

**EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.**

**REFERENTE PROCESSO Nº RE 791961/PR**

**(TEMA 709).**

**EXCELENTÍSSIMO MINISTRO RELATOR**

**CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS APOSENTADOS, PENSIONISTAS E IDOSOS - COBAP**, vem, por seu procurador signatário, na condição de *Amicus Curiae* - nos termos do artigo 138, do Código de Processo Civil –, à presença de Vossa Excelência, nos moldes do que prescreve o artigo 1.022 e seguintes do já citado diploma processual, apresentar **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, passando a expor e requerer o que segue:

**I – DA LEGITIMIDADE DO REQUERENTE PARA INTERPOR OS PRESENTES EMBARGOS**

Apenas para que não reste qualquer dúvida acerca da legitimidade do ora embargante, importante aduzir que a **CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS APOSENTADOS, PENSIONISTAS E IDOSOS – COBAP** – já foi admitida como

“amiga da Corte” e, nessa qualidade, está legitimada a apresentar embargos de declaração, nos moldes do disposto no §1º do artigo 138 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

*“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.*

*§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.”*

Admitida a COBAP como *amicus curie*, forçoso reconhecer também sua legitimidade recursal.

Como será devidamente exposto a seguir, o acórdão desse e. STF que firmou a tese no Tema 709 apresenta, *data máxima venia*, vícios, razão pela qual o ora embargante vem, por meio desses embargos declaratórios, expor as questões e os pontos que precisam ser esclarecidos diante da existência de obscuridades e omissões que precisam ser supridas.

## **II – DA OBSCURIDADE. DO MOMENTO DA EFETIVA IMPLANTAÇÃO DA APOSENTADORIA**

Não resta qualquer dúvida quanto à fixação da data de início da aposentadoria especial. O voto condutor da decisão deixa claro que, em qualquer caso, a data de início do benefício deve coincidir com a DER, nos moldes do disposto no artigo 49 da Lei 8.213/91. Em outras palavras, ficou decidido que a implantação da aposentadoria especial não está condicionada ao afastamento do segurado da sua atividade e que os valores compreendidos entre a data do requerimento administrativo e a implantação da aposentadoria (DIP – data do início do pagamento) são devidos mesmo que o segurado tenha continuado a trabalhar na mesma atividade. Nesse sentido, eis alguns trechos do voto condutor:

*“Por sua vez, no tangente ao pleito de que se fixe como momento de início do benefício não a data de entrada do requerimento no INSS, mas sim aquela em que a autora efetivamente afastou-se da atividade especial, tenho que ele não prospera.*

...

*Quando, ao final do processo, o segurado tem seu direito à aposentadoria reconhecido e fica evidenciada a falta de fundamento para a resistência do INSS desde a entrada do requerimento, o segurado deve ser penalizado com a postergação da data de início do benefício para o momento em que ele se afastar da atividade? Com a devida vênia, aqui me afigura acertada a convicção esboçada pelo Tribunal a quo, o qual, a respeito desse ponto, assinalou que o segurado, quando prossegue no exercício da atividade, possui direito a receber as parcelas vencidas do benefício desde a data do requerimento administrativo.”*

Pois bem, em julgamentos anteriores, essa Corte já perfilou entendimento acerca da desnecessidade de devolução de valores recebidos a título de antecipação de tutela, quando se tratar de verbas de caráter alimentar. Essa irrepetibilidade, aliás, ficou assentada em recente julgado ocorrido na data de 06/02/2020, quando da apreciação dos embargos de declaração apresentados nos autos do RE. 661256 (Tema 503). Eis trecho do aludido julgamento, tão-somente na parte que aqui interessa:

