

VOTO

O Senhor Ministro Luiz Fux (Relator): A questão jurídico-constitucional versada nestes autos diz respeito à possibilidade de averbação de tempo de serviço prestado por servidores públicos em condições especiais e sua conversão em tempo comum, mediante a incidência de um fator multiplicador, para fins de concessão de benefício previdenciário.

No âmbito do regime geral de previdência social, a conversão de tempo especial em tempo comum, mediante contagem diferenciada, é autorizada pelo artigo 57, § 5º, da Lei 8.213/91, que tem a seguinte redação:

“O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.”

No presente julgamento, cumpre a esta Corte definir se essa regra do regime geral de previdência social pode ser estendida também aos servidores públicos vinculados aos regimes próprios de previdência. Noutras palavras, cabe elucidar se a Constituição Federal permite a averbação do tempo de serviço prestado em atividades especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física do servidor, com a conversão em tempo comum, mediante contagem diferenciada, para a obtenção de benefícios previdenciários.

Ab initio, consigno que o equilíbrio atuarial da previdência e a necessidade do seu custeio são imprescindíveis para a sua subsistência de modo a assegurar benefícios dignos a gerações futuras. O equilíbrio das contas públicas depende da atuação conjunta dos três Poderes da República: o Executivo deve (i) organizar a política previdenciária, (ii) imprimir maior eficiência à gestão da Previdência Social e, eventualmente, (iii) propor alterações legislativas necessárias para reorganizar as finanças públicas em face de projeções etárias, déficits orçamentários e etc. Por sua vez, ao Poder Legislativo incumbe a tarefa de discutir com maturidade as propostas legislativas e os projetos relativos à Previdência Social. Quanto ao Poder Judiciário, cabe a função de garantir os direitos constitucionalmente

assegurados referentes à Seguridade Social, sem olvidar do esforço das instituições político-representativas em imprimir equilíbrio econômico-financeiro ao sistema como um todo.

Especialmente no campo previdenciário, a atividade jurisdicional não deve esquecer que está inserida em um ambiente político-econômico de recursos limitados, devendo se pautar com ampla consciência e responsabilidade para realizar verdadeiras “ escolhas trágicas ” na alocação de recursos escassos. Deveras, demandas envolvendo a previdência social implicam ao Judiciário a necessidade de realizar um cauteloso raciocínio, que deve considerar (i) a escassez de recursos públicos, (ii) o impacto de suas decisões no equilíbrio econômico-financeiro do sistema e (iii) os limites de sua capacidade institucional para dirimir certas controvérsias.

Nesse contexto, o Judiciário não pode virar as costas para os reflexos econômicos e sistêmicos de suas decisões. Na clássica lição de Cass Sunstein e Stephen Holmes, a proteção a qualquer direito, seja ele de cunho individual ou social, representa custos ao Estado, demandando, conseqüentemente, uma alocação dos escassos recursos públicos (SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights : why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company Ltd., 1999, p. 15). Na mesma direção, Richard Allen Posner, magistrado norte-americano e *Senior Lecturer* da Universidade de Chicago, assevera que o Direito deve tomar em conta aportes da teoria econômica, a fim de incrementar suas potencialidades de eficiência e mitigar eventuais efeitos sistêmicos negativos decorrentes da legislação e de sua aplicação (POSNER, Richard A. *Values and consequences : An introduction to economic analysis of law*. 1998, p. 2).

Destarte, à luz de uma perspectiva pragmática, alinho-me à antiga orientação jurisprudencial desta Corte que impõe uma postura de autocontenção judicial quanto à concessão, sem autorização constitucional ou legal, de benefícios a servidores públicos. *In casu*, desde logo reconheço que a ausência de previsão constitucional específica desautoriza a concessão do direito à contagem diferenciada de tempo de serviço prestado sob condições especiais. Deveras, inexistente preceito normativo na Constituição Federal que consagre, expressamente, o direito subjetivo à averbação de tempo de serviço prestado por servidores públicos em condições especiais e sua conversão em tempo comum, mediante a incidência de um fator multiplicador, para fins de concessão de benefício previdenciário.

