

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.291 - RS (2011/0097379-4)**

**RELATÓRIO**

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES:** Trata-se de Agravo Regimental, interposto por PAULO GABRIEL TORTORELLA, de decisão de minha lavra, que declarou prejudicado seu Recurso Especial, em virtude do provimento do Recurso Especial, interposto pela UNIÃO, assim concebida:

"Trata-se de Recurso Especial manifestado por PAULO GABRIEL TORTORELLA, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, e de Agravo interposto pela UNIÃO de decisão que inadmitiu na origem seu Recurso Especial, também interposto pela alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

'PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TEMPO DE SERVIÇO CELETISTA. ATIVIDADE INSALUBRE, PERIGOSA OU PENOSA. CONVERSÃO. PRESCRIÇÃO.

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. (Súmula 85/STJ) O exercício de atividade laborativa em condições especiais no regime celetista, antes do advento do regime jurídico instituído pela Lei nº 8.112/90, assegura o direito à averbação do respectivo tempo de serviço mediante aplicação do fator de conversão correspondente. Precedentes do STJ e deste Tribunal' (fl. 257e).

Opostos sucessivamente três Embargos Declaratórios, foram todos rejeitados (fls.270/279, 287/290 e 332/339e).

Sustenta a UNIÃO, no Recurso Especial inadmitido, afronta aos arts. 5º, LV, da Constituição Federal, e 535, II, do CPC, asseverando que o Tribunal de origem rejeitou seus Embargos de Declaração sem, contudo, sanar as omissões apontadas no acórdão embargado, concernente a suposta ofensa aos dispositivos legais a seguinte explicitados.

No mérito, aponta contrariedade aos seguintes dispositivos:

a) arts. 131 e 267, VI, do CPC, ao argumento de que 'o acórdão embargado decidiu pela efetiva existência de tempo de serviço insalubre exercido à míngua de prova efetiva nos autos; e determina

a inadequação da via mandamental para o provimento jurisdicional eminentemente declaratório e constitutivo buscado nos autos' (fl. 302e);

b) arts. 3º, 6º, 7º, 12, V, 267, IV e VI, 333, I, todos do CPC, e 10 do Código Civil de 1916, pois 'diante da inicial e dos documentos acostados observa-se que a União não teve condições de instruir devidamente a ação, além do que a parte não demonstrou efetivamente ter direito ao que pretende' (fl. 302e);

c) art. 1º do Decreto 20.910/32 c.c. 269, IV, do CPC, 'uma vez que as autoras pretendem ver reconhecido período anterior a 1998 quando da sua aposentadoria através da portaria 105/98 e a presente demanda somente foi proposta em 2005, assim consumada a prescrição' (fl. 303e);

d) art. 4º, I, da Lei 6.226/75, 5º, I, do Decreto 76.326/75, 68, **caput**, e § 2º, 70 e 186, § 2º, da Lei 8.112/90, 12, I e II, §§ 3º e 5º, § 1º, da Lei 8.270/91, 5º, XXXVI, 40, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal, e 6º, § 2º, LINDB, em face da 'inviabilidade de manutenção do pagamento do adicional' e da 'inexistência de direito adquirido a regime jurídico e ausência de ofensa ao princípio da isonomia' (fl. 303e);

e) art. 192 da Lei 8.112/90, 'considerando que o referido dispositivo foi revogado pela Lei 9527, de 10 de dezembro de 1997 (revogado desde outubro de 1996, nos termos da MIP 1522, de 11.10.96 e reedições que culminaram com a Lei 9.527, de 10 de dezembro de 1997) , não tendo a parte autora em tal época direito à aposentadoria integral. Assim, e considerando ainda a prescrição, vê-se que a parte autora não faz jus à percepção da referida vantagem' (fl. 307e).

PAULO GABRIEL TORTORELLA, por sua vez, aduz que o Tribunal de origem, ao negar-lhe a contagem de tempo ficto no período de 01/04/78 a 29/03/89, 'deixou de aplicar ao que foi noticiado nos autos a melhor solução que a ela era prevista pelo direito' (fl. 343e), acabando por afrontar o disposto no Decreto 83.080/79.

Contrarrazões às fls. 368/378, 380/384 e 386/397e.

O Recurso Especial da UNIÃO foi ratificado à fl. 341e.

Recurso especial da UNIÃO foi inadmitido (fls. 407/411e), e admitido o do segundo recorrente (fls. 414/415e).

Nas razões do Agravo, aduz a UNIÃO que os pressupostos de admissibilidade do Recurso Especial encontram-se presentes, sendo inaplicáveis as Súmulas 7 e 83/STJ.

