatizado pelas Leis 8.212/91 e 8.213/91, 9.528/97, Decreto 611/92, Emendas Constitucionais 20 e 41, portarias e instruções normativas do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

2. Dos princípios que norteiam a seguridade social

Na atual sociedade brasileira, cada vez mais se torna necessário que o trabalhador ao aposentar continue a exercer uma atividade laboral, para que possa garantir no mínimo a qualidade de vida conquistada durante os anos de labuta.

A seguridade social é norteada por diversos princípios¹, que por serem uma base da ciência para orientação acaba por gerar conflitos no entendimento e, por conseguinte, a inquietação daqueles que os utilizam.

A universalidade de atendimento garante que todos devem ter os benefícios garantidos, independente de realizar ou não a contribuição, sendo uma obrigação da seguridade social amparar as pessoas independente de sua condição de subsistência.

Os benefícios e serviços devem ser mantidos de forma equivalente tanto para os trabalhadores urbanos como para os rurais, evitando assim a discriminação que anteriormente existia em relação ao trabalhador rural. Este princípio não visa garantir a igualdade absoluta, e sim, uma equivalência que reduza ao máximo a diferença.

Os contribuintes deverão ter a sua contribuição de acordo com sua capacidade contributiva, ou seja, aquele com melhor condição econômico-financeira deverá ter uma participação maior, garantindo assim melhores condições de vida para a população.

A manutenção do poder aquisitivo do valor dos benefícios deverá ser garantida pela autarquia para que os mesmos não sofram irredutibilidade.

Temos também que observar outros princípios não diretamente ligados à seguridade social, porém, a partir daí surgirão as dúvidas quanto a proibição legal na percepção cumulativa dos benefícios de aposentadoria com o auxílio doença.

Ao analisar o artigo 150, II da Constituição Federal de 1988, nos deparamos com o princípio da Isonomia, no qual é descrito que a lei não deve dar tratamento desigual a contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Outro princípio a ser analisado seria o de enriquecimento sem causa² da própria administração pública, uma vez que o aposentado em atividade laboral contribui compulsoriamente para o INSS e não tem direito a contrapartida, que seria o auxílio doença.

¹ O artigo **Seguridade Social na Constituição de 1988**, de Jair Teixeira dos Reis, utilizado como fonte neste artigo, foi baseado na obra *Legislação Previdenciária*, 6ª ed., 2002, MARTINS, Sérgio Pinto.

² O Princípio do Enriquecimento Sem Causa em **Direito Administrativo**, Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

3. Dos direitos do aposentado em atividade laboral

A legislação garantia ao aposentado que necessitasse do afastamento por motivo de doença o recebimento de pecúlio, que era o pagamento em uma única parcela do valor correspondente às contribuições do segurado. Ao retornar a atividade laboral, o segurado fazia jus ao recebimento de novo pecúlio após 36 meses do retorno.

O recebimento do pecúlio no ano de 1994 foi tratado conforme Instrução Normativa do INSS nº 11 de 2006. A partir desse momento, o aposentado passou a não ter mais nenhum direito ao se afastar, por motivo de doença, de seu emprego.

A situação atual dos aposentados que permanecem em atividade laboral, com relação ao auxílio-doença, é a de impossibilidade na cumulação dos benefícios, ou seja, caso necessitem de afastamento de seu trabalho por período superior a 15 dias, terão simplesmente seus contratos suspensos e a eles será garantida a estabilidade do emprego pelo período de um ano após o retorno. Não haverá nenhum pagamento em moeda realizado pelo INSS.

O legislador ao proibir a cumulação dos benefícios de aposentadoria com o auxílio doença, porém, obrigando o aposentado em atividade laboral a contribuir como se aposentado não fosse, gera um conflito entre os princípios da isonomia, do enriquecimento sem causa da administração pública, da universalidade.

A obrigatoriedade da contribuição para a seguridade social, mesmo proibindo o beneficiário de usufruir dos benefícios, baseou-se apenas no princípio do solidarismo em detrimento a todos os outros.

