

Análise crítica do tema 1.031 do superior tribunal de justiça

Critical analysis of 1031 precedent of the high court of justice

DOI:10.34117/bjdv7n11-022

Recebimento dos originais: 12/10/2021

Aceitação para publicação: 04/11/2021

Niels Henrick Souza Lima

Pós-Graduado em Direito Previdenciário

No momento não estou vinculado a nenhum curso ou instituição de ensino.

Avenida Oswaldo Cruz, 217 - sala 205, Maurício de Nassau, Caruaru (PE).

E-mail: nielsadvogado@gmail.com

RESUMO

O trabalho trata-se sobre a análise crítica do tema 1.031 do STJ. A importância do tema reside no fato que a tese fixada possui força vinculante perante as demais jurisdições ordinárias. O problema da demanda está presente nas implicações trazidas em decorrência da tese fixada no referido julgamento. A pesquisa é do tipo exploratória, com abordagem qualitativa e método indutivo. Em relação aos objetivos do artigo referimos pela discussão sobre a evolução do risco social protegido na aposentadoria especial e, necessidade de proteção social da periculosidade enquanto elemento caracterizador para aposentadoria especial. Ao passo que após a discussão de todos os argumentos aduzidos no trabalho se obteve na conclusão do trabalho que o julgamento pelo STJ foi coerente e congruente com a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, perpassando pela historicidade dos institutos jurídicos e efetividade da legislação, vez que apesar de não enumerada explicitamente na legislação, a periculosidade, é agente nocivo capaz de ensejar o deferimento da aposentadoria especial aos vigilantes.

Palavras-chave: Aposentadoria especial, periculosidade, vigilante.

ABSTRACT

This paper is about the critical analysis of the precedent 1.031 from Superior Justice Courte from Brazil (Superior Tribunal de Justiça). The importance of paper lies in the fact that the established thesis has binding force to others ordinaries jurisdictions. The demand problem is present in the sources brought as a result of this fixation in the aforementioned judgment. The search is exploratory, with a qualitative approach and an inductive method. In relation to the objectives of the article, we refer to the discussion on the evolution of the social risk protected in special retirement and the need for social protection from danger as a characterizing element for special retirement. While after discussing all the arguments adduced in the paper, it is obtained at the conclusion of the paper that the judgment by the STJ was coherent and congruent with the systematic interpretation of the legal system, passing through the historicity of the legal institutes and the effectiveness of the legislation, since despite of not explicitly listed in the legislation, dangerousness is a harmful agent capable of giving rise to the deferral of special retirement to Watchman.

Keywords: Special retirement, dangerousness, Watchman.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é análise do TEMA 1.031 do STJ no qual se discutiu a possibilidade de reconhecimento da atividade especial após a edição do decreto 2.172/97 para o vigilante e, se é imprescindível o uso de arma de fogo para tanto.

A importância do tema se traduz na vinculação da tese firmada pelo STJ no julgamento em sede de casos repetitivos pelas demais jurisdições. O estudo do referido tema perpassa a análise da evolução histórica do trabalho e aposentadoria especial, como também, a definição da periculosidade e da profissão de vigilante.

A partir da construção argumentativa acima se tem que é possível discutir a congruência ou não do TEMA 1.031 do STJ no que tange a fixação de tese e seleção de argumentos e ponderação de direitos.

A pesquisa é do tipo exploratória, com abordagem qualitativa e método indutivo. Sendo que a problemática principal é o questionamento da congruência da tese firmada e quais são suas implicações, considerando que a decisão do tema 1.031 possui efeito vinculativo perante as jurisdições ordinárias.

2 CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL PRÉVIO AO FORMATO ATUAL DA APOSENTADORIA ESPECIAL

A revolução industrial é um fenômeno importantíssimo para entender a aposentadoria especial, sendo que a revolução industrial, é um processo social iniciado no século XVIII na Inglaterra determinante para entender a modificação dos modos de produção capitalista, fato este que gerou o êxodo rural, desenvolvimento da energia e maquinário, concentração do capital e pressão sociopolítica para que a burguesia comercial tivesse maior representação social. É importante dizer que se iniciou a pressão no parlamento inglês para criação de leis para regulamentar o trabalho industrial, com fixação de jornada máxima, idade mínima para trabalho e fiscalização das condições ambientais de trabalho. (Ladenthin, 2020).