Contraminuta às fls. 434/444e.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do Agravo, passo ao

exame do Recurso Especial da UNIÃO.

Como cedição, 'inexiste violação ao art. 535, II, do CPC, quando não se vislumbra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido capaz de torná-lo nulo, especialmente se o Tribunal a quo apreciou a demanda de forma clara e precisa, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam' (STJ, AgRg no REsp 1.303.516/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/11/2014).

Acrescente-se, outrossim, que 'os Embargos de Declaração não podem ser utilizados com a finalidade de sustentar eventual incorreção do **decisum** hostilizado ou de propiciar novo exame da própria questão de fundo, em ordem a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido' (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1.189.920/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/12/2013).

Destarte, não procede a tese de afronta ao art. 535, II, do CPC.

Deve, contudo, ser acolhida a tese de prescrição do fundo de direito. Com efeito, 'a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a revisão do ato de aposentadoria para a contagem especial do tempo de serviço insalubre exercido durante o regime celetista submete-se ao prazo prescricional de cinco anos contados da concessão do benefício, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes: AgRg no AREsp 232.845/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/09/2013; AgRg no AREsp 228.972/SC, Rel. Ministra Diva Marlerbi (Desembargadora convocada do TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 11/3/2013; AgRg no AREsp 11.331/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4/6/2012' (STJ, AgRg no REsp 1.218.863/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/11/2014).

Assim, sendo incontroverso que o recorrido aposentou-se em 09/05/1998, e considerando-se que a ação ordinária objetivando a revisão do referido ato de aposentadoria somente foi ajuizada em 16/12/2005 (fl. 2e), é de rigor o reconhecimento da prescrição do fundo de direito pleiteado.

Por via de consequência, resta prejudicado o Recurso Especial de PAULO GABRIEL TORTORELLA.

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, **c**, do CPC, **conheço do Agravo da UNIÃO para dar provimento ao seu Recurso Especial**, a fim de reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de improcedência do pedido autoral. Recurso Especial de PAULO GABRIEL TORTORELLA prejudicado" (fls. 460/462e).

Sustenta o recorrente que a decisão agravada merece reforma, "eis que a decisão do tribunal reconheceu a prescrição do fundo de direito sem considerar que a conversão de tempo é um direito adquirido, não sendo alcançado pela prescrição" (fl. 468e).

Nesse diapasão, alega que:

"Com a devida vênia, a parte recorrente entende que o direito ao cômputo diferenciado é um direito incorporado ao patrimônio subjetivo do servidor, levando consigo esse direito, até o final de sua vida. Ele pode exercê-lo ou não, estando passível de prescrição as parcelas anteriores aos 5 anos do seu pedido, nos termos da súmula 85 deste E. STJ.

Note-se que no caso em apreço, não há ato formal da administração, recusando o direito material, não se pode, juridicamente, afirmar que este direito tenha sido alcançado por qualquer causa de extinção, especialmente a prescrição.

Nesse sentido, segue decisão desta E. 2ª Turma:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM PARA FINS DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A questão central do recurso especial gira em torno da ocorrência ou não da prescrição da pretensão à conversão de tempo especial em comum.

2. Relativamente à ocorrência ou não da prescrição do fundo de direito, parte-se da definição de que os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais.

3. O direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado.

4. A pretensão à conversão de tempo especial em tempo comum não é alcançada pela prescrição, em respeito ao princípio do direito adquirido.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1387670/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 28/05/2014)

Vejamos trecho do voto:

Relativamente à ocorrência ou não da prescrição do fundo de direito, parte-se da definição de que os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais.

A pretensão ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo, que vão prescrevendo uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário.

O direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado.

A pretensão à conversão de tempo especial em tempo comum não é alcançada pela prescrição, em respeito ao princípio do direito adquirido.

No mesmo sentido:

PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COMUM EM ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. INCIDÊNCIA DA LEI VIGENTE NO MOMENTO DA PRESTAÇÃO.

1. O tempo de serviço é regido pela legislação vigente à época em que efetivamente prestado o labor.

2. 'O direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado. Assim, é lícita a sua conversão em tempo de serviço comum, não podendo ela sofrer qualquer restrição imposta pela legislação posterior, em respeito ao princípio do direito adquirido' (REsp 354.737/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9/12/2008).

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 473.260/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 02/04/2014)

Na realidade, tal direito é imprescritível, eis que declaratório o pedido e, mais, de natureza alimentar, da estrutura dos direitos humanos,

uma vez que o labor prestado em condições insalubres já lesou, irreversivelmente, a saúde do Autor/Recorrente.