Ocorre que o Tribunal *a quo*, optando por exegese ampliativa do art. 40, § 4º, III, (atual art. 40, § 4º-C) da Constituição Federal, reconheceu a existência de um direito constitucional à contagem diferenciada de tempo de serviço para fins de aposentadoria especial, com a aplicação do regime da Lei nº 8.213/1991.

Exsurgem, nesse prisma, duas interpretações possíveis: na primeira, de viés mais restritivo, o art. 40, § 4º-C, limitar-se-ia a reconhecer o direito à aposentadoria especial; na segunda, procedendo a um elastério hermenêutico, se extrairia do aludido preceito constitucional um suposto direito à contagem diferenciada de tempo de serviço prestado em condições nocivas.

A expressa literalidade do art. 40, § 4º-C, da Constituição de 1988, incluído pela Emenda Constitucional 103/2019, faculta aos servidores públicos o exercício do direito à aposentadoria especial, condicionando-o à prévia edição de lei complementar do respectivo ente federativo, mas não alude à existência de suposto direito à contagem diferenciada do tempo de serviço em virtude de o servidor ter labutado em condições especiais. Dito em termos mais claros: não se extrai da disciplina constitucional um direito subjetivo à averbação do tempo de serviço prestado por servidores públicos em tais condições.

A jurisprudência desta Corte reverbera esse entendimento em sede de mandados de injunção, assentando que o reconhecimento da contagem diferenciada e da averbação do tempo de serviço prestado por servidores em condições insalubres não tem procedência injuncional, por exorbitar da expressa disposição constitucional (Cf. MI 2.140 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 27/8/2013; MI 2.123 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 1/8/2013; MI 3.881 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 21/11/2011; MI 1.481 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 24/6/2013; MI 3.353, Rel. Min. Rosa Weber, decisão monocrática, DJe de 6/3/2014; MI 2075 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 23/10/2013). A título de ilustração, colaciono a ementa do Mandado de Injunção 3.788, de minha relatoria:

“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”.(MI 3788 AgR, minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 14 /11/2013) .

Verifico, ainda, que a alteração da sistemática constitucional da aposentadoria especial de servidores públicos empreendida pela Emenda Constitucional nº 103/2019 não afeta os fundamentos que calcaram a jurisprudência da Corte firmada durante o quadro normativo pretérito. É que o art. 40, § 4º-C, incluído pela EC 103/2019, também não prevê expressamente o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais, cingindo-se a reconhecer o direito à aposentadoria especial.

Cumpre, nesse sentido, tecer uma breve comparação entre o conteúdo normativo pretérito e o atual. O art. 40, § 4º, inc. III, revogado pela Emenda Constitucional nº 103/2019, ostenta o seguinte teor:

“Art. 40. (...)

§ 4º. É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)''

A seu turno, o art. 40, § 4º-C, incluído pela EC 103/2019, dispõe:

''Art. 40. (...)

§ 4º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)''

Nota-se que o constituinte derivado inovou quanto à competência legislativa para a edição das leis complementares, mas nada dispôs a respeito do direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições prejudiciais. Consectariamente, persiste a inexistência de qualquer direito subjetivo, constitucionalmente outorgado, à contagem diferenciada e correspondente averbação de tempo de serviço prestado por servidores públicos em condições especiais.

Por derradeiro, ressalto que a conversão de tempo especial em comum, embora admitida no Regime Geral de Previdência Social, é prática constitucionalmente vedada no âmbito do serviço público, em virtude da impossibilidade de contagem de tempo ficto. Nesse sentido, colaciono o art. 40, § 10º, da Carta Magna, assim redigido:

'' 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (...) § 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) ''.

A propósito, recorro trecho do voto condutor do saudoso Ministro Teori Zavascki, no julgamento do MI 899 AgR (Tribunal Pleno, DJe 20/5/2013):

“ Ainda 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’).”

Destarte, diante da ausência de direito expressamente consagrado e da vedação prevista no art. 40, § 10º, da Constituição da República, forçoso concluir que o direito à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º-C, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 103/2019, não alcança o direito à conversão de períodos especiais em comuns, mediante contagem diferenciada e averbação nos assentamentos funcionais de servidor público.

