

Brasília, 28 de maio de 2018.

NOTA JURÍDICA

Assunto: Exercício de atividades insalubres. Lei n. 12.775/2012. Subsistência da situação jurídica basal. Efeitos. Aposentadoria.

SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS FEDERAIS AGROPECUÁRIOS, ANFFA SINDICAL, formalizou consulta acerca da continuidade do serviço prestado sob condições insalubres (especiais), posteriormente à instituição de pagamento por subsídio (Lei n. 12.775/2012), quanto à possibilidade de conversão de *tempo especial* em *tempo comum* para fins de aposentadoria.

Alguns filiados ao Consulente já utilizaram tal espécie de contagem para a obtenção do benefício previdenciário, amparados por decisão judicial de caráter provisório (“liminar”), mas, em relação ao período superveniente à Lei n. 12.775/2012, tem-se encontrado dificuldade para, no âmbito administrativo, caracterizar como insalubres as respectivas atividades, sob a justificativa de que, suprimido o adicional de insalubridade, por força da concessão de subsídio, estaria inviabilizada a conversão determinada judicialmente.

Trazidos os termos da consulta, cumpre avançar sobre a análise jurídica da questão.

O pagamento do adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas está expressamente vedado pelo art. 12, IX, da Lei n. 12.775/2012, pois o legislador a considera “espécie remuneratória” não cumulável com o subsídio:

Art. 12. Não são devidas aos titulares dos cargos da Carreira de Fiscal Federal Agropecuário, a partir de 1º de janeiro de 2013, as seguintes espécies **remuneratórias**:
[...]
IX - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

O que importa à presente análise jurídica é o fato de a impossibilidade de cumulação do adicional de insalubridade com o subsídio não inviabilizar a conversão do tempo especial em tempo comum, autorizada judicialmente para fins de aposentadoria.

Como mencionado, tal direito, por decisão judicial de caráter provisório (“liminar”), tem sido fruído por alguns filiados ao Consulente, que se aposentaram mediante contagem inclusiva da conversão de *tempo especial* em *tempo comum*.

Por outro lado, é cediço que a Orientação Normativa n. 16, de 23 de dezembro de 2013 (DOU 24.12.2013), expedida pela Secretaria de Gestão Pública do então Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, disciplina os “procedimentos administrativos necessários à instrução e à análise dos processos que visam ao reconhecimento do direito à aposentadoria especial com fundamento no art. 57 da Lei n. 8.213/1991, aplicável [aos servidores públicos] por força da Súmula Vinculante n. 33 [do Supremo Tribunal Federal]¹ ou por ordem concedida em mandado de injunção”:

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

¹ “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”.

permanência. [redação dada pela Orientação Normativa n. 5/2014]

De todo modo, a medida judicial liminar obtida pelo Consulente afasta a incidência do referido dispositivo normativo administrativo, tal como consigna, aliás, o art. 28, § 1º, da própria ON n. 16/2013:

Art. 28. Os órgãos e entidades integrantes do SIPEC deverão rever todos os atos praticados com base na Orientação Normativa SRH nº 10, de 05 de novembro de 2010, publicada em 08 de novembro de 2010, que deferiram a conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais em tempo comum para obtenção de aposentadoria e abono de permanência, respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa, observando o rito estabelecido na Orientação Normativa SEGEP nº 4, de 21 de fevereiro de 2013, que dispõe sobre os procedimentos para regularização cadastral no SIAPE.
§1º O disposto no *caput* **não se aplica aos casos em que houver expressa determinação judicial de conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais em tempo comum**, desde que atestada a força executória desta determinação. [grifos aditados]

O Supremo Tribunal Federal, acerca da manifestação sobre a possibilidade de conversão de *tempo especial* em *tempo comum*, consignou em sede de Repercussão Geral (Tema n. 942, Relator Min. Luiz Fux), que se trata de controvérsia relevante sob a óptica constitucional:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PEDIDO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADES EXERCIDAS SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS QUE PREJUDIQUEM A SAÚDE OU A INTEGRIDADE FÍSICA DO SERVIDOR, COM CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM, MEDIANTE CONTAGEM DIFERENCIADA, PARA OBTENÇÃO DE OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. QUESTÃO NÃO ABRANGIDA PELO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE 33. REITERAÇÃO DA CONTROVÉRSIA EM MÚLTIPLOS

TORREÃO BRAZ
ADVOGADOS

PROCESSOS. IMPACTO DA DECISÃO NO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DA PREVIDÊNCIA PÚBLICA. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

[STF, Plenário Eletrônico, RE n. 1.014.286-RG/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17.5.2017]