Note-se que este E. STJ já consignou que os benefícios previdenciários não são suscetíveis de prescrição do fundo de direito, não havendo razão para o entendimento ser diferente aos servidores públicos, uma vez que o bem preservado é o mesmo.

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO. ART. 103, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.213/1991. INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIO. NEGATIVA EXPRESSA DO INSS. FUNDO DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 103 DA LEI 8.213/1991. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO.

1. A autarquia previdenciária pretende configurar a prescrição do fundo de direito em razão de o benefício ter sido negado administrativamente, com amparo no art.

103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991 e na Súmula 85/STJ.

2. O STJ consolidou o entendimento de que não há prescrição do fundo de direito dos benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social, e que tal instituto somente atinge as parcelas sucessivas anteriores ao prazo prescricional. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.384.787/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10.12.2013; AgRg no REsp 1.096.216/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 2.12.2013.

3. A interpretação contextual do caput e do parágrafo único do art. 103 da Lei 8.213/1991 conduz à conclusão de que o prazo que fulmina o direito de revisão do ato de concessão ou indeferimento de benefício previdenciário é o decadencial de dez anos (caput), e não o lapso prescricional quinquenal (parágrafo único) que incide apenas sobre as parcelas sucessivas anteriores ao ajuizamento da ação.

4. A aplicação da prescrição quinquenal prevista no parágrafo único do art. 103 da Lei 8.213/1991 sobre o fundo de direito tornaria letra morta o previsto no caput do mesmo dispositivo legal.

5. Recurso Especial não provido.

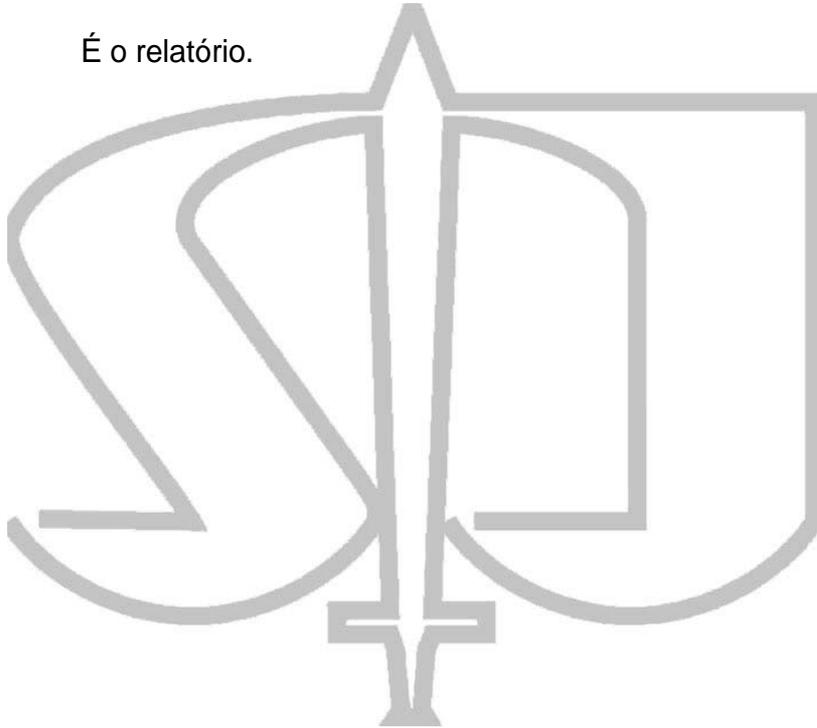
(REsp 1397103/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014)" (fls. 470/472e).

No mais, reprisa os argumentos expendidos em seu Recurso Especial, requerendo, por fim, que:

# *Superior Tribunal de Justiça*

"(...) seja conhecido e provido o presente recurso, para reformar a decisão proferida pelo Eminent Relator, afastando a prescrição de fundo de direito, bem como para submeter o recurso especial interposto pelo autor à apreciação desta Turma para que seja julgado o mérito e seja reconhecido o direito de conversão do em relação ao período laborado no período de 01.04.1978 29.03.1983, uma vez que inquestionável que as atividades exercidas são presumidamente insalubres nos termos do que prevê o Decreto nº 83.080/79" (fl. 481e).

É o relatório.



**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.291 - RS (2011/0097379-4)**

**VOTO**

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora):** O presente Agravo Regimental não merece prosperar.

Com efeito, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, "em hipóteses em que servidor busca, após o quinquênio legal, a revisão de ato de aposentadoria, a prescrição atinge o próprio fundo de direito" (STJ, AgRg no REsp 1.394.836/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2014).