A revolução industrial já mencionada trazia um cenário social caótico, com crianças trabalhando em ambientes insalubres, adultos com jornadas de trabalho muito extensas e nenhuma garantia prevista em lei, este substrato social provocou a edição de leis no parlamento inglês, dentre as quais se destaca a *Factories Act* e *Factories Law*. (Camisassa, 2016)

A pressão social advinda da industrialização rápida gerou ruptura da tessitura social e originou massas gigantescas empobrecidas que não vislumbravam uma melhoria

na qualidade de vida, assim, surge uma técnica de proteção social amparada sob três pilares: seguros sociais, sistema de responsabilidade dos acidentes de trabalho e um regime de compensação dos encargos familiares. (Savaris, 2019).

A partir de 1883 o chanceler alemão Otto von Bismarck aprovou leis e diretrizes que montaram o regime de seguro social alemão primitivo, tendo previsto o seguro-doença, seguro acidente de trabalho, seguro velhice e invalidez. Considerado um sistema corporativista e conservador no qual a filiação era obrigatória, não havia pagamento de compensação para problemas decorrentes de genética ou anterior a filiação, sem falar que sem contribuições não havia pagamento de compensação. (Savaris, 2019).

A técnica protetiva da seguridade social surgiu no Brasil ao poucos e foi estruturada e centralizada em órgãos recentemente, temos que já no século XVI a igreja católica fundou as casas de misericórdia para ofertar atendimento hospitalar aos menos favorecidos, ao passo que 1824 na constituição imperial fora positivados os socorros públicos. Em 1835 foi criado no país uma entidade privada mutualista a fim de cobrir certos riscos para os servidores do Estado (Montepio Geral dos Servidores do Estado). (Magalhães, 2018).

Em relação aos acidentes de trabalho o código comercial de 1850 – parte do referido código ainda se encontra vigente no país, em seu art. 79 previa o pagamento do rendimento pelos empregadores por no máximo três meses em acidentes não culpáveis e imotivados. O decreto legislativo n. 3.724/1919 impôs a obrigatoriedade do seguro aos acidentes de trabalho, posteriormente, o decreto legislativo n. 4.682 de 1923 (Lei Eloy Chaves) é considerado a primeira norma sobre a previdência social quando prevê o fundo de pensão dos ferroviários, uma vez que os instrumentos legais anteriores tinham um caráter indenizatório civilista. (Magalhães, 2018).

Nos anos seguintes houve ampliação da cobertura securitária e a técnica foi sendo adotada por vários países do globo, impulsionados pela OIT e textos sobre os direitos humanos aprovados em organismos internacionais. Em destaque se encontra o sistema de seguridade social estadunidense editado pelo *Social Security Act* em 1935 no qual previa seguro por velhice e morte e outras indenização para combater a pobreza, como por exemplo o seguro para o desemprego, no qual em grande parte não havia contribuição prévia necessária. (Savaris, 2019).

A década de 30 e seguintes se caracterizaram pela ampliação e desenvolvimento das caixas de aposentadorias e pensões de cada categoria profissional, deixando de ser geridas pelas empresas para passar para as maiores de associações profissionais de nível

nacional. Constitucionalmente na carta de 1934 foi previsto regras de custeio da seguridade social impondo a contribuição tripartite (ente público, empregadores e empregados). A próxima modificação importante se deu em 1946 quando a constituição previu benefícios para cobrir os riscos de maternidade, velhice, doença, invalidez, morte e maternidade. (Magalhães, 2018).

Em 1960 foi editado a LOPS – Lei orgânica da previdência social n. 3.807/1960 na qual o regime de previdência foi unificado, trazendo a uniformização dos critérios para concessão dos benefícios previdenciários, incluindo os benefícios de auxílio-natalidade, auxílio-reclusão, auxílio-funeral e assistência social. (Magalhães, 2018).

A lei complementar n. 11/1971 instituiu o FUNRURAL a fim de que houvesse o amparo dos trabalhadores rurais pela previdência social. O decreto lei n. 72/1966 criou o INPS, atualmente INSS, órgão que unificou em um único instituto o sistema previdenciário brasileiro, colocando, desta forma nas mãos do Estado esta organização e gestão. (Magalhães, 2018).

Já lei n. 6.439/1977 criou o SINPAS que seria um sistema formado por diversos órgãos para implementar as políticas de assistência e previdência social. A exemplo temos o INPS, IAPAS, INAMPS, DATAPREV etc. A partir da Constituição Federal de 1988 foi inaugurado uma nova ordem constituição com a centralização da assistência social e previdência social no INSS, como também, a matéria constitucional ganha relevo constitucional e passa por forte destaque e discussão quanto ao quesito custeio, sendo o último motivo grande precursor da última reforma da previdência EC 103/2019. (Magalhães, 2018).