*“O Tribunal, por maioria, deu parcial provimento aos embargos de declaração, para assentar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé, por força de decisão judicial, até a proclamação do resultado deste julgamento, e alterou a tese de repercussão geral, que ficou assim redigida: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ ou à ‘reaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”, vencidos os Ministros Edson Fachin, que acolhia os embargos em maior extensão, e o Ministro Marco Aurélio, que já havia votado no sentido de acolher os embargos apenas para prestar esclarecimentos, sem eficácia modificativa. Em seguida, o Tribunal, por maioria, decidiu preservar as hipóteses relativas às decisões transitadas em julgado até a data deste julgamento. Ficaram vencidos quanto às decisões transitadas em julgado os Ministros Dias Toffoli (Presidente e Relator), Gilmar Mendes e Luiz Fux. Quanto à fixação do marco temporal do trânsito em julgado, ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia, que fixavam a data de 27.10.2016. Na votação desses pontos, o Ministro Marco Aurélio reafirmou seu voto no sentido de que acolhera os embargos apenas para prestar esclarecimentos, sem eficácia modificativa, ficando, portanto,*

*vencido. Redigirá o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 06.02.2020.”*

Apesar disso e tão somente para evitar a discussão lá no juízo de origem, quando do cumprimento das sentenças, é de fundamental importância que essa questão seja devidamente esclarecida.

No voto condutor da decisão, Vossa Excelência refere que *“Efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial, a implantação do benefício, uma vez verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo, cessará o benefício previdenciário em questão”*.

Pois é aqui, justamente, que reside o grande receio de discussões futuras: **quando é que a aposentadoria especial pode ser considerada como EFETIVAMENTE IMPLANTADA?**

Salvo juízo em contrário, não há outra interpretação possível que não se considerar efetivamente implantada a aposentadoria somente quando diante do trânsito em julgado da decisão judicial. Em outras palavras, a aposentadoria cuja implantação se deu por decisão judicial ainda precária (medida judicial antecipatória) não pode ser considerada como efetivamente implantada, sob pena de se exigir do segurado que se afaste de sua função antes mesmo que tenha a certeza de que sua aposentadoria se tornou “definitiva”.

Mas não é apenas isso.

Caso se entenda que o afastamento da atividade nociva deva ocorrer antes do trânsito em julgado, iremos nos deparar com outras grandes dificuldades de ordem prática, pois será necessária a reabertura da instrução processual para que se verifique se o segurado continua ou se retornou a uma atividade nociva à sua saúde. Em outras palavras, estar-se-á impondo ao Poder Judiciário uma função de fiscal, o que, evidentemente, incumbe à Autarquia Federal. A verificação da continuidade ou do retorno ao trabalho (nos moldes referidos no voto condutor da decisão) deve ficar a cargo do INSS lá na via administrativa, devendo iniciar somente depois do trânsito em julgado e nos termos do disposto no artigo 254 da própria Instrução Normativa do INSS nº 77/2015, observando-se, obviamente, o contraditório. Ei-la:

*“Art. 254. A aposentadoria especial requerida e concedida a partir de 29 de abril de 1995, data da publicação da Lei nº 9.032, de 1995, em virtude da exposição do trabalhador a agentes nocivos, será cessada pelo INSS, se o beneficiário permanecer ou retornar à atividade que enseje a concessão desse benefício, na mesma ou em outra empresa, qualquer que seja a forma de prestação de serviço ou categoria de segurado.*

*§ 1º A cessação do benefício de que trata o caput ocorrerá da seguinte forma:*

*I - a partir de 3 de dezembro de 1998, data da publicação da MP nº 1.729, de 1998, convertida na Lei nº 9.732, de 1998, para as aposentadorias concedidas no período anterior à edição do referido diploma legal; e*

*II - a partir da data do efetivo retorno ou da permanência, para as aposentadorias concedidas a partir de 3 de dezembro de 1998, data da publicação da MP nº 1.729, de 1998.*

*§ 2º A cessação do benefício deverá ser precedida de procedimento que garanta o contraditório e a ampla defesa do segurado.*

*§ 3º Não será considerado permanência ou retorno à atividade o período entre a data do requerimento da aposentadoria especial e a data da ciência da decisão concessória do benefício.”*