Da necessidade de modulação dos efeitos da decisão

Na mesma linha que o Tribunal *a quo*, outros Tribunais e Juízos determinaram às autoridades administrativas competentes a realização da averbação do tempo de serviço prestado em atividades especiais que prejudicassem a saúde ou integridade física de servidores, mediante contagem diferenciada, para a obtenção de benefícios previdenciários. Inclusive nesta Suprema Corte, há decisões monocráticas da lavra do e. Ministro Marco Aurélio reconhecendo o direito de servidores à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividades exercidas em trabalho especial, com a aplicação do regime da Lei nº 8.213/1991 (Cf., e. g., MI 2756, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 18/11/2010 e MI 1.971, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12/8/2011).

Nesse prisma, considerando que benefícios previdenciários foram reconhecidos e usufruídos por servidores após a averbação, consigno a necessidade de modulação dos efeitos da decisão, que não deve alcançar aqueles servidores que já obtiveram a averbação do tempo especial,

mediante contagem diferenciada, em seus respectivos assentamentos funcionais.

Como se sabe, a disposição contida no artigo 27 da Lei 9.868/1999 possibilita a restrição temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade com fundamento no princípio da segurança jurídica e no interesse público de excepcional relevo. Deveras, há situações excepcionais – tais como a configurada no caso vertente – que demandam uma decisão judicial de efeitos limitados ou restritos, de modo a se preservar outros princípios constitucionais revestidos de grande importância sistêmica, como a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva.

In casu, entendo que se está diante da necessidade de preservação de situações jurídicas formadas legitimamente, cuja desconstituição geraria grave lesão à segurança jurídica. Deveras, os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima impedem a desconstituição ou anulação de benefícios previdenciários, incluindo o de aposentadoria especial, já auferidos por servidores públicos em decorrência da averbação de tempo especial mediante contagem diferenciada em seus assentamentos funcionais.

Com efeito, o princípio da segurança jurídica, consoante afirma Humberto Ávila, espelha a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade no ordenamento jurídico, revelando-se imprescindível para o funcionamento das instituições públicas (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 160-161). Sem racionalidade e estabilidade não há como assegurar a funcionalidade do próprio ente estatal, que deve promover o prosseguimento regular de procedimentos administrativos de acordo com regras pré-determinadas.

Ainda, o princípio da proteção da confiança impõe respeito a atos pretéritos praticados pelas instituições. Em obra dedicada ao tema, Valter Shuenquener de Araújo preleciona que as relações jurídicas calcadas de boa-fé devem ser preservadas de alterações supervenientes, *verbis*:

“O princípio da proteção da confiança precisa consagrar a possibilidade de defesa de determinadas posições jurídicas do Judiciário e pelo Executivo. Ele tem como propósitos específicos

preservar a posição jurídica alcançada pelo particular e, ainda, assegurar uma continuidade das normas do ordenamento. Trata-se de um instituto que impõe freios e contra um excessivo dinamismo do Estado que seja capaz de descortear a confiança dos administrados. Serve como uma justa medida para confinar o poder das autoridades estatais e prevenir violações dos interesses de particulares que atuaram com esteio na confiança”. (ARAÚJO, Valter Shuenquener. **O princípio da proteção da confiança** : uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 159).

Consectariamente, o princípio da segurança jurídica deve resguardar aquelas hipóteses em que a autoridade administrativa já procedeu à averbação de tempo especial mediante contagem diferenciada no respectivo assentamento funcional do servidor público. Nas demais hipóteses, nas quais o direito à averbação ainda encontra-se em discussão, deve-se assentar que a Constituição da República não assegura a contagem diferenciada do tempo de serviço e sua averbação na ficha funcional de servidores públicos.

Dispositivo

Por todas as razões expostas, voto no sentido de, **no caso concreto** , **dar provimento** ao recurso extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo, para reformando o acórdão lavrado pela 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assentar que os recorridos não possuem direito subjetivo à averbação do tempo de serviço prestado em atividades especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física do servidor, com a conversão em tempo comum, mediante contagem diferenciada, para a obtenção de benefícios previdenciários. Ressalvada, todavia, a situação jurídica dos servidores 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.

Quanto à **tese da repercussão geral** , voto pela sua consolidação nos seguintes termos:

“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”.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/08/2020 00:00