Após entender a construção da relação de trabalho e evolução legislativa é preciso entender o que seria a aposentadoria especial e a sua importância enquanto técnica protetiva estatal para os trabalhadores. Wladimir Novaes Martinez conceitua aposentadoria especial como: “Uma indenização social pela exposição de agentes nocivos ou possibilidade de prejuízos à saúde do trabalhador, distinguindo-se da aposentadoria por tempo de contribuição e da aposentadoria por invalidez” (Wladimir apud Ribeiro, 2021, p. 27).

A distinção primordial entre a aposentadoria especial e as demais espécies é que nesta aposentadoria o fato gerador é a exposição efetiva e permanente aos agentes nocivos à saúde e a integridade física, logo, a razão de ser deste benefício é impedir a invalidez ao permitir a aposentadoria antes dos demais segurados, portanto, a técnica é inversa a aposentadoria por invalidez que atua pós o problema da invalidez substituindo a renda do

segurado, ao passo que a aposentadoria especial pretende proteger o segurado da invalidez. (Schuster et al, 2016).

A lei n. 3.807/1960 foi responsável pela instituição da aposentadoria especial que a época se dava pela categorização profissional, isto é, havia previsão por meio de decretos das atividades profissionais nas quais se presumiam à nocividade por penosidade, periculosidade e insalubridade. (Ribeiro, 2021).

É necessário destacar que o anexo do decreto n. 53.831/64 previu as atividades profissionais e os agentes químicos, físicos e biológicos para efeitos de enquadramento como atividade especial até a entrada em vigor do decreto 2.172/1997. (Ribeiro, 2021).

Lembramos que o decreto n. 63.230/68 previu a conversão do tempo especial, vez que sempre houve a diferenciação entre as atividades que exigiam 15, 20 e 25 anos de tempo de contribuição levando em consideração a agressividade do agente nocivo à saúde, logo, o segurando que laborasse em uma atividade que exigia 15 anos de tempo de serviço e não completasse o referido tempo e passasse a exercer outra atividade especial que exigia 20 ou 25 anos de tempo de serviço, era permitido converter o tempo especial inicial para os padrões de 20 ou 25 anos, respectivamente e vice-versa. (Ribeiro, 2021).

Posteriormente, o texto original da Constituição de 1988 previu aposentadoria com requisitos diferentes aos demais segurados por razão de exposição a agentes que prejudicassem à saúde ou a integridade física prevista em lei. A previsão legislativa veio na lei 8.213/91 que perpetuou a categorização profissional e permitiu a conversão de tempo especial em comum e vice-versa. (Ribeiro, 2021).

Ao passo que a lei n. 9.032/95 alterou a lei n. 8.213/91 que passou a exigir a comprovação da exposição ao agente nocivo que até então era presumida que determinadas categorias (profissões) estavam expostas. O decreto n. 3.048/99 proibiu a conversão de tempo especial em comum, tão somente sendo permitido a conversão de tempo especial em comum. (Ribeiro, 2021).

A última grande alteração da aposentadoria especial foi a emenda constitucional n. 103/2019 que preservou o direito adquirido, trouxe uma regra transitória e algumas regras de transição. Os segurados que tiverem atingido os requisitos antes da reforma da previdência terão acesso as regras anteriores a alteração em homenagem ao direito adquirido, que em tese garantem um benefício mais vantajoso. (Ribeiro, 2021).

A mesma emenda constitucional trouxe as regras de transição que seriam as regras para os indivíduos que apesar de terem entrado no sistema previdenciário antes da EC 103/19 não logram êxito em atingir o direito adquirido, portanto, lhes será permitido se

aposentar com regras intermediárias, isto é, em comparação as regras antigas e a as atuais. (Ribeiro, 2021).

Os segurados que não se encaixem nas regras anteriores por iniciar a contribuição pós EC 103/19 deverão estar submetidos a regra transitória, pois, ficou cunhado na Constituição Federal que as regras lá mencionadas com edição da referida reforma estaria em vigor apenas até edição de lei complementar pelo Congresso Nacional regulamentando a aposentadoria especial. (Ribeiro, 2021).

Dentre as grandes alterações pela Reforma da Previdência (EC 103/2019) na aposentadoria especial, estão: a delimitação de exposição efetiva a agentes químicos, físicos e biológicos, por 15, 20, e 25 anos, sendo que foi instituída idade mínima, respectivamente, 55, 58 e 60 anos, como também, impediu que o trabalho prestado a partir da emenda pudesse ser convertido de especial em comum. (Ribeiro, 2021).