Conforme destacou o próprio Relator (Min. Luiz Fux), em seu voto, quando da edição da Súmula Vinculante n. 33, o Supremo Tribunal Federal empregara redação concisa, deixando-se *a posteriori* a definição da aplicabilidade do art. 57, § 5º, da Lei n. 8.213/1991 aos servidores públicos, à luz do que dispõe o art. 40, §§ 4º, III, 10 e 12, da Constituição Federal:

A questão constitucional trazida à apreciação deste Supremo Tribunal Federal se cinge à definição da viabilidade de aplicação das regras do regime geral de previdência social para a averbação do tempo de serviço prestado em atividades especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do servidor, com a finalidade de obtenção de outros benefícios previdenciários diversos da aposentadoria especial, em razão da omissão legislativa do Estado em regulamentar o artigo 40, § 4º, III, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal assentou a possibilidade de aplicação do artigo 57 da Lei 8.213/91, no que couber, para assegurar ao servidor a concessão da aposentadoria especial, nos termos da Súmula Vinculante 33, que transcrevo abaixo:

[...]

Ocorre que a edição da referida súmula vinculante teve origem na jurisprudência sedimentada no julgamento de múltiplos mandados de injunção que veiculavam essa mesma controvérsia, no bojo dos quais esta Suprema Corte acolheu o pedido de **concessão da aposentadoria especial, mas não o de averbação de tempo de serviço insalubre para outras finalidades**. Firmou-se a orientação de que esta segunda providência não correspondia ao direito subjetivo previsto pelo artigo 40, § 4º, III, da CRFB, colocando-se fora, por conseguinte, do escopo constitucional do mandado de injunção, como se depreende dos seguintes julgados (grifei):

[...]

Como apontado pelo Ministro Roberto Barroso, a averbação do tempo especial e a sua conversão em tempo comum, mediante contagem diferenciada, é admitida pelo regime geral de previdência social para o trabalhador a ele vinculado, na forma do artigo 57, § 5º, da Lei 8.213/91, que tem a seguinte redação:

[...]

Resta definir, portanto, se essa regra do regime geral de previdência social pode ser estendida também aos servidores vinculados aos regimes próprios de previdência pública ou se esse ponto específico se enquadra na ressalva da Súmula Vinculante 33, que determina o influxo da legislação previdenciária no regime jurídico da aposentadoria especial do servidor apenas no que couber.

Dessa forma, a questão constitucional que agora submeto à apreciação do colegiado maior é saber se é aplicável ao servidor público o artigo 57, § 5º, da Lei 8.213/91, à luz do artigo 40, §§ 4º, III, 10 e 12, da CRFB, a fim de se permitir 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 outros benefícios previdenciários.

A repercussão geral da matéria exposta se evidencia não só pela profunda controvérsia jurídica instaurada em todas as instâncias judiciais, refletindo-se na proliferação de demandas com esse conteúdo, mas também pelo inegável impacto da decisão a ser tomada por esta Suprema Corte no já combalido equilíbrio financeiro e atuarial da previdência pública, a exigir reflexão mais detida, inclusive com a manifestação de eventuais *amici curiae*, em sede de repercussão geral.

Diante do exposto, nos termos do artigo 323 do RISTF, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

A fixação de remuneração pela sistemática do *subsídio* não desnatura a natureza [especial] dos serviços prestados pelos Auditores-Fiscais Federais Agropecuários, nem o respectivo direito à aposentadoria mediante conversão do tempo especial em tempo comum, tal como autorizado judicialmente no processo instaurado pelo Consulente.

Vale destacar que, como apontado pelo Min. Roberto Barroso, à época de edição da Súmula Vinculante n. 33, “a averbação do tempo especial e a sua conversão em tempo comum, mediante contagem diferenciada, é admitida pelo regime geral de previdência social para o trabalhador a ele vinculado, na forma do artigo 57, § 5º, da Lei 8.213/1991”.

O direito social à previdência, estabelecido no art. 6º da Constituição Federal, não admite que seja emprestado tratamento discriminatório entre servidores públicos e os trabalhadores submetidos ao Regime Geral de Previdência Social; afinal, seja por um *completo período* de exposição da situação de insalubridade no trabalho, seja por um *parcial tempo* de exposição, também os servidores públicos fruem do direito social à previdência social em toda a sua extensão.

O art. 40, §§ 4º, III, 10 e 12, da CRFB, apontado como discrimen para justificar a diferenciação que está sob análise no Tema de 942 de Repercussão Geral (no STF), não desqualifica o direito dos servidores à aposentadoria mediante conversão do tempo especial em tempo comum.