A casuística certamente haverá de auxiliar na compreensão. Eis um caso concreto que comumente ocorre quando do processo judicial: o segurado, em decorrência de medida antecipatória, muitas vezes concedidas de ofício, tem sua aposentadoria especial implantada no curso do processo. Recebe o benefício por 2 (dois) anos e só então o processo chega ao fim, com o trânsito em julgado de sentença condenatória. Neste caso, pergunta-se: quando deveria ter ocorrido o afastamento da atividade? A verificação da continuidade ou retorno se dará na fase de cumprimento de sentença ou ficará a cargo do INSS, em procedimento administrativo autônomo? Caso se entenda que o afastamento deveria ter ocorrido lá na medida antecipatória, o segurado deverá restituir o que recebeu, caso tenha continuado a exercer a mesma atividade especial? E se o segurado se afastar e ao final a ação for julgada improcedente, teria direito de retornar ao trabalho? Como ficaria sua situação perante o seu empregador? **Como exigir a saída do emprego de alguém que não possui ainda a segurança jurídica da coisa julgada?**

Enfim, Excelência, todos esses questionamentos devem ser, desde logo, devidamente solvidos por meio do acolhimento dos presentes embargos, para que,

esclarecendo-se a obscuridade apontada, fique expresso que a aposentadoria especial estará EFETIVADA somente quando ocorrer o trânsito em julgado da decisão, não havendo que se falar em necessidade de afastamento da atividade antes do fim do processo. Somente assim preserva-se um mínimo de segurança jurídica, o que, ao que tudo indica, também foi pensado no voto condutor da decisão, conforme se extrai dos trechos abaixo colacionados:

*“... Dito de outro modo, o postulando efetivamente fazia jus ao benefício desde o requerimento administrativo. Deverá ele ser penalizado por uma resistência imotivada do INSS, sobretudo quando sabidamente os processos administrativo e judicial alongam-se por tempo demasiado? Não é razoável exigir o afastamento do trabalho logo quando da postulação, pois entre essa e o eventual deferimento decorre um tempo durante o qual o indivíduo evidentemente necessita continuar a obter renda para seu sustento, sendo incerto, ademais, nesse primeiro momento, inclusive, o deferimento da aposentação.*

*Quando, ao final do processo, o segurado tem seu direito à aposentadoria reconhecido e fica evidenciada a falta de fundamento para a resistência do INSS desde a entrada do requerimento, o segurado deve ser penalizado com a postergação da data de início do benefício para o momento em que ele se afastar da atividade?”*  
(grifei)

Antevendo a problemática aqui levantada, a da devolução dos valores recebidos pelo segurado enquanto aguarda a decisão final do processo, bem se posicionou o Ministro Alexandre de Moraes quando da apresentação suas razões de decidir no Tema 709. Eis trecho de seu bem fundamentado VOTO:

*“Entretanto, levando-se em consideração a boa-fé da beneficiária e o longo período decorrido até o julgamento do presente recurso, não há que se falar nem em cancelamento do benefício, nem em devolução dos valores recebidos.*

*De todo o exposto, conclui-se que a partir da publicação deste julgado, não se tolera mais a concomitância entre a percepção da aposentadoria especial e o exercício de atividades nocivas à saúde, ficando a autarquia autorizada a cancelar o benefício caso a autora delas não se afaste.”*

No entanto, não basta fixar a data da publicação desse julgado como marco inicial do dever do segurado em devolver os valores da aposentadoria especial recebidos em concomitância com o salário oriundo do trabalho em condições também especiais.

Com vistas a emprestar segurança jurídica, além de conciliar os princípios da dignidade da pessoa humana e do livre exercício do trabalho com o da proteção à saúde do trabalhador, a correta modulação dos efeitos dessa decisão deve considerar também a data do trânsito em julgado da decisão, não havendo que se falar em necessidade de afastamento da atividade antes do fim do processo.