Isto posto, acima restou visitado os principais instrumentos jurídicos que ao longo dos anos foram delimitando a aposentadoria especial. Abaixo resta correlacionado um conceito doutrinário para aposentadoria especial enquanto conclusão da seção, vejamos:

O conceito-base da aposentadoria especial é, portanto, a sujeição do segurado aos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física pelo tempo mínimo estabelecido em lei (15, 20 ou 25 anos), cujo objetivo principal é proteção do trabalhador, proporcionando-lhe uma prestação de natureza eminentemente protetiva. (LADENTHIN, 2020, p. 38).

3 DISCIPLINA NORMATIVA E COMPREENSÕES DA PROBLEMÁTICA

Entendido o fato gerador da aposentadoria especial é preciso entender qual seria o conceito de atividade periculosa e a sujeição dos vigilantes/guardas a este regramento. Assim, podemos entender como periculosidade a iminência de um risco em razão do exercício de determinada função, logo, é o risco adicional se compararmos aos demais exercícios profissionais que está sujeito a integridade física do segurado, como por exemplo, sofrer um acidente elétrico, ser vítima de uma ação criminosa ou explosão. (Salame, 2018). A atividade especial de vigilante era enquadrada como periculosa pelo decreto n. 53.831/64 até a lei 9.032/1995, sendo que entre 1995 e o decreto n. 2.172/97 era necessário que houvesse a prova por qualquer meio, já que não era mais permitido a sua presunção por enquadramento. Sendo que o decreto n. 2.172/97 não previu a periculosidade como atividade especial. (Salame, 2018).

Posteriormente as alterações supracitadas o fundamento para postular aposentadoria especial por periculosidade foi a EC n. 20/98 no qual previa no art. 1º que

era possível a aposentadoria especial por agentes que prejudicassem a saúde ou a integridade física, assim, a periculosidade agrediria a integridade física do segurado. (Salame, 2018).

A jurisprudência não era consolidada no STJ, mas já era possível encontrar diversos entendimentos nos tribunais locais favoráveis ao entendimento de reconhecer a atividade periculosa a partir da ofensa a integridade física. (Ribeiro, 2021).

É possível apontar que a integridade física é um bem jurídico que abrange a defesa do corpo físico e psíquico, isto é, preservação da saúde e do bem-estar. Portanto, a defesa da integridade física não coíbe apenas as agressões físicas, mas, toda ação que viole o direito à saúde, bem-estar, segurança e qualidade de vida, tal qual é defendido na Constituição Federal, nos arts. 5º, 6º e 225. (Freitas, 2016).

A partir da emenda constitucional 103/19 foi suprimido o fundamento constitucional da periculosidade, vez que o texto constitucional passou a ter a seguinte redação:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

(...)

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019). (BRASIL, 1988, Art. 201).

É válido destacar que no projeto da PEC da EC 103/19 era previsto a expressa exclusão da periculosidade que fora suprimido durante a votação do Congresso Nacional. Conforme dito anteriormente a regra trazida pela EC 103/19 é transitória, assim, é dito que caberá ao Congresso regulamentar tal benefício, assim, a proposta de lei complementar n. 245/2019 apresentada pelo Senador Eduardo Braga prevê a aposentadoria especial por periculosidade. (Ladenthin, 2020).

Vejam os:

Art. 3º A exposição a risco à integridade física se equipara à situação de que tratam a alínea c do inciso I e a alínea c do inciso II do art. 2º, na forma do regulamento, nas atividades de:

I – vigilância ostensiva e transporte de valores, ainda que sem o uso de arma de fogo, bem como proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações de município; (Brasil, 2019).

Portanto, atualmente a aposentadoria especial por periculosidade não encontra respaldo constitucional, ainda restando o argumento da ofensa a integridade física na lei n. 8.213/91, como também, as disposições em jurisprudência, contudo, é certo que o INSS continuará negando o enquadramento por periculosidade com mais veemência após a EC n. 103/2019. (Ladenthin, 2020).

Um argumento primordial para defesa do enquadramento da atividade periculosa como especial reside no fato que desde a súmula 198 do Extinto Tribunal Federal de Recursos é consolidado na jurisprudência que os decretos que dispõem sobre os agentes nocivos à saúde ou à integridade física são somente exemplificativos e não taxativos, logo, poderá haver outros agentes não previstos em lei, desde que efetivamente agridam o segurado. (Ladenthin, 2020).

Segundo o entendimento pela não taxatividade dos instrumentos legais a fim de que haja reconhecimento da nocividade do agente e consequente cômputo como atividade especial, seguiram diversos julgados na TNU e Tribunais Regionais Federais até o STJ consolidar em rito de controvérsia pelo caráter exemplificativo do decreto n. 2.172/97 ao permitir o enquadramento da atividade periculosa pela eletricidade mesmo após exclusão pelo decreto n. 2.172/97. (Ladenthin, 2020).

