

## VOTO - VISTA

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes:** Trata-se de mandado de injunção impetrado por Iris da Silva Reis, em face de suposta omissão legislativa relativa à não edição de edição de lei complementar prevista pelo artigo 40, § 4º, da Constituição da República.

Na petição inicial, afirma a impetrante, em suma, que, não obstante ter desempenhado atividades insalubres no âmbito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), durante o período de 1993 a 2001, tendo inclusive recebido adicional de insalubridade durante todo o lapso temporal, a Administração Pública, sob o fundamento de inexistência de legislação própria (lei complementar a que se refere o § 4º do art. 40 do texto constitucional), tem reiteradamente negado o reconhecimento do **direito à averbação e contagem diferenciada do período laborado sob condições especiais**, para fins de subsidiar futuro pedido de aposentadoria.

Requer por meio da presente ação mandamental seja suprida a referida omissão legislativa, de modo a garantir o pleno exercício de direito constitucional subjetivo **à averbação e contagem diferenciada** do tempo de serviço executado sob condições especiais.

Após o Ministro relator proferir voto, pedi vista dos autos, para melhor debruçar-me sobre a questão controvertida nestes autos, que se mostrou candente nos debates, tanto em relação à adequação da via mandamental, quanto no tocante à própria questão de fundo.

Princípio, portanto, pela análise do cabimento do mandado de injunção para a solução do direito vindicado no caso concreto - averbação e contagem diferenciada do período laborado sob condições especiais.

Por ocasião do pedido de vista, externei minha preocupação com o alcance da previsão do direito constitucional a tratamento especial para os casos de insalubridade. Pareceu-me duvidoso, à época, que desse regramento constitucional resultasse omissão do legislador especificamente quanto ao direito à averbação.

Noutros termos, cabia reflexão aprofundada quanto à possibilidade de o Poder Judiciário avançar sobre as minudências da regulamentação do

direito à aposentadoria especial para assentar a possibilidade de contagem diferenciada do período laborado em condições especiais, quando não atingido o tempo mínimo para aposentadoria.

Nessa linha, há precedentes desta Corte que veiculam o entendimento de que os pedidos de conversão de períodos laborados em condições especiais em comuns e de averbação de tais períodos com o objetivo de subsidiar futuro pedido de aposentadoria não se mostram passíveis de tutela por meio de mandado de injunção, em razão da não caracterização de seus pressupostos constitucionais. Cabe citar, a título de exemplo, o seguinte precedente deste Plenário:

“AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE INJUNÇÃO DO IMPETRANTE. SERVIDOR PÚBLICO. PRETENSÃO DE ASSEGURAR A CONTAGEM E AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. INIDONEIDADE DA VIA ELEITA.

Pressuposto do *writ* previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição da República é a existência de omissão legislativa que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A conversão de períodos especiais em comuns, para fins de contagem diferenciada e averbação nos assentamentos funcionais de servidor público, não constitui pretensão passível de tutela por mandado de injunção, à míngua de dever constitucional de legislar sobre a matéria. Precedentes: MI 2140 AgR/DF, MI 2123 AgR/DF, MI 2370 AgR/DF e MI 2508 AgR/DF. Agravo Regimental conhecido e não provido” (MI 1.481-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Plenário, DJe de 24.6.2013).

Consta do voto proferido pela eminente Relatora que:

“(…)

Quanto ao pedido de conversão de períodos especiais em comuns, observo que o *writ* previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição da República tem como pressuposto a existência de omissão legislativa que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A conversão de períodos especiais em comuns, para fins de contagem diferenciada e averbação nos assentamentos funcionais de servidor público, não constitui pretensão passível de tutela por

mandado de injunção, à minguada de dever constitucional de legislar sobre a matéria. Nesse sentido, recorro os seguintes precedentes:

(...)

