

## VOTO-VOGAL

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Luiz Fux.

Rememoro, apenas para subsidiar esta manifestação de voto, que se trata de recurso extraordinário representativo do Tema 942 da Repercussão Geral, que versa sobre a possibilidade de aplicação das regras do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) para a averbação do tempo de serviço prestado em atividades exercidas sob condições especiais, que possam ofertar risco à saúde ou à integridade física de servidor público, com conversão de tempo especial em comum, mediante contagem diferenciada.

O recurso foi interposto pelo Estado de São Paulo em face de acórdão do Tribunal de Justiça respectivo, cuja ementa reproduzo:

“Apelação - Ribeirão Preto - ação ordinária - assistentes agropecuários - pedido de averbação de tempo de serviço comum para fins de concessão de aposentadoria especial - exercício em atividade insalubre - pretendem a aplicação analógica aos celetistas do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91 - ausência de lei complementar federal superada por mandado de injunção - direito reconhecido - inexistência de pagamento de diferenças pretéritas, pois os autores ainda se encontram em atividade - ação julgada procedente - sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.”

O Estado alega que, no âmbito do funcionalismo do Estado de São Paulo, inexistente lei autorizadora da averbação, para fins de aposentaria especial, do tempo de serviço prestado por quem recebe adicional de insalubridade.

Argumenta que o disposto no § 4º do art. 40 da Constituição da República não é auto-aplicável, demandando lei complementar, requisito que, em seu entender, não restaria suprido pela aplicação analógica das Leis 8.212 e 8.213/1991, voltadas ao RGPS. Requereu, ao final, o provimento do recurso, de modo a ser reformado o acórdão recorrido e julgado improcedente o pedido veiculado na inicial.

Era o que cabia rememorar.

O debate em causa diz com saber se é possível aplicar as regras do RGPS referentes à aposentadoria especial, de modo a permitir a conversão,

em tempo de atividade comum, do lapso de atividade dedicado por servidores públicos em atividades exercidas sob condições nocivas à saúde ou à integridade física.

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.

Tal como ressalta a d. Procuradoria-Geral da República em parecer colacionado aos autos, “se, de um lado, seria anti-isonômico dar acesso à aposentadoria especial para quem não atuou na integralidade em condições

hostis, de outro também o é obrigar tal indivíduo a trabalhar pelo mesmo tempo daqueles que nenhum prejuízo assumiram. A conversão surge, destarte, como conseqüência lógica da isonomia na proteção dos trabalhadores expostos a agentes nocivos.”

Até a edição da EC 103/2019, poder-se-ia afirmar que o art. 40 da Constituição não demandava lei complementar para sua regulação. Veja-se a redação anterior:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

(...)

§ 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 Emenda Constitucional nº 20, de 15 /12/98)

Tal redação, contudo, foi revogada com a edição da EC 103/2019. Veja-se a redação atualizada:

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

(...)

§ 4º-C. Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores 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.

Haure-se da leitura do § 4º-C do art. 40 da Constituição, na redação da EC 103/2019, que o ente federado poderá e stabelecer por lei complementar idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores 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.

Essa alteração ao texto constitucional é o fundamento que leva o e. Relator, Ministro Luiz Fux, a votar pelo provimento do presente recurso extraordinário, de modo a reformar o acórdão lavrado pela 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e assentar que os recorridos não possuem direito subjetivo à averbação do tempo de serviço prestado em atividades especiais, com a conversão em tempo comum, mediante contagem diferenciada, para a obtenção de benefícios previdenciários.

De fato, diante do texto da EC 103/2019, não se pode afirmar que os recorridos tenham o direito assegurado à conversão. No entanto, o recurso foi interposto nesta Corte em 29.11.2016, antes, portanto, da EC 103/2019. Embora Sua Excelência o Relator ressalve a situação jurídica dos recorridos cujos assentamentos funcionais, antes da data da publicação deste acórdão, foram averbados com o tempo de serviço prestado em condições especiais, mediante contagem diferenciada, manifesto, respeitosamente, divergência em relação à tese proposta. O Relator propõe que se fixe a seguinte tese: “ *A Constituição Federal não autoriza a averbação no assentamento funcional de servidor público de tempo de serviço prestado em atividades prejudiciais à saúde, com a conversão em tempo comum, mediante contagem diferenciada, para obtenção de benefícios previdenciários* ”.

Não depreendo, com a devida vênia, tal restrição do texto constitucional. Como já referido, depreende-se do § 4º-C do art. 40 da Constituição, na redação da EC 103/2019, que o ente federado poderá e estabelecer por lei complementar idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores 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.

Não há vedação expressa ao direito à conversão do tempo comum em especial, que poderá ser disposta em normativa local pelos entes federados, tal como operou a legislação federal em relação aos filiados ao RGPS, nos termos do art. 57, da Lei 8213/91.

Tal como consignou a PGR em parecer que lançou ao autos, “ *a aposentadoria especial existe porque o trabalhador que a ela tem direito provavelmente morrerá mais cedo. Tal diminuição do tempo de vida não*

*acontece apenas para aqueles que laboram todo o período de vida laborativa sujeitos aos elementos mórbidos. Ao contrário: o mais provável é que aquele exposto aos ativos enfermicos, ainda que apenas por parte do período, tenha expectativa de vida mais próxima daqueles que se jubilam antes do trabalhador comum."*

Se o ente federado está autorizado pelo texto constitucional, conforme disposto no art. 40, § 4º-C, a estabelecer por lei complementar idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores 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, é consectário lógico de tal previsão que também possa dispor acerca dos fatores de conversão.

Ademais, não procede o argumento no sentido de que o fator de conversão seria uma forma de contagem de tempo ficto. Trata-se, tão somente, de um ajuste da relação de trabalho, submetida a condições especiais, calçado, como aponta a d. PGR, "*na mediação da premente necessidade da coletividade de certos serviços, ainda que danosos à saúde e segurança, com a proteção àquele que os exerce. Reflete, ademais, os imperativos constitucionais da valorização social do trabalho, como fundamento da República, e de redução dos riscos inerentes ao trabalho, como direito."*

Ante o exposto, homenageando compreensões diversas, concluo que deve ser desprovido o presente recurso extraordinário. Proponho, para fins da sistemática da repercussão geral a fixação da seguinte tese: "*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".*

**É como voto.**

*Plenário Virtual - minuta de voto - 21/08/20 00:00*