Vejam os o entendimento do STJ acima mencionado:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE ELETRICIDADE. SUPRESSÃO PELO DECRETO 2.172/1997 (ANEXO IV). ARTS. 57 E 58 DA LEI 8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. AGENTES PREJUDICIAIS NÃO PREVISTOS. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. SUPORTE TÉCNICO MÉDICO E JURÍDICO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE (ART. 57, § 3º, DA LEI 8.213/1991).
1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com o escopo de prevalecer a tese de que a supressão do agente eletricidade do rol de agentes nocivos pelo Decreto 2.172/1997 (Anexo IV) culmina na impossibilidade de configuração como tempo especial (arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991) de tal hipótese a partir da vigência do citado ato normativo. 2. 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 trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991). Precedentes do STJ. 3. 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. 4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2012).

Não menos importante, é possível apontar o art. 193 da CLT para fins de conceituação da atividade periculosa, como também, previsão legal, vez que o motivo para concessão da aposentadoria especial e destes adicionais de periculosidade e insalubridades são os mesmos, ainda que nem sempre o funcionário que perceba os adicionais está efetivamente exposto ao agente nocivo, senão vejamos:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:
I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;
II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (BRASIL, 1943)

Superado as discussões sobre o enquadramento da periculosidade enquanto atividade especial, é necessário definir quem é o vigilante/guarda. O Brasil é um país extremamente violento e este fenômeno criou enquanto resposta a proliferação de funções ligadas a guarda, vigilância e proteção de patrimônio, vez que o Estado não consegue cumprir sua obrigação constitucional em promover a defesa da propriedade privada. O surgimento da segurança privada no Brasil ocorreu durante a ditadura militar prevendo que os bancos mantivessem guardas privados a fim de evitar assaltos de organizações criminosas. (Salame, 2018).

A definição atual de vigilante está disposta nos artigos 10 e 15 da lei n. 7.102/1983, com redação dada pela lei n. 8.863 de 1994, vejamos:

Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:
I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;
II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.
(...)
§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas

privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.

Art. 15. Vigilante, para os efeitos desta lei, é o empregado contratado para a execução das atividades definidas nos incisos I e II do caput e §§ 2º, 3º e 4º do art. 10. (Brasil, 1983)

Assim, os vigilantes são profissionais que atuam na seara privada com o intuito que se respeitem a lei e se diminua a incidência de crimes. O mote que justifica a periculosidade da atividade do guarda/vigia ou vigilante é justamente o risco de dano físico, o estresse e o dano psicológico, como também, as condições precárias de trabalho as quais estão submetidos. (Salame, 2018).

Em um estudo que abordou diversos segmentos da segurança privada foi apontado que os maiores desafios para o exercício da profissão, são: a precarização das relações de trabalho decorrente da terceirização, desrespeitos as normas trabalhistas, condutas abusivas da gestão de mão-de-obra, equipamentos defasados, ausência de treinamento especializado, falta de horário para alimentação e local para realizar as refeições. (Vieira et al, 2010).

Em relação as doenças mais comuns aos vigilantes está o transtorno de estresse pós-traumático e desequilíbrios psíquicos pelos nervos à “flor da pele”. Sendo que o estresse pós-traumático é caracterizado pela reposta a um evento estressante de natureza excepcional e catastrófica, tendo como exemplos as violências sofridas pelos vigilantes em atos criminosos perpetrados durante o seu expediente. Ao passo que o clima tenso vivenciado no trabalho em razão da altas cobranças dos Gestores e relacionamento interpessoal difícil com os clientes colocam os vigilantes constantemente sob pressão e estresse contínuo. (Vieira et al, 2010).

Isto posto, é notório que a função de vigilante, guarda ou vigia tem o risco à integridade física associado ao ambiente de trabalho pernicioso como elemento intrínseco ao exercício da função como restou demonstrado acima.

Em relação ao regime probatório da atividade periculosa pela vigilância não possuía grandes discussões até a entrada em vigor da lei n. 9.032/1995 que proibiu o reconhecimento da atividade especial por enquadramento profissional. Sendo certo que a nomenclatura de vigia, vigilante e guarda não possuem grandes distinções segundo o CBO, possuindo apenas algumas especificidades em sua diferenciação, mas, sem reduzir ou eliminar a periculosidade, sendo, portanto, todas as atividades relacionadas à segurança pessoal e patrimonial. (Ladenthin, 2020).

