

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. A omissão legislativa quanto à aposentadoria especial de servidores públicos que exerçam atividades sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física (CRFB/1988, art. 40, § 4º, III) é matéria já pacificada por este Tribunal. O reconhecimento de um estado de omissão inconstitucional na hipótese tem origem no julgamento do MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.08.2007; prossegue com o MI 758, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01º. 07.2008; e se torna de tal forma pacífico que o Plenário, ao resolver questão de ordem no MI 795, Rel. Min. Cármen Lúcia (j. 15.04.2009), confere autorização para que casos semelhantes sejam decididos de forma monocrática.

2. Seguiram-se milhares de decisões, até que, em 09.04.2014, o Plenário aprovou a Súmula Vinculante 33, com o seguinte teor:

“Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.”

3. Quando da aprovação do referido enunciado, recordei que há farta jurisprudência do Plenário no sentido da aplicação do art. 57, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.213/1991, que preveem aposentadoria integral em 15, 20 ou 25 anos de atividade, a depender do grau de insalubridade. Foi excluída, porém, contra o voto-vencido do Min. Marco Aurélio (MI 2.140 AgR, j. 06.03.2013), a possibilidade de averbação do tempo de serviço em condições especiais e sua conversão em tempo comum, mediante a incidência de um fator multiplicador (art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991). A jurisprudência, portanto, afasta para os servidores públicos a aplicação de parte das regras previstas para os trabalhadores em geral.

4. Suscitada a questão nos debates que deram origem à Súmula Vinculante 33, prevaleceu a compreensão de que isso se deveria apenas a uma suposta impropriedade do mandado de injunção para tal fim, sem que o STF jamais tivesse afirmado uma vedação absoluta à contagem

diferenciada de tempo especial. Todavia, em diversos precedentes, verifiquei que a Corte foi além de assentar uma mera inadequação procedimental: decidiu-se pela impossibilidade de contagem diferenciada de tempo especial por servidor público, por ao menos dois fundamentos.

5. O *primeiro* deles é a impossibilidade de contagem de tempo ficto (art. 40, § 10, da Constituição). Essa foi a linha adotada, entre outros precedentes, no MI 2.738 AgR-segundo, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16.05.2013, sendo possível colher do voto do relator o seguinte trecho:

“Segundo a jurisprudência firmada no STF, **não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Apesar de ser permitida no RGPS, no serviço público é expressamente vedada a contagem de tempo ficto, com fundamento no art. 40, § 10, da Constituição** (‘A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício’). Nesse sentido: MI 3875 AgR/RS, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/06/2011, DJe 03/08/2011.” (destaques acrescentados)

6. O mesmo entendimento foi seguido pelo Plenário no MI 1.481 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 23.05.2013. Está no voto da relatora:

“Agrego que o art. 40, § 10, da Magna Carta veda a edição de lei para a contagem de tempo ficto de contribuição.

Assim, **embora admitida no Regime Geral de Previdência Social, a conversão de tempo especial em comum é prática constitucionalmente vedada no âmbito do serviço público**.” (destaques acrescentados)

7. Além disso – e este é o *segundo* fundamento utilizado pela Corte –, o âmbito do dever constitucional de legislar seria restrito à concessão do direito à aposentadoria especial, e não à averbação e contagem diferenciada do tempo de serviço, como se a aposentadoria especial e a contagem diferenciada de tempo especial fossem coisas absolutamente distintas. Nessa linha, confira-se a seguinte ementa:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTAGEM DIFERENCIADA DE TEMPO DE SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS RECEBIDOS COMO

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO IMPROVIDO. I - A orientação do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que **o art. 40, § 4º, da Constituição Federal não garante a contagem de tempo de serviço diferenciada ao servidor público, porém, tão somente, a aposentadoria especial**. II - Embargos de declaração, recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento." (MI 1.208 ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.03.2013 - destaques acrescentados)

8. Em decisões monocráticas tenho seguido essa linha de raciocínio, em homenagem ao Plenário, ressalvado meu entendimento pessoal. Por se tratar, todavia, de jurisprudência formada anteriormente ao meu ingresso no Tribunal, e por não se ter chegado a uma decisão definitiva sobre o tema nos debates que precederam a aprovação da Súmula Vinculante 33, volto a trazer alguns argumentos à consideração do Plenário, a fim de propor, *data venia*, uma mudança na jurisprudência.