Salvo juízo em contrário e com todas as vênias a entendimentos divergentes, a segurança jurídica ressaltada e perseguida no voto de Vossa Excelência somente será atingida se ficar expressamente consignado que o afastamento da atividade somente pode ser exigido após a publicação dessa decisão e a partir do momento em que se estiver diante de decisão definitiva, seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo.

### **III - DA OMISSÃO. DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. DA APOSENTADORIA ESPECIAL E DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019**

Com todas as vênias possíveis, parece que a decisão embargada deixou de apreciar questão imprescindível para o correto deslinde do tema posto em debate, apresentando vício de omissão que deve ser suprido por meio desses embargos.

Salvo juízo em contrário, não há como se decidir acerca da constitucionalidade ou não do disposto no §8º do artigo 57 da Lei 8.213/91, sem levar em conta a “nova ordem” constitucional, inaugurada pela Emenda 103, de 13 de novembro de 2019.

Conforme se depreende do voto condutor da decisão, esta Corte fundamentou seu posicionamento na necessidade de proteção à saúde e à integridade física do segurado/trabalhador, cuja norma em discussão teria, em tese, buscado resguardar. Em outras palavras, decidiu-se que o afastamento da atividade quando da concessão da aposentadoria especial se fazia necessário para preservar a própria integridade física do trabalhador. O eminente relator chegou a dizer que haveria uma presunção de incapacidade daquele que obteve a aposentadoria especial, além de que deveria haver um posicionamento que garantisse a harmonia entre os princípios do livre exercício do trabalho e daquele que protege a saúde do trabalhador.

Ocorre, Excelência, que, desde o advento da Emenda Constitucional 103, o trabalhador, ainda que atinja o tempo mínimo de trabalho em condições especiais, não pode mais optar por sua aposentadoria, devendo, agora, implementar uma idade mínima para, só então, atingir o direito a aposentação. É o que impõe a redação do artigo 19 da referida Emenda. Ei-lo:

*“Art. 19. Até que lei disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social após a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional será aposentado aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, com 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20(vinte) anos de tempo de contribuição, se homem.*

*§ 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria:*

*I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:*

*a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;*

*b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou*

*c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição;”*

Mas não é só. A “nova” aposentadoria especial somente terá uma renda mensal inicial integral – 100% da média - se o trabalhador CONTINUAR TRABALHANDO APÓS ATINGIR O TEMPO MÍNIMO. Ou seja, desde 13/11/2019, o legislador passou a estimular o trabalhador a continuar exercendo suas atividades especiais, mesmo quando expostas a agentes agressivos à sua saúde, “dizendo-lhe” que, quanto maior for o tempo de exposição, maior será o valor da sua aposentadoria.

A partir da decisão proferida nos autos, pode-se chegar a uma situação concreta no mínimo inusitada. Imaginemos dois trabalhadores da área da saúde. Um



deles, por implementar o tempo mínimo (25 anos) antes do advento da EC. 103/2019 e requerer sua aposentadoria especial, precisará, nos moldes da decisão proferida por esta Corte, deixar sua atividade. No entanto, aquele outro trabalhador, também da área da saúde, mas que, na data da EC. 103/2019, ainda não havia implementado o tempo mínimo, não só não poderá postular sua aposentadoria ao atingir os 25 anos de trabalho em condições especiais como estará OBRIGADO a se manter nessa função até os 60 anos de idade. Ora, será mesmo que o disposto no §8º do artigo 57 da Lei 8.213/91 é compatível com a nova Ordem Constitucional? Será que trabalhador que implementou as condições antes da EC. 103 merece maior proteção que os demais?

O que parece é que o §8º do artigo 57 da Lei 8.213/91 não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, inaugurada após a edição da EC nº 103/2019.

Verifica-se, portanto, que o acórdão ora embargado não analisou a questão à luz da nova ordem constitucional, deixando de levar em consideração as normas da EC nº 103/2019, de modo que esses embargos declaratórios merecem ser providos para, suprimindo a OMISSÃO apontada, com atribuição de efeitos infringentes, declarar a inconstitucionalidade do §8º do artigo 57 da Lei 8.213/91.