O INSS na instrução normativa n. 20/07 trazia no art. 170 a mesma definição para vigia, vigilante e guarda, não era exigido o porte de arma, sendo tal fato irrelevante para fins de caracterização da atividade especial, contudo, contrariamente a este entendimento administrativo a TNU firmou na súmula 26 o seguinte enunciado: “A atividade de vigilante enquadra-se como especial, equiparando-se à de guarda, elencada no item 2.5.7. do Anexo III do Decreto n. 53.831/64. (BRASIL, Turma nacional de uniformização, 2005)”.

Isto posto, somente seria possível o reconhecimento da especialidade da atividade pela periculosidade, independentemente da arma de fogo, na seara administrativa, sendo que novamente é gerado uma controvérsia quando é solidificado o entendimento administrativo de não permitir o reconhecimento da atividade especial periculosa após a lei n. 9.032/1995 diferentemente do entendimento jurisprudencial acima construído. (Ladenthin, 2020).

Abaixo será correlacionado um resolução do conselho pleno do CRPS (Resolução n. 17/2018), apesar de não possuir caráter vinculativo na estrutura administrativa, é fruto do entendimento comumente aplicado pelo INSS e sintetizado pela estrutura recursal da autarquia. Vejamos:

APOSENTADORIA ESPECIAL. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. Divergência jurisprudencial entre as atividades de vigilante a partir de 29.04.1995. Competência para análise deste Conselho pleno da forma do art. 3º inc. II do Regimento Interno do CRSS aprovado pela portaria MDAS n. 116/2017. Pressupostos de Admissibilidade do pedido alcançados na forma do art. 63 do mesmo regimento. A lei n. 9.032/95 aboliu a modalidade de enquadramento por categoria profissional não sendo permitido ao conselho enquadrar a atividade de vigilante a partir de 29.04.1995, por inexistência de previsão legal. Estrita observância do julgamento ao previsto em lei, decreto e ato normativo ministerial, na forma do art. 69 do Regimento Interno do CRSS. Pedido de Uniformização conhecido e improvido. (Processo 44232.596485/2016-41, NB 46/173.177.877-2, Relator: Rodolfo Espinel Donadon, Conselho Pleno, julgado em 27.02.2018).

Isto posto, resta como controvérsia da matéria discutida acima se seria necessário o porte de arma para existir a periculosidade e se seria possível enquadramento das atividades perigosas pós lei n. 9.032/1995. Logo, estes dois pontos foram essenciais na afetação e julgamento do tema 1.031 do STJ que será analisado abaixo.

É necessário realizar um adendo no presente trabalho com a finalidade de apontar os requisitos genéricos necessários para concessão da aposentadoria especial do vigilante, sendo eles: o tempo mínimo de contribuição (25, 20 e 15 anos), idade mínima a partir da EC 103/19, exposição ao agente nocivo à saúde ou à integridade física – no caso a

periculosidade se enquadra no conceito de ofensa a integridade física, carência e somado aos critérios de permanência (impossibilidade de dissociar a exposição do agente ao exercício do trabalho) e nocividade do agente. (Ladenthin, 2020).

Ao passo que em relação ao contexto probatório da aposentadoria especial até a lei n. 9.032/95 se dava por meio de enquadramento, após a referida lei por qualquer meio de prova e a partir de 01º de janeiro de 2004 se dá por apresentação do PPP devidamente preenchido com base em laudo técnico e/ou médico. (Savaris, 2019).

4 ORIENTAÇÃO JURÍDICA DA TESA DEFINIDA NO TEMA 1.031 PELO STJ

Conforme exemplificado acima dois dos pontos mais controvertidos dentro da aposentadoria do vigilante eram: a possibilidade do reconhecimento do agente perigoso, como também, a impossibilidade ou não do porte da arma de fogo. Portanto, o STJ afetou em 25 de setembro de 2019 a seguinte questão que levou a julgamento: “Possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da lei 9.032/1995 e do decreto 2.172/1997, com ou sem uso de arma de fogo.” (Ladenthin, 2020, p. 128).

Antes de adentrar no mérito do julgamento do tema 1.031 do STJ é preciso pontuar como se dá a técnica de julgamento de casos repetitivos em sede de Recurso Especial. A técnica utilizada pelo direito brasileiro se refere ao caso-piloto, isto é, o Tribunal responsável pelo julgamento repetitivo selecionará alguns processos, delimitará a matéria afetada, ficando os processos relacionados ao caso-piloto sobrestados até o julgamento, com prazo de julgamento de até 1 ano, sendo que será definido uma tese a ser aplicada em todos os casos e, por fim, será julgado pelo Tribunal o caso concreto, decidindo, se é cabível a aplicação da tese ou não. (Didier, 2016).