9. Entendo que a vedação à contagem de tempo ficto (CF, art. 40, § 10) não proíbe o cômputo diferenciado de tempo de serviço especial, pois de tempo ficto não se trata. O art. 40, § 10, da Constituição, a meu ver, destinase a proscrever a contagem, como tempo de contribuição, de férias não gozadas, licenças etc., em suma, de tempo não trabalhado. A necessidade de "requisitos e critérios diferenciados" no que diz respeito ao tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde e à integridade física decorre da letra do art. 40, § 4º, III, da Constituição.

10. Por outro lado, ao afirmar que o âmbito do dever constitucional de legislar seria restrito à concessão do direito à aposentadoria especial – não se estendendo à averbação e contagem diferenciada do tempo de serviço –, a Corte trata a aposentadoria especial e a contagem diferenciada de tempo especial como coisas absolutamente distintas, quando, em verdade, uma decorre diretamente da outra.

11. É certo que nem todo servidor que exerce atividades em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física terá direito à aposentadoria especial propriamente dita. Isto porque a aquisição do referido direito exige prova do trabalho com "exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais", durante 25 anos (como regra), em caráter "permanente, não ocasional nem intermitente", tudo demonstrado a partir de "laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do

trabalho” (arts. 57, §§ 3º e 4º, e 58, § 1º, da Lei nº 8.213/1991). Porém, é fora de dúvida que o tempo exercido nessas condições deve ser computado de forma diferenciada: é o art. 40, § 4º, III, da Constituição que o impõe. Veja-se que o dispositivo nem se refere especificamente à “aposentadoria especial”, e sim a “requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria”.

12. A atual jurisprudência do Tribunal adota a lógica do “tudo ou nada”: ou o servidor possui tempo integral para a aposentadoria especial (e. g. : 25 anos), ou de nada valerá o trabalho exercido em condições prejudiciais à saúde e à integridade física por, e.g. , 20 anos. Isto porque o servidor, impedido de contar tal período de forma diferenciada, terá de completar o tempo de serviço necessário à aposentadoria como se tivesse sempre trabalhado em condições não prejudiciais à saúde.

13. Imagine-se, a propósito, a situação de uma servidora pública que tenha prestado 20 anos de atividade especial. A conversão de tal período pelo fator 1,2 resultaria em 24 anos de serviço, faltando 6 para a aposentadoria. Do contrário, não sendo adotado o fator multiplicador, a servidora ainda precisaria trabalhar mais 10 anos para completar os 30 anos de contribuição (CF, art. 40, § 1º, III, a), isto é, 4 anos a mais do que o necessário com a conversão.

14. A meu ver, tal interpretação é contrária ao sentido do art. 40, § 4º, da Constituição, que exige justamente a “ *adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (...) [a]os servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física* ”. Assim, entendo aplicável o art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991, até porque não há motivo razoável para diferenciar, neste particular, os trabalhadores da iniciativa privada dos servidores públicos, restringindo-se aos primeiros a contagem diferenciada de tempo especial.

15. A própria Constituição tem disposição específica nesse sentido, que reforça tudo o que se vem de expor. Trata-se do art. 40, § 12:

Art. 40, § 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (Incluído pela EC nº 20/1998)

16. O argumento não “prova demais”, porque a atual jurisprudência do STF entende que nem mesmo esse dispositivo garante aos servidores o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço especial, talvez por uma inadequada interpretação da expressão “no que couber” (que, aliás, também está presente no texto da Súmula Vinculante 33). Em outros termos, o § 12 do art. 40 nunca foi utilizado para preencher o espaço da norma ausente, de modo a afastar o cabimento de mandado de injunção. Seja como for, caso se entenda que tal dispositivo afasta a situação de lacuna inconstitucional, ainda assim seria necessário que esta Corte afirmasse claramente a revisão de sua jurisprudência.

