



INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS,
TRABALHISTAS E TRIBUTÁRIOS

Nota Técnica

SOBRE O TEMA 1209 DO STF

RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL
NO TEMA DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO VIGILANTE

Marco Aurélio Serau Junior
Diretor Científico

Nota Técnica

SOBRE O TEMA 1209 DO STF

**RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL
NO TEMA DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO VIGILANTE**

NOTA TÉCNICA SOBRE O TEMA 1209 DO STF

RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL NO TEMA DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO VIGILANTE

O IEPREV – Instituto de Estudos e Pesquisas em Direito Previdenciário, em cumprimento às suas finalidades de discussão e difusão científica a respeito desse direito fundamental social, vem a público emitir algumas considerações técnicas a respeito do Tema 1.209 da repercussão geral.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu no dia 15.4.2022, em Plenário Virtual, a existência de matéria constitucional e repercussão geral no Tema 1.209, relativo à aposentadoria especial do vigilante ou vigia, tendo sido apreciada a seguinte tese:

Tema 1209 – Reconhecimento da atividade de vigilante como especial, com fundamento na exposição ao perigo, seja em período anterior ou posterior à promulgação da Emenda Constitucional 103/2019.

Essa discussão é oriunda de recurso extraordinário interposto contra o acórdão proferido no bojo do Tema 1031 do STJ, Corte que reconheceu o direito à aposentadoria especial destes profissionais, firmando a seguinte tese:

É possível o reconhecimento da especialidade da atividade de Vigilante, mesmo após EC 103/2019, com ou sem o uso de arma de fogo, em data posterior à Lei 9.032/1995 e ao Decreto 2.172/1997, desde que haja a comprovação da efetiva nocividade da atividade, por qualquer meio de prova até 5.3.1997, momento em que se passa a exigir apresentação de laudo técnico ou elemento material equivalente, para comprovar a permanente, não ocasional nem intermitente, exposição à atividade nociva, que coloque em risco a integridade física do Segurado.

A partir de embargos de declaração opostos pelo IEPREV, na condição de *amicus curiae*, o acórdão original foi integrado, sendo de se destacar o seguinte trecho:

4. Com razão a parte embargante, isso porque ficou consignado no voto-vista da eminente Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, que **em que pese a atual redação do art. 201, § 1º, II, da Constituição Federal, dada pela EC 103/2019, a matéria relativa à aposentadoria especial, na forma da EC 103/2019, não é auto-executável, estando a depender de lei complementar regulamentadora, de tal sorte que subsiste a legislação infraconstitucional, que prevê, no art. 57 da Lei 8.213/91, aposentadoria especial pelo trabalho em condições que prejudiquem a integridade física**, bem como no seu § 4º que ‘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’ (fls. 638/639).

O Relator do Tema 1.209 foi, até o momento, o Presidente da Corte, Ministro Luiz Fux. Em relação à tese consagrada ficou vencido o Ministro Edson Fachin, que não reconheceu a repercussão geral no caso concreto; o Ministro Gilmar Mendes não se manifestou.

Em seu voto, que foi acompanhado pela maioria da Corte, indicou a repercussão econômica da questão, aderindo à manifestação da AGU no sentido de que o tema em questão pode custar aos cofres públicos cerca de R\$ 154 bilhões ao longo de 35 anos; alegou também que o STJ procedeu a uma expansão dos critérios diferenciados para aposentadoria especial constantes no art. 201, § 1º, da Constituição Federal, inclusive com as alterações feitas pela Emenda Constitucional.

Também aduziu o Presidente Fux que o Tema 1.209 não se confunde com o Tema 852 da repercussão geral, onde se discutiu a possibilidade de conversão de tempo especial em tempo comum e o Excelso Pretório reconheceu a inexistência de repercussão geral diante da matéria ser infraconstitucional.

Já tivemos a oportunidade, em outras ocasiões, de criticar o uso aleatório da barreira processual da *ofensa reflexa*, a qual é aventada (ou não) sem um critério muito regular por parte do Excelso Pretório¹.

Esse parece ser o caso aqui no Tema 1.209, pois os critérios para concessão da aposentadoria especial ao vigilante ou vigia, armado ou não, seguem basicamente descritos na Lei 8.213/1991, com redação dada pela Lei 9.032/1995.

¹ SERAU JR., Marco Aurélio. **Tema 1.102 da repercussão geral (revisão da vida toda) e o uso randômico da ofensa reflexa à Constituição**, in: FERNANDES, Ana Paula; SANTOS, Roberto de Carvalho; SERAU JR., Marco Aurélio (coord.). **Revisão da Vida Toda**. Belo Horizonte: Editora IEPREV, 2021.