É importante destacar que a tese firmada em julgamento repetitivo se torna um precedente vinculante que obriga os julgadores a sua observação, cabendo, caso aplicado em contrariedade reclamação ao Tribunal competente em obediência ao código de processo civil. (Didier, 2016).

É preciso destacar que o STF decidiu no RE 1.215.727 (tema 1.057 do STF) que não seria devido aposentadoria especial aos servidores guardas municipais submetidos aos RPPS. Tal entendimento decorreu da ausência de equiparação pelo STF dos guardas municipais aos policiais civis que são regulamentados pela LC n. 51/85, com previsão constitucional no art. 40, inciso II da CF/88. Assim, tal discussão não envolveu o reconhecimento da atividade perigosa enquanto atividade especial após a EC 103/19,

com a previsão dada pelo art. 57 da lei 8.213/91, portanto, o tema 1.057 do STF não guarda relação com o tema 1.031 do STJ. (Brasil, STF, 2019)

Foram três processos selecionados para se discutir o tema 1.031, todos interpostos pelo INSS, sendo que as razões do REsp 1831371/SP se defendeu que sem o porte de arma de fogo era impossível reconhecer a atividade especial de vigilante; ao passo que o REsp 1831377/PR discute que mesmo com arma de fogo é impossível o reconhecimento da periculosidade como atividade especial pós decreto 2.172/97 por expressa ausência legal e; por fim, o REsp 1830508/RS é construído com o argumento principal de ausência de lastro constitucional e legal para reconhecimento da atividade especial após o decreto supramencionado. (Brasil, STJ, 2021).

Seguindo a jurisprudência do STJ sobre a não-taxatividade dos decretos e leis aos descreverem os agente nocivos à saúde e a integridade física, aliado aos direitos fundamentais, foi firmada a seguinte tese no tema 1.031 do STJ, vejamos:

É admissível o reconhecimento da especialidade da atividade de Vigilante, 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. (Brasil, STJ, 2021, p.1)

No voto do relator sobre o tema é preciso destacar o trecho que poderia sintetizar toda a argumentação sobre a necessidade de reconhecimento da atividade especial periculosa enquanto agente violador da integridade física após o decreto n. 2.172/97, para fins de aposentadoria especial, vejamos:

Assim, o fato de os decretos não mais contemplarem os agentes perigosos não significa que eles – os agentes perigosos – tenham sido banidos das relações de trabalho, da vida laboral ou que a sua eficácia agressiva da saúde do Trabalhador tenha sido eliminada. Também não se pode intuir que não seja mais possível o reconhecimento judicial da especialidade da atividade, já que todo o ordenamento jurídico-constitucional, hierarquicamente superior, traz a garantia de proteção à integridade física e à saúde do Trabalhador. (Brasil, STJ, 2021, p.2).

Em relação ao porte de arma temos que destacar o fato que o enunciado 14 do Conselho de Recurso aponta para o enquadramento do vigia e guarda independentemente do uso de arma de fogo, acrescentando que o risco de assaltos, transtornos psíquicos e

cotidiano da profissão podem firmar o entendimento pela periculosidade, segundo apresentado da seção anterior.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema 1.031 do STJ ao definir a tese pela possibilidade do reconhecimento da atividade periculosa do vigilante após o decreto n. 2.172/1997, independentemente do uso de arma de fogo levou em consideração uma forte construção doutrinária que perpassa pela revisão histórica do tema.

A aposentadoria especial como benefício que visa a partir do princípio da precaução defender a saúde e integridade física do segurado exposto efetivamente e de modo não intermitente aos agentes nocivos não pode ter como limitador um instrumento legal em razão de ser quase impossível a catalogação de todos os riscos e profissões, logo, tais instrumentos legais possuem tão somente um caráter exemplificativo.

Sem analisar o caso concreto e provas, seria limitar a atividade jurisdicional a mera subsunção da norma ao fato. Negar a nocividade da atividade periculosa é afastar os direitos fundamentais ao emprego, a dignidade da pessoa humana e ao próprio meio ambiente equilibrado, como também, a defesa da própria saúde e integridade física do indivíduo.

Conforme análise histórica, a partir da revolução industrial o trabalho sofreu uma inovação brutal que criou situações e profissões necessária ao progresso, mas em contrapartida o ambiente de trabalho pernicioso expunha os trabalhadores em grau maior que o aceitável ou tolerável a situações de risco e, em várias profissões o risco até os dias atuais não foi eliminado.

Em relação aos vigilantes e guardas, os estudos apresentados apontam para traumas psicológicos após atos violentos, ambientes estressantes e desagradáveis que se relacionam ao exercício da função de vigilância e proteção do indivíduo e da propriedade privada que em todos os momentos estão sujeitos a atos de violência, independente do uso de arma de fogo.