17. A não se entender assim, os servidores que exercem atividades em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física não poderão proceder à contagem diferenciada do tempo especial, a não ser que completem 25 anos de atividade especial, diferentemente do que ocorre com todos os trabalhadores do regime geral de previdência. A um só tempo, seriam violados os §§ 4º, 10 e 12 do art. 40 da CF.

18. Outro argumento que reforça esta conclusão é o de que o Supremo Tribunal Federal reconhece o direito adquirido à contagem de tempo especial em caso de transposição do regime celetista para o estatutário. Veja-se a ementa do precedente, julgado sob regime de repercussão geral (RE 612.358 RG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13.08.2010):

“ADMINISTRATIVO. CONTAGEM ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES INSALUBRES. PERÍODO ANTERIOR À INSTITUIÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO. DIREITO ADQUIRIDO. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE . EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (destaques acrescentados)

19. Se o tempo prestado em condições especiais no regime geral deve ser considerado como tal no regime próprio, permitindo-se a contagem diferenciada, com maior razão o *mesmo* serviço, prestado pelo *mesmo* servidor na vigência do regime próprio, deve ter igual tratamento.

20. Confirmando o exposto, a própria Administração editou normas para disciplinar o cumprimento das ordens injuncionais proferidas por esta Corte, nas quais foi admitida a possibilidade de mera averbação e contagem

diferenciada de tempo especial, com aplicação de um fator multiplicador para posterior soma ao tempo comum. Confira-se:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA MPOG/SRH Nº 10, DE 05.11.2010

Estabelece orientação aos órgãos e entidades integrantes do SIPEC quanto à concessão de aposentadoria especial de que trata o art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (Regime Geral de Previdência Social), aos servidores públicos federais amparados por Mandados de Injunção.

Art. 1º Esta Orientação Normativa uniformiza, no âmbito do Sistema de Pessoal Civil da União - SIPEC, os procedimentos relacionados à concessão de aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, de que trata o Regime Geral de Previdência Social - RGPS, ao servidor público federal amparado por decisão em Mandado de Injunção julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 1º Farão jus à aposentadoria especial de que trata o caput deste artigo os servidores públicos federais alcançados por decisões em Mandados de Injunção, individualmente, ou substituídos em ações coletivas, enquanto houver omissão legislativa.

§ 2º As decisões a que se referem o parágrafo anterior, exaradas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos de Mandados de Injunção, tratam da concessão de aposentadoria especial e da conversão de tempo de serviço aos servidores públicos federais com base na legislação previdenciária

(...)

Art. 9º O tempo de serviço exercido em condições especiais será convertido em tempo comum, utilizando-se os fatores de conversão de 1,2 para a mulher e de 1,4 para o homem.

Parágrafo único. O tempo convertido na forma do caput poderá ser utilizado para a aposentadoria prevista no art. 40 da Constituição Federal, na Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e na Emenda Constitucional nº 47, de 5 de junho de 2005, exceto nos casos da aposentadoria especial de professor de que trata o § 5º do art. 40 da Constituição Federal.

INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 53, DE 22.03.2011

Dispõe sobre os procedimentos relativos à concessão de aposentadoria especial dos servidores integrantes do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, beneficiados pelos Mandados de Injunção nºs 959-7, 992-9 e 1002-1 do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como em outras ações de mesma natureza, com idêntico pedido e provimento judicial.