Nesse mesmo sentido:

**"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO. REVISÃO DE APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA.**

**1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a revisão do ato de aposentadoria para a contagem especial do tempo de serviço insalubre exercido durante o regime celetista submete-se ao prazo prescricional de cinco anos contados da concessão do benefício, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes: AgRg no AREsp 232.845/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/09/2013; AgRg no AREsp 228.972/SC, Rel. Ministra Diva Marlerbi (Desembargadora convocada do TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 11/3/2013; AgRg no AREsp 11.331/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4/6/2012.**

**2. Não ocorre renúncia da Administração Pública à prescrição referente a ação de revisão de aposentadoria na hipótese em que reconhece, através das Orientações Normativas MPOG 3 e 7, de 2007, o direito à contagem de tempo de serviço especial para aposentadoria de servidor público, pois não foram expressamente incluídos por aqueles atos administrativos os servidores que, à época, já se encontravam aposentados e tiveram suas pretensões submetidas aos efeitos da prescrição. Precedentes: AgRg no REsp 978.991/RS, Relª. Minª. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE, Sexta Turma, DJe 22/04/2013 e EDcl no AgRg no REsp 1.115.292/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 22/11/2012.**

**3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.218.863/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/11/2014).**

**"ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. APOSENTADA. REVISÃO DA APOSENTADORIA PARA INCLUSÃO DE TEMPO TRABALHADO SOB O REGIME CLT EM ATIVIDADE INSALUBRE. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INCIDE O DEC. 20.910/32. PRAZO DE CINCO ANOS CONTADOS DO ATO DE APOSENTAÇÃO. PRECEDENTES.**

1. Esta Corte tem entendimento de que, em casos como este, que visa a revisão do ato de aposentadoria para inclusão de tempo de serviço insalubre após o prazo de cinco anos da concessão do benefício, ocorre a prescrição do art. 1º do Decreto 20.910/32. Precedentes.

2. No caso dos autos, em que a servidora pública federal aposentou-se em 11.2.1999 e só ajuizou ação para revisão da aposentadoria em 17.6.2008, ocorreu a prescrição do fundo de direito.

3. Como a agravante não trouxe argumento capaz de infirmar a decisão que deseja ver modificada, esta deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 11.331/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/06/2012).

**"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR. APOSENTADORIA. REVISÃO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO.**

(...)

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, é de cinco anos o prazo prescricional para o servidor inativo postular a revisão do benefício de aposentadoria, considerando-se como termo inicial a data em que aquele passou à inatividade, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32. Nesses casos, a prescrição atinge o próprio fundo de direito, não se cogitando de relação de trato sucessivo.

3. Na espécie, a demanda foi proposta em 14/11/2003, isto é, quando já transcorridos mais de cinco anos da publicação dos atos de aposentadoria das recorrentes, estando consumado o marco prescricional.

4. Esta Corte Superior já decidiu que não se confunde o prazo decadencial para a Administração desconstituir o ato de aposentadoria com aquele no qual o aposentado busca a revisão desse benefício. Nesse último caso, está-se diante de prazo de natureza prescricional, cujo termo a quo é a lesão ao

**direito reclamado, isto é, a data em que a aposentadoria foi deferida em descompasso com o pretendido pelo servidor. Veja-se: AgRg no REsp 1.388.774/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ. 2/10/2013.**

5. O reconhecimento administrativo do direito à contagem do tempo de serviço especial por meio das Orientações Normativas 3, de 18/5/2007 e 7, de 20/11/2007 não configura renúncia à prescrição, haja vista que esses atos não abarcaram a situação particular dos servidores que já se encontravam aposentados e tiveram suas pretensões alcançadas pela prescrição. Precedentes.

6. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.205.694/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/08/2014).

Acrescente-se, outrossim, que os precedentes apontados no Agravo Regimental não guardam a necessária similitude fática e de direito com o caso concreto.

Tanto o AgRg no AREsp 473.260/RS (Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/04/2014), quanto o REsp 1.397.103/CE (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/03/2014), cuidam de situações jurídicas diversas daquela debatida nos autos.

Com efeito, referidos processos envolviam discussão acerca do Regime Geral da Previdência Social, em que as partes buscavam a revisão de seus respectivos benefícios previdenciários, pagos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, o que não é o caso dos autos, em que o agravante é servidor público federal, pertencente ao quadro de pessoal da UNIÃO.

Acrescente-se, ademais, que, no primeiro precedente, sequer foi discutida a questão da prescrição do fundo de direito, enquanto que, no segundo, o tema prescrição foi examinado à luz do art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91, aplicável aos benefícios pagos pelo próprio INSS, situação diversa da dos autos, em que os proventos de aposentadoria são suportados pela UNIÃO.

Ante o exposto, **nego provimento** ao Agravo Regimental.

É o voto.