Dessa mesma forma entendeu o STF no Tema 534 do STJ (atividade especial pelo risco da sujeição à eletricidade) em que também foi interposto recurso extraordinário e, naquela oportunidade, não foi reconhecida a repercussão geral, bem como no já mencionado tema 852 do STF.

Assim, compreendemos que o Tema 1.209 cuida-se de **evidente matéria infraconstitucional**, a qual deveria levar ao **não conhecimento do recurso extraordinário interposto pelo INSS e o reconhecimento da ausência de repercussão geral, ao menos no que diz respeito à redação anterior à Emenda Constitucional 103/2019**.

Em relação à configuração da aposentadoria especial após as alterações procedidas pela Emenda Constitucional 103/2019, concordamos com a perspectiva de que a aposentadoria especial passou a configurar, doravante, matéria constitucional.

De fato, o que já foi objeto de inúmeras críticas doutrinárias, a Emenda Constitucional 103/2019 produziu uma *nova arquitetura constitucional da Previdência Social*, desconstitucionalizando inúmeras temas previdenciários e, ao revés, constitucionalizando inúmeros outros.

Já tratei doutrinariamente deste tema em obra de minha autoria:

“As recentes propostas de Reforma Previdenciária, seja a PEC 287/2016 ou a PEC 6/2019, culminando na aprovação da Emenda Constitucional 103/2019, alteram o sentido dessas expressões, passando a prever o que venho denominando de neoconstitucionalismo às avessas.

Essa constitucionalização às avessas ou neoconstitucionalismo às avessas corresponderia a um fenômeno em que certos requisitos ou critérios para concessão de benefícios previdenciários e assistenciais seriam inseridos no texto da própria Constituição Federal.

O neoconstitucionalismo é caracterizado ou definido como a expansão do conteúdo constitucional. As normas constitucionais, tradicionalmente, eram tratadas como aquelas referentes unicamente ao modo de exercício do poder, repartição de poderes, direitos e garantias individuais, etc. (...)

Esse movimento possui como escopo dar dignidade constitucional a certos temas, em um sentido único de expansão dos direitos fundamentais.

(...)

O desenho trazido pela Emenda Constitucional 103/2019, todavia, vai no caminho inverso: constitucionaliza a regressão dos direitos fundamentais sociais através da estratégia de constitucionalizar temas até então tratados meramente pela legislação ordinária, engessando critérios mais rígidos para a obtenção de direitos previdenciários.”

(SERAU JR., Marco Aurélio. **Seguridade Social e direitos fundamentais**, 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2020, p. 216.)

A Emenda Constitucional 103/2019 cuidou da aposentadoria especial, direta e explicitamente, em diversos de seus dispositivos.

Portanto, a aplicabilidade do que foi decidido pelo STJ no Tema 1031 posteriormente à Emenda Constitucional 103/2019 resvala *a priori* em temas constitucionais e, assim, nesse item específico do Tema 1.209 compreendemos que a matéria possa ser examinada pelo STF.

No mérito, compreendemos que **os judiciosos argumentos apresentados pela Ministra Assusete Magalhães, no STJ, continuam plenamente válidos, mesmo perante a Emenda Constitucional 103/2019.**

Em relação aos **reflexos processuais dessa decisão proferida no Tema 1.209** do STF, vale dizer que, com fundamento nos artigos 1.035, § 5º, e 1.037, II, do Código de Processo Civil de 2015, foi determinada a **suspensão do processamento de todos os processos pendentes**, individuais ou coletivos, independentemente do estado em que se encontram, que versem sobre a questão tratada nestes autos e tramitem no território nacional.

Diante de tudo quando argumentado acima, e apesar de o STF já ter admitido a repercussão geral no caso em tela, consideramos que **o recurso extraordinário interposto pelo INSS deverá ser apenas parcialmente conhecido e, no mérito, a tese a ser apreciada no Tema 1.209 somente poderá tratar do conteúdo normativo da Constituição Federal após as alterações praticadas pela Emenda Constitucional 103/2019, não abarcando o exame dos requisitos para concessão de aposentadoria especial aos vigilantes anteriormente à Reforma Previdenciária, por se tratar de evidente matéria infraconstitucional, pugnando também pela manutenção, no mérito, da possibilidade de aposentadoria especial aos vigias e vigilantes, mesmo desarmados, conforme fixado pelo STJ, cujos argumentos prevalecem, mesmo diante da Reforma Previdenciária.**

Belo Horizonte, 19 de abril de 2022.

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

Diretor Científico



IEPREV

**INSTITUTO DE ESTUDOS PREVIDENCIÁRIOS,
TRABALHISTAS E TRIBUTÁRIOS**