Art. 1º Para a concessão de aposentadoria especial de que trata o inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição Federal de 5 de outubro de

1988, aos servidores beneficiados pelas decisões proferidas nos Mandados de Injunção nos 959-7/DF, 992-9/DF e 1002-1/DF do Supremo Tribunal Federal - STF, bem como em outras ações de mesma natureza, com idênticos pedido e provimento judiciais, deverá ser observado o disposto no art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991, bem como as condições definidas nesta Instrução Normativa.

(...)

Art. 22. O tempo de serviço exercido em condições especiais será convertido em tempo comum, utilizando-se os fatores de conversão de 1,2 para a mulher e de 1,4 para o homem.

§1º O tempo convertido na forma do caput poderá ser utilizado nas regras de aposentadoria previstas no art. 40 da Constituição Federal de 1988, na Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e na Emenda Constitucional nº 47, de 2005, exceto nos casos da aposentadoria especial de professor de que trata o § 5º do art. 40 da Constituição Federal de 1988,

§2º Para conversão do tempo especial em tempo comum de período anterior à edição do regime jurídico da Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, poder-se-á utilizar os procedimentos dispostos na Orientação Interna nº 1/INSS/DRH, de 19 de janeiro de 2009, desde que mais vantajosa ao servidor.

RESOLUÇÃO CJF Nº 239, DE 05.04.2013

Dispõe sobre a regulamentação, no âmbito do Conselho e da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, do cumprimento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações de mandado de injunção que determinem a aplicação da Lei n. 8.213/1991 na análise de pedidos de concessão de aposentadoria especial e de conversão de tempo de serviço prestado em condições especiais em tempo de serviço comum.

Art. 10. O tempo de serviço público prestado em condições especiais poderá ser convertido em tempo de serviço comum, utilizando-se os fatores de conversão de 1,2 para a mulher e de 1,4 para o homem.

Art. 11. O tempo especial convertido poderá ser utilizado nas regras de aposentadoria previstas no art. 40 da Constituição Federal, na Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, e na Emenda Constitucional n. 47, de 5 de junho de 2005.

§ 1º O tempo de serviço especial convertido não poderá ser utilizado nas regras de aposentadoria do art. 6º, IV, da Emenda Constitucional n. 41/2003 e do art. 3º, II, da Emenda Constitucional n. 47/2005, para fins de cumprimento dos requisitos de “tempo no cargo” e “tempo na carreira”.

§ 2º Considera-se carreira, para fins do disposto no parágrafo anterior, o conjunto de cargos de provimento efetivo constituído pelas categorias funcionais de auxiliar judiciário, técnico judiciário e analista

judiciário, bem como os cargos de provimento efetivo transformados na forma do art. 4º da Lei n. 9.421/1996.

Art. 12. O tempo de serviço especial convertido em tempo de serviço comum poderá ser utilizado para revisão do ato de aposentadoria e concessão de abono de permanência, quando for o caso, e segundo expresso em pedido do servidor ativo ou inativo.

Parágrafo único. Os efeitos financeiros decorrentes da revisão do ato de aposentadoria ou da concessão do abono de permanência retroagirão à data da decisão do mandado de injunção que beneficie a categoria integrada pelo interessado.

21. Como se vê, a própria Administração Pública entendia aplicável o art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 aos servidores amparados por mandados de injunção. Somente depois das decisões em sentido contrário do Supremo Tribunal Federal foi iniciado um movimento de revisão dos referidos atos normativos, de que é exemplo o Acórdão nº 3.608/2013 do TCU, culminando com a Orientação Normativa nº 05/2014 da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, que, ao alterar o art. 24 da Orientação Normativa nº 16/2013 do mesmo órgão, prevê:

“Art. 24. É vedada a conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais em tempo comum para obtenção de aposentadoria e abono de permanência.”