Administrativamente, o Conselho de Recursos no enunciado 14 já reconhece que a periculosidade está presente independente ao uso de arma de fogo, tal qual, a doutrina já defendia, sendo que a única inovação ocorreu na TNU que definiu na súmula 26 a imprescindibilidade do porte de arma de fogo no reconhecimento da atividade periculosa como especial.

Isto posto, o reconhecimento da atividade periculosa para fins de aposentadoria especial independentemente do uso de arma de fogo pelo vigilante ou vigia se torna coerente e medida justa, pois, decorre de análise histórica, interpretação sistemática do direito pátrio e valorização de estudos e provas da nocividade decorrente do exercício da atividade de vigilante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei Complementar n. 245/2019** de, 05 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8035426&ts=1624911573008&disposition=inline>>. Acesso em: 25 de julho de 2021.

BRASIL. Conselho Pleno do CRPS. **Resolução n. 17/2018**. A lei n. 9.032/95 aboliu a modalidade de enquadramento por categoria profissional não sendo permitido ao conselho enquadrar a atividade de vigilante a partir de 29.04.1995, por inexistência de previsão legal. In: ARAUJO, Gustavo Beirão. **Jurisprudência Administrativa Previdenciária Comentada**. São Paulo: Lupur Editora, 2020.

BRASIL. **Consolidação das leis de Trabalho**. Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n. 103**, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de julho de 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.102/1983**. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7102compilado.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.306.113 – SC**, Rel. Ministro Herman Benjamin, primeira seção, julgado em 14/11/2012, DJe 07/03/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1186239&num_registro=201200357988&data=20130307&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 25 de julho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 1.031**. Possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei 9.032/1995 e do Decreto 2.172/1997, com ou sem o uso de arma de fogo. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1831371>. Acesso em 31 de julho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1057**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 40, § 4º, e 144, § 8º, da Constituição Federal, a possibilidade de se conceder aposentadoria especial a guarda civil municipal sob o argumento de que ele exerce atividade de risco, não obstante a ausência de previsão em lei complementar federal para tanto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5713653&numeroProcesso=1215727&classeProcesso=ARE&numeroTema=1057#>>>. Acesso em: 31 de julho de 2021.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Súmula n. 26.** A atividade de vigilante enquadra-se como especial, equiparando-se à de guarda, elencada no item 2.5.7. do Anexo III do Decreto n. 53.831/64. Diário de Justiça: Brasília (DF), ano 2005, p. 620, 22 fev. 2007.

CAMISASSA, Mara Quiroga. **Histórias da segurança e saúde no trabalho no Brasil e no mundo.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/23/historia-da-seguranca-e-saude-no-trabalho-no-brasil-e-no-mundo/>. Acesso em: 13 de junho de 2021.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Cameiro da. **Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos Tribunais, recursos, ações de competência originária de Tribunais e querela nullitatis, incidentes de competência originária de Tribunal.** 13. Ed. Reform. Salvador: Ed. JusPovm, 2016.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. O direito à integridade Física e sua proteção penal. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 58, Rio de Janeiro, Janeiro de 2016.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial após EC 103/19.** Tese (Doutorado em Direito Previdenciário). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2020.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria Especial: teoria e prática.** 5ª Edição. Curitiba: Juruá, 2020.

MAGALHÃES, Luciana Ramires Fernandes. **Aposentadoria especial: uma análise a partir do Princípio da Proibição do retrocesso dos Direitos Sociais Fundamentais.** 2018. 102 f. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2018.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral de previdência social.** 11ª edição. Curitiba: Juruá, 2021.

SALAME, Edimara Salete. **A questão relativa ao reconhecimento da especialidade do labor prestado pelo vigilante armado diante da proteção constitucional à integridade física.** In LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; SERAU JR., Marco Aurelio; FOLMANN, Melissa. (Coords.). **Direito previdenciário nos 30 anos da Constituição Federal e 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos.**

SAVARIS, Jose Antônio. **A proteção acidentária no contexto da evolução dos Direitos de Proteção Social.** In LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; SERAU JR., Marco Aurelio; FOLMANN, Melissa. (Coords.). **Os 100 anos da proteção ao acidente de trabalho no Brasil.** Curitiba: IBDP, 2019.

SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário.** 8. ed. rev. Curitiba: Alteridade, 2019.

VIEIRA, Carlos; LIMA, Maria; LIMA, Francisco de Paula. **O cotidiano dos vigilantes: trabalho, saúde e adoecimento.** Belo Horizonte: FUMARC, 2010.