De outra parte, na esteira do que consta do Informativo nº 697 /STF, observo que o Plenário desta Corte, em sessão realizada em 06.03.2013, ratificou o entendimento de que não se extrai da norma contida no art. 40, § 4º, III, da Constituição da República a existência de dever constitucional de legislar acerca do reconhecimento à contagem diferenciada e da averbação de tempo de serviço prestado por servidores públicos em condições prejudiciais à saúde e à integridade física (MI 2140 AgR/DF, MI 2123 AgR/DF, MI 2370 AgR/DF e MI 2508 AgR/DF).

No tocante às dificuldades surgidas na aplicação, a servidores públicos, das regras que disciplinam a concessão de aposentadoria especial a segurados do Regime Geral de Previdência Social, registro que esta Corte cumpre sua missão quando, ao exame de mandado de injunção, constatada a existência de direito consagrado em norma constitucional de eficácia limitada, cujo exercício esteja obstado por mora legislativa, colmata a lacuna regulamentadora, de molde a combater a 'síndrome de inefetividade das normas constitucionais'.

Nesse contexto, enfatizo que não cabe a este Excelso Pretório a exaustiva definição de critérios a serem observados, pela autoridade administrativa competente, na análise do pedido de jubilação especial de servidor público civil.

Por pertinentes, uma vez que examinada questão idêntica à enfrentada nos presentes autos, transcrevo trechos do voto condutor da eminente Ministra Cármen Lúcia, ao julgamento do MI 1.467-AgR/DF, aos quais me alinho:

‘ O que cumpre ao Poder Judiciário é verificar a omissão da norma regulamentadora e a possibilidade de poder o servidor se valer de regra jurídica aplicável à situação por ele descrita, afastando-se o impedimento que lhe advém da ausência da regulamentação constitucionalmente prevista, o que, no caso, é aqui prestado.

Verificada a omissão normativa que estaria a inviabilizar o exercício de um direito constitucionalmente previsto, integra-se o direito titularizado, em tese, pelo Impetrante. Tanto não se confunde com a análise dos requisitos exigidos para a aposentação especial, tampouco pode o Poder Judiciário definir, de forma exaustiva e que somente pode ser cumprida, administrativamente, pela autoridade competente, quais os critérios legais a serem observados na análise do pedido de aposentadoria submetido ao seu exame e à sua decisão.

Assim, a integração normativa operada permite à autoridade competente realizar o exame do direito pretensamente titularizado pelo servidor público. Não compete, entretanto, ao Supremo Tribunal analisar o quadro fático-funcional do Impetrante para concluir pelo

direito à sua aposentação, mas tão somente afastar o óbice da carência normativa a ser aplicada à espécie, se cumpridas as exigências da norma aplicável.

As questões levantadas neste recurso devem, por isso mesmo, ser solucionadas pela autoridade competente, que o fará mediante a aplicação do art. 57 da Lei n. 8.213/1991 em conjunto com as regras que regem a aposentadoria do servidor público.”

Contudo, após o pedido de vista neste processo, ocorreu mudança no entendimento do Tribunal acerca do tema.

Reporto-me ao exame do tema 942 da repercussão geral, quando o Plenário assentou que “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”.

O voto condutor da divergência inaugurada pelo ministro Edson Fachin bem esclarece a evolução do entendimento deste Tribunal acerca da matéria:

Consigno que, desde a edição das Emendas Constitucionais 20/1998 e 47/2005, tal como apontou a d. Procuradoria-Geral da República em parecer colacionado aos autos, não há mais dúvida acerca da efetiva existência do direito constitucional daqueles que laboraram em condições especiais à submissão a requisitos e critérios diferenciados para alcançara aposentadoria.

Outra não é a orientação desta Suprema Corte, cristalizada no verbete de n.º 33 da Súmula da Jurisprudência Vinculante: 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.