#### **IV – DA CONTRADIÇÃO – SUSPENSÃO OU CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO NA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESPECIAL**

Percebe-se, na decisão embargada, pela leitura da própria ementa, clara contradição entre dois diferentes termos utilizados no caso de retorno do trabalhador à atividade nociva. Vejamos como trata o tema o item 2 da ementa:

*“2. É vedada a simultaneidade entre a percepção da aposentadoria especial e o exercício de atividade especial, seja essa última aquela que deu causa à aposentação precoce ou não. A concomitância entre a aposentadoria e o labor especial acarreta a suspensão do pagamento do benefício previdenciário.”(Destacou-se).*

Em contrapartida, traz a ementa no item 4:

*“4. Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral: “(i) [é] constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não; (ii) nas hipóteses em que o segurado*

*solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros; efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial, a implantação do benefício, uma vez verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo, **cessará** o benefício previdenciário em questão.”* (Destacou-se).

Cessar o benefício é extingui-lo, sendo necessário novo processo administrativo para futura obtenção. Diferente é suspender-se o benefício ou mesmo interromper o pagamento do mesmo. Tal contradição, apontada na ementa, reflete a utilização de ambos os conceitos no corpo do voto.

Na folha 17 do voto vencedor está disposto que: *“Adicionalmente, é de se ter em vista que, mesmo em relação ao labor especial, não há propriamente proibição, mas sim a colocação de uma escolha ao obreiro, o qual, optando por persistir na atividade, terá seu **benefício suspenso**.”* Na fl. 29, também dispõe: *“O fato de ele permanecer ou retornar à atividade não significa que a data de início será alterada – isso porque as datas de início, por cristalina previsão legislativa, orientam-se pelo art. 49, não pelo art. 57, § 8º. Esse retorno ou continuidade significa apenas que o recebimento dos proventos da aposentadoria ficará suspenso enquanto perdurar o labor nocivo – esse é o conteúdo do art. 57, § 8º, o qual, em momento algum, visou a dispor sobre a data de início do benefício, mas sim, vale ressaltar, sobre hipóteses **de suspensão de aposentadorias especiais já concedidas**.”*

Contudo, ao fixar a tese, embora antes tendo discorrido sobre a suspensão, a conclusão é por cessar o benefício, conforme já dito em fl. 30 do mesmo voto: *“ii) Nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros. Efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial, a implantação do benefício, uma vez verificado o retorno ao labor nocivo ou sua continuidade, **cessará o benefício previdenciário em questão**.”* Para não haver a contradição apontada, dever-se-ia dizer que cessará o pagamento do benefício, dando assim, o caráter transitório equivalente à suspensão antes dita no voto.

Assim, também requer o provimento dos embargos para correção da contradição apontada, esclarecendo-se se haverá suspensão ou cessação do benefício.

#### **V – DO PEDIDO**

Diante de todo o exposto, requer-se que os presentes embargos de declaração sejam conhecidos e providos, para que, ao fim, seja **esclarecida a obscuridade** apontada ficando consignado que o afastamento da atividade somente pode ser exigido a partir do momento em que se estiver diante de decisão definitiva, seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo, considerando, ainda, a impossibilidade de retroação de seus efeitos à data anterior ao da publicação desse acórdão e **suprida a omissão** analisando-se a (in)constitucionalidade do §8º do artigo 57 da Lei 8213/91 também sob a ótica na nova ordem constitucional acerca da aposentadoria especial, , bem como provimento para sanar a contradição apontada no item IV, esclarecendo sobre a suspensão ou cessação do benefício no caso da permanência no labor nocivo à saúde.

Brasília, 24 de agosto de 2020.

**Tiago Beck Kidricki**

**OAB/RS n. 58.280**