22. Por fim, não se pode vedar a contagem diferenciada de tempo especial a pretexto da possibilidade de superveniência de lei que altere os requisitos antes da aquisição do direito à aposentadoria. Isso porque a jurisprudência é pacífica no sentido de que “o cômputo do tempo de serviço e os seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente quando da sua prestação” (RE 402.576-AgR, RE 440.749-AgR, RE 463.299-AgR, RE 464.694-AgR e RE 482.187-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Assim, eventual lei superveniente não prejudica a contagem diferenciada do tempo de serviço considerado especial à época da sua prestação.

23. Considerando que a contagem diferenciada do tempo de serviço especial decorre diretamente do direito à aposentadoria previsto no art. 40, § 4º, da Constituição, e que o exercício desse direito é atualmente obstado por uma lacuna legislativa, nada impede que isso seja reconhecido em

mandado de injunção. Não se trata de uma via imprópria para tal fim: ao contrário, cuida-se justamente da sede propícia para a correção de estados de omissão legislativa inconstitucional.

24. Naturalmente, a decisão a ser proferida em mandado de injunção não deverá reconhecer imediatamente o direito à contagem diferenciada de tempo especial, mas apenas suprir a lacuna normativa e determinar que a autoridade administrativa competente analise o caso, à luz dos documentos apresentados pela parte interessada.

25. Em debate realizado em Plenário, ao menos dois Ministros, pelo que entendi, sustentaram que o descabimento de mandado de injunção não infirma a possibilidade de averbação do tempo especial comprovado. Ou seja, reconheciam o direito potencial do servidor, mas não o mandado de injunção como instrumento de sua tutela.

26. Meu entendimento, como assentado, é pelo cabimento do mandado de injunção. Porém, produziria resultado análogo a afirmação inequívoca de que, embora incabível o mandado de injunção, existe a possibilidade jurídica de averbação e contagem diferenciada de tempo especial por parte de servidores públicos, com base no art. 57, § 5º, da Lei nº 8.213/1991. De fato, a existência de eventual óbice formal relativo ao mandado de injunção não pode ser invocada para inviabilizar o exercício de um direito pelas vias ordinárias.

27. Nesse ponto, aproveito o reinício da sessão de julgamento a partir da devolução de vista pelo Ministro Gilmar Mendes, para fazer o seguinte acréscimo à fundamentação. Após a suspensão do julgamento deste feito, o Plenário do STF apreciou o tema 942 de repercussão geral (Recurso Extraordinário 1.014.286, Red. p/ acordo Min. Edson Fachin, j. em 31.08.2020), no qual restou reconhecido o direito ora afirmado, com a fixação da seguinte tese de julgamento:

“Até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público decorre da previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a jubilação daquele enquadrado na hipótese prevista no então vigente inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição da República,

devendo ser aplicadas as normas do regime geral de previdência social relativas à aposentadoria especial contidas na Lei 8.213/1991 para viabilizar sua concretização enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria. Após a vigência da EC n.º 103/2019, o direito à conversão em tempo comum, do prestado sob condições especiais pelos servidores obedecerá à legislação complementar dos entes federados, nos termos da competência conferida pelo art. 40, § 4º-C, da Constituição da República”.

28. Considerando que o período que a impetrante pretende averbar é integralmente anterior à edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, a solução aqui proposta está em consonância com o decidido pelo Tribunal Pleno. Por outro lado, a superveniência de tese de repercussão geral na matéria torna desnecessária a concessão de efeitos *erga omnes* à presente decisão, como havia proposto inicialmente, motivo por que ajusto o voto proferido em 30.04.2015 neste particular.

29. Diante de todo o exposto, **voto pela concessão parcial da ordem**, para reconhecer a existência de omissão normativa quanto ao direito à aposentadoria especial de servidores públicos (CF, art. 40, § 4º, III) e determinar à autoridade administrativa que analise o requerimento da impetrante à luz da disciplina vigente no regime geral de previdência social, a saber, o art. 57 da Lei nº 8.213/1991, inclusive seu § 5º.

30. É como voto.

Plenário Virtual - matéria de voto 721/2019-0000