No entanto, o verbete não contempla a questão ora em debate, ou seja, o direito à conversão do tempo de serviço especial em comum. Nessa toada, há julgados desta Corte concluindo pela ausência de direito à conversão, como se depreende do MI 3788, Relatado pelo e. Ministro Luiz Fux:

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR ACERCA DA CONTAGEM DIFERENCIADA POR TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO POR SERVIDORES PÚBLICOS EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. A concessão do mandado de injunção, na hipótese do art. 40, § 4º, da Lei Fundamental, reclama a demonstração pelo Impetrante do preenchimento dos requisitos para a aposentadoria especial e a impossibilidade *in concreto* de usufruí-la ante a ausência da norma regulamentadora. **2. O alcance da decisão proferida por esta Corte, quando da integração legislativa do art. 40, § 4º, inciso III, da CRFB/88, não tutela o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais à saúde e à integridade física**. 3. Não tem procedência injuncional o reconhecimento da contagem diferenciada e da averbação do tempo de serviço prestado pelo Impetrante em condições insalubres por exorbitar da expressa disposição constitucional. Precedentes. 4. Agravo Regimental desprovido. (Relator Ministro LUIZ FUX, D *Je* 14/11/2013). Grifos nossos.

Esse entendimento foi reiterado nos seguintes julgados: MI 3788-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 24.10.2013, MI 1957-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10.04.2014, dentre outros.

Ressalto que tais julgamentos foram levados a efeitos em data anterior ao meu ingresso Suprema Corte. Ademais, em sessão de 30.04.2014, o e. Ministro Roberto Barroso proferiu voto na sessão de 30 de abril de 2014, no Mandado de Injunção 4204/DF, pelo deferimento da ordem, com base nos seguintes fundamentos:

(...)

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.

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.

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).

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, destina-se 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 ter 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.

[...]

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.

[...]

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.

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.

[...]

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 [...].

O julgamento está pendente, eis que, após o voto do e. Ministro Roberto Barroso, seguiu-se pedido de vista.

Os fundamentos esposados pelo Ministro Barroso, contudo, revelam que a aposentadoria especial do servidor guarda relação próxima com o direito à contagem diferenciada. Uma interpretação sistemática e teleológica do art. 40, § 4º, permite verificar que a Constituição, impõe a construção de critérios diferenciados para o cômputo do tempo de serviço em condições de prejuízo à saúde ou à integridade física. Ao permitir a norma constitucional a aposentadoria especial com tempo reduzido de contribuição, verifica-se que reconhece os danos impostos a quem laborou em parte ou na integralidade de sua vida contributiva sob condições nocivas, de modo que nesse contexto o fator de conversão do tempo especial em comum opera como preceito de isonomia, equilibrando a compensação pelos riscos impostos.

(...)

Como se vê, o entendimento majoritário consolidou-se no sentido de que o direito à averbação e contagem diferenciada do período laborado em condições especiais é indissociável do direito à aposentadoria especial preconizado pelo art. 40, § 4º, da Constituição Federal.

Assim, é possível identificar lacuna legislativa a ser colmatada em sede de mandado de injunção não apenas em relação à regência do direito à aposentadoria especial de servidores públicos, mas também no que tange ao direito à averbação com cômputo diferenciado.

Dessa forma, não há óbice para análise do tema em sede de mandado de injunção.

Passo, portanto, ao exame do tema de fundo.

A discussão travada neste mandado de injunção restou esvaziada pelo já mencionado julgamento do tema 942 da repercussão geral (RE 1014286).

Naquela oportunidade, o Plenário assentou, relativamente ao período anterior à edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o direito dos servidores à averbação do tempo de serviço laborado em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público.

Estabeleceu ainda que a essa conversão devem 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.

No caso em tela, a impetrante busca a averbação e contagem diferenciada relativamente a atividades insalubres exercidas entre 1993 e 2001.

Ante o exposto, acompanho o Ministro Relator e concedo parcialmente a ordem, para reconhecer a mora legislativa no implemento integral do direito à aposentadoria especial de servidores públicos, considerado o período anterior à Emenda Constitucional nº 103/2019, e determinar que a autoridade administrativa proceda à análise do requerimento da impetrante de contagem diferenciada e averbação de tempo de serviço laborado em condições especiais à luz das regras aplicáveis ao regime geral de previdência social.

Plenário Virtual - minuta de voto nº 12/17/2021