4. Do acúmulo do auxílio acidente com a aposentadoria

Como comparativo da confusão jurídica criada pela interpretação da legislação, temos a possibilidade de percepção do benefício de auxílio-acidente cumulado com o benefício da aposentadoria, conforme a Súmula 44 da Advocacia-Geral da União. A Súmula dispõe que o beneficiário que se aposentou ou que se aposente a partir de 14/09/2009 poderia receber ao mesmo tempo a aposentadoria e o auxílio-acidente, desde que este tenha iniciado até 10/11/1997.

Como explicar à sociedade a intenção do legislador quando proíbe a obtenção do auxílio doença àquele que se encontra aposentado e ser possível acumular este benefício com o

auxílio-acidente. Se a questão é o vínculo, então o aposentado não deveria ter direito a nenhum dos benefícios.

Apesar de terem origem em situações diferenciadas, o auxílio-doença e o auxílio-acidente guardam a similaridade de proteger o trabalhador no momento em que este se vê obrigado a se afastar do trabalho para cuidar de sua saúde.

A possibilidade de se conceder a cumulação do auxílio doença com a aposentadoria seria perfeitamente plausível, sem prejuízo ao restante da sociedade, uma vez que existe por parte do aposentado na atividade laboral a devida contribuição.

5. Propostas para equalização da discriminação do aposentado em atividade laboral

Na tentativa de equalizar a questão discriminativa que afeta ao aposentado em atividade laboral em relação ao não aposentado, poderiam ser analisadas as seguintes proposições:

- 1) A imunidade, caso seja tratada como alteração constitucional, ou isenção do aposentado na atividade laboral, no que tange a contribuição, após usufruir da aposentadoria, não sendo assim obrigado a contribuir, uma vez que já contribuiu;
- 2) A isenção parcial, sendo realizado o cálculo proporcional para que contribua, ao voltar à atividade laboral, com o valor equivalente àqueles benefícios a que terá direito de usufruir;
- 3) Que contribua como se não aposentado fosse, porém, que houvesse um complemento em seu benefício de aposentadoria, quando estivesse usufruindo do auxílio doença.

6. Considerações finais

A forma para que se possa, de forma mais justa e equilibrada, tanto para a sociedade quanto para a administração pública, depende muito mais da participação dos grupos interessados, no caso os aposentados, em exercer pressão junto aos legisladores para que atuem de forma mais célere nas votações e maior seriedade em atuar nas funções das quais estão investidos.

O entendimento atual e pacificado nos tribunais, porém, muito questionado na sociedade, é do vínculo que se tem com o órgão público, no caso o INSS. O empregado contribui durante toda a sua vida profissional para obter o benefício da aposentadoria. Por não ter condições de manter seu padrão de vida, o mesmo continua na atividade laboral, podendo ser na mesma empresa ou em outra, porém continua com contribuição compulsória junto ao INSS.

O contribuinte não deveria ser penalizado em não ter direito a usufruir de todos os benefícios, uma vez que para a obtenção de sua aposentadoria ele já havia contribuído. Ao continuar a atividade laboral inicia-se um novo período que em nada se relaciona com a situação anterior, apenas criou-se esse vínculo para permitir ao órgão uma maior arrecadação.

Um exemplo de como são tratadas estas questões sociais em nosso Congresso Nacional é a morosidade do trâmite do Projeto de Lei do Senado nº 2143 de 2007, protocolado em 02/05/2007, sendo sua última tramitação em 30/03/2011 com a situação de “pronta para pauta na comissão”, no qual é proposta a alteração, entre outras, do art. 18, § 2º, que passaria a ter o seguinte texto:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita ao RGPS, ou a ele retornar, terá um acréscimo no valor de seu benefício equivalente a um trinta e cinco avos, se homem, e um trinta avos, se mulher, por ano de contribuição adicional (NR).