Ainda na linha do entendimento do Min. Roberto Barroso, a conversão de tempo especial em tempo comum, mediante fator multiplicador diretamente conexo ao direito constitucional à aposentadoria especial (art. 40, § 4º), não configura hipotética ficção, proibida pelo § 10: “a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”.

Afinal, o que importa para a configuração da aposentadoria especial é **exatamente a configuração da mesma situação jurídica basal, qual seja, o exercício de atividades enquadradas como especiais, dentre as quais, as atividades “insalubres”**, circunstância imediatamente aferível de forma independente da filiação ao RGPS ou ao Regime Próprio de Previdência Social (estatutário).

Nesse ponto, a própria Orientação Normativa n. 16, de 23 de dezembro de 2013 (DOU 24.12.2013), já mencionada, estabelece, em seu art. 11, I, *a*, que o “enquadramento de atividade como em condições especiais” será demonstrado pela “investidura de cargo ou emprego público cujas atribuições sejam análogas às atividades profissionais [...] constantes do Anexo II”:

Art. 11. O enquadramento de atividade como em condições especiais observará os seguintes marcos temporais e critérios:

I - Até 28 de abril de 1995, data anterior à vigência da Lei n. 9.032, de 29 de abril de 1995:

a) pela investidura de cargo ou emprego público cujas atribuições sejam análogas às atividades profissionais das categorias presumidamente sujeitas a condições especiais, de acordo com as ocupações/grupos profissionais constantes no Anexo II desta Orientação Normativa; ou

[...]

IV- A partir de 7 de maio de 1999, o enquadramento de atividade especial observará a relação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física de acordo com o Anexo V desta Orientação Normativa.

E, dentre o rol das inúmeras atividades insalubres, consignadas no referido Anexo, inserem-se as atividades desenvolvidas pelos Auditores-Fiscais Federais Agropecuários; por exemplo, os médicos-veterinários expostos aos agentes nocivos descritos no Código 1.3.0 do Anexo I (vide Anexo II, *b*, item 2.1.3), situação igualmente incluída no item 3.0.0 e 3.0.1 (Agentes Biológicos), do Anexo V.

Por tudo, a mera superveniência da instituição do pagamento por subsídio não tem o condão de desnaturar as condições especiais desempenhadas pelos AFFAs.

Ademais, vale lembrar que o pagamento do adicional de insalubridade não garante, por si só, o direito à aposentadoria especial. A própria Orientação Normativa nº 16/2013 veda a comprovação do tempo de serviço público prestado sob condições especiais baseada, exclusivamente, na percepção do referido adicional (art. 10, § 2º).

Os mesmos mecanismos admitidos pela Administração Pública, segundo a disciplina da Orientação Normativa n. 16, de 23 de dezembro de 2013, para a aferição da situação especial (insalubre), conforme os elementos aportados pelos filiados amparados por “liminar judicial”, **subsistem após a vigência da Lei n. 12.775/2012.**

Em outras palavras, a alteração do regime estipendial **não** alterou a natureza das atividades exercidas pelos AFFAs, que continuam especiais/insalubres. O que foi vedado pela Lei n. 12.775/2012 foi o pagamento cumulado do adicional de insalubridade com a “parcela única”, pois a vantagem foi **incorporada** pelo subsídio.

Não é outra a interpretação que se extrai do art. 25, parágrafo único, IX, da Lei n. 12.775/2012:

Art. 25. Não são cumulativos os valores eventualmente devidos aos servidores ativos, aos aposentados ou aos pensionistas abrangidos por esta Lei, com base na legislação vigente até o dia anterior ao da implantação de cada tabela de subsídio constante dos Anexos I a III desta Lei com os valores decorrentes da aplicação desta Lei aos vencimentos ou subsídio ou proventos de aposentadoria ou pensão.

Parágrafo único. **Para fins do disposto neste artigo, os vencimentos compreendem a soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo, conforme disposto na Lei no 8.852, de 4 de fevereiro de 1994, e, ainda, as seguintes parcelas:**

(...)

IX - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

Por todo o exposto, é evidente que a superveniência da Lei n. 12.775/2012, que modificou a estrutura remuneratória, não retira o caráter especial/insalubre do serviço realizado pelos AFFAs, pois a **situação jurídica de base permanece**, estando, inclusive, elencada nos Anexos da própria Orientação Normativa n. 16, de 23 de dezembro de 2013.

Sem prejuízo de outras considerações futuras, à luz de novos argumentos ou sob a análise de manifestações diversas, assim a opinião de quem abaixo subscreve.

Assim a opinião de quem abaixo subscreve.

TORREÃO BRAZ ADVOGADOS

Antônio Torreão Braz Filho

João Pereira Monteiro Neto

Déborah de Andrade Cunha e Toni