A solução para essa situação do aposentado na atividade laboral, caso houvesse uma vontade política, poderia ser de forma simplificada, porém, que não onerasse nem a seguridade social, nem o beneficiário. Como pode ser visto no trâmite do PLS nº 214, a morosidade e a falta de comprometimento dos políticos brasileiros manterão esse contribuinte sempre nessa condição de discriminado.

³ Projeto de Lei de autoria do Senador Paulo Paim, cujo objetivo consiste em estimular as pessoas com experiência, tenacidade e que pautaram sua vida pela contribuição legal e pela formalidade de suas atividades, conforme disposto na justificção do Projeto de Lei.

Enquanto não se apresentam ou não se aprovam soluções para dirimir esse conflito de princípios, ficarão os aposentados em atividade laboral tolhidos de seus direitos e onerados ao contribuírem compulsoriamente, sem ter a possibilidade de usufruir da contrapartida que lhe garante a própria lei.

Referencias bibliográficas

A TRIBUNA. Amparo, SP, Edição nº 1003, de 03 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.at.com.br/at/materia.php?reg=36&cad=33&obj=32393.htm>>. Acesso em: 19 mai. 2011.

BRASIL. Lei Federal nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. **Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/1950-1969/L3807.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

_____. Lei Federal nº 5.890, de 08 de junho de 1973. **Altera a legislação de previdência social e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L5890.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2011.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e dá outras providências**. Brasília, DF: Senado Federal, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm> Acesso em: 18 mai. 2011.

_____. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui plano de custeio, e dá outras providências**. Brasília, DF: Senado Federal, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm> Acesso em: 18 mai. 2011.

_____. Decreto nº 611, de 21 de julho de 1992. **Dá nova redação ao Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 357, de 7 de dezembro de 1991, e incorpora as alterações da legislação posterior**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0611.htm>. Acesso em: 13 jun. 2011.

_____. Lei Federal nº 9.032, de 28 de abril de 1995. **Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9032.htm>. Acesso em: 07 jun. 2011.

_____. Lei Federal nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. **Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9528.htm>. Acesso em: 02 jun. 2011.

_____. Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. **Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso XI do § 3º do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/e.htm>. Acesso em: 02 jun. 2011.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 214, de 2007. **Altera a Lei nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, para dispor sobre o benefício adicional a ser concedido ao aposentado do RGPS, que permanecer em atividade ou a ela retornar, e dá outras providências.**

Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/consulta.asp?Tipo_Cons=8&orderby=6&hid_omissao=TOD+-+TODAS&hid_status=TOD+-+TODAS&str_tipo=PLS&selAtivo=&selInativo=&radAtivo=S&txt_num=214&txt_ano=2007&sel_tipo_norma=&txt_num_norma=&txt_ano_norma=&sel_tipo_autor=&txt_autor=&sel_partido=&sel_uf=&txt_relator=&ind_relator_atual=S&sel_comissao=&txt_assunto=&tip_palavra_chave=T&rad_trmt=T&sel_situacao=&ind_status_atual=A&dat_situacao_de=&dat_situacao_ate=&txt_tramitacao=&dat_apresentacao_de=&dat_apresentacao_ate=>>. Acesso em: 02 jun. 2011.

_____. **Súmula da Advocacia Geral da União nº 44, de 14 de setembro de 2009.** “É permitida a cumulação do benefício de auxílio acidente com o benefício da aposentadoria...”. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/paginasinternas/normasinternas.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2011.

_____. Ministério da Previdência Social. **Auxílio Doença.** Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/imprimir.php?id=2>>. Acesso em: 03 jun. 2011.

Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. **O Princípio do Enriquecimento sem Causa em Direito Administrativo.** Salvador, BA, Edição nº 5, fevereiro/março/abril de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-CELSONANTONIO.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

REIS, Jair Teixeira dos. **Seguridade Social na Constituição de 1988.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 22, 31 de agosto de 2005 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=358>. Acesso em: 08 jun. 2011.

Artigo submetido à *Virtù: Direito e Humanismo* em 19 de janeiro de 2012. Aprovado em 17 de fevereiro de 2012. As opiniões e conclusões são de responsabilidade do autor.