

**SERVIDOR PÚBLICO. TRANSPOSIÇÃO PARA O REGIME ESTATUTÁRIO.
DIREITO À CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO INSALUBRE
PRESTADO SOB O REGIME CELETISTA. ACRÉSCIMO DE
20%(MULHER) E 40% (HOMEM)**

1.Da hipótese; 2 Desnecessidade de Lei Complementar; 3. Injustificada resistência; 4. Momento do exercício do direito; 5.Conclusão.

Marcelo R. A. Maciel Ávila
Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros-IAB
Advogado militante no Rio de Janeiro
Pós Graduado em Direito Administrativo e Administração Pública

1. DA HIPÓTESE

Muito já se discutiu acerca do assunto. Restando hoje, porém, pacificado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual é direito do servidor a contagem do tempo de serviço prestado sob o regime celetista ***para todos os fins***, até o advento da Lei 8.112/90.

Após inúmeras decisões dos Tribunais Regionais Federais e do próprio STJ, coube ao Supremo Tribunal Federal a palavra final sobre o *thema*, concluindo a Corte Constitucional pelo direito à contagem do tempo celetista para qualquer fim.

Confira-se:

EMENTA: Administrativo. Servidores públicos. **Ex-celetistas**. Regime Jurídico Único. Contagem de tempo de serviço anterior ao RJU para efeito de anuênio e licença prêmio. Precedentes. Recurso conhecido e provido. (RE 222029-AL; 2ª Turma Min. Nelson Jobim, DJ 05.03.99, j. em 11.12.1998;

EMENTA: SERVIDORES CELETISTAS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. TEMPO DE SERVIÇO. APROVEITAMENTO PARA FINS DE ANUÊNIO. LEI Nº 8.112/90, ARTS. 100 E 243. LEI Nº 8.162, ART. 7º. VETO.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 209.899-0, Relator Ministro Maurício Corrêa, sessão de 04.06.98, firmou orientação de que, ao tempo em que sobreveio a Lei nº 8.162/91 que alterou a regra do art. 100 da Lei nº 8.112/90, **a qual previa o direito à contagem do tempo de serviço público federal para todos os efeitos já se havia integrado ao patrimônio dos servidores ex-celetistas**, o direito à referida contagem para fim de anuênio, na forma prevista no art. 67 da mesma lei; e que o veto aposto pelo Presidente da República ao art. 243 do referido diploma, que estabelecia o aproveitamento do tempo de serviço para a

MARCELO ÁVILA
A D V O G A D O S

percepção de vantagens funcionais, mantido pelo Congresso Nacional, não afasta a aludida pretensão por parte dos mencionados servidores. Recurso extraordinário não conhecido.(RE 275753/CE, 1ª Turma. Min. Ilmar Galvão)grifo nosso.

Confira-se:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO EX-CELETISTA. CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES INSALUBRES. DIREITO ADQUIRIDO.

- À época da implantação do Regime Jurídico Único – Lei 8.112/90, cujas disposições incidem tão-somente sobre o tempo de serviço prestado sob a sua égide, o direito do servidor de computá-lo com acréscimo, já se encontrava incorporado ao seu patrimônio.

- A não observância da legislação vigente à época, constitui violação ao direito individual insculpido no art. 5º, XXXVI, do texto constitucional.

- As certidões de tempo de serviço, portanto, devem, ser fornecidas de acordo com o dispositivo legal em vigor à ocasião em que o serviço foi prestado ao órgão público, considerando-se o regime sob o qual se achava subordinado o servidor.

- Apelações e remessa improvidas”
(TRF 5ª reg. Juiz José Maria Lucena, 98.05.17310-0, j. 3.9.98; DJ de 25.09.1998) grifei.

No aresto suso entendeu o eg. Tribunal que o fato de não restar editada a Lei Complementar reclamada pelo art. 40 da CF não obstará o direito à contagem e à respectiva certidão, tendo em vista que a referida LC diz respeito, tão somente, ao tempo insalubre prestado já sob o regime estatutário e o caso, como em tela, diz respeito ao tempo insalubre prestado sob o regime celetista, que, por sua vez, prescinde da edição de Lei.

A questão veio a baila ainda no **Superior Tribunal de Justiça**, onde restou igualmente protegido o direito do servidor ex-celetista à contagem e à respectiva certidão. Vejamos a ementa:

SERVIDOR PÚBLICO. EX-CELETISTA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES INSALUBRES. DIREITO ADQUIRIDO ENQUANTO CELETISTA. LEI DA ÉPOCA DO IMPLEMENTO DOS RESPECTIVOS REQUISITOS.

1. Ao servidor que, quando celetista, teve incorporado ao seu patrimônio o direito à contagem de tempo de serviço com acréscimo

legal pelo fato de exercer atividade insalubre, *se reconhece o direito à Certidão de Tempo de Serviço da qual conte o tempo integral que perfez sob o pálio da lei da época.*

2. Recurso não conhecido.
(RE 237.492-PB; 5ª Turma, STJ, rel Min. Edson Vidigal, dec. Unanime de 16.05.2000, DJ 19.06.2000, grifei)

2. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR

Resiste a administração pública ao implemento desse direito sob o páldio argumento da inexistência de Lei Complementar de forma a regulamentar a prestação de serviço em condições insalubres **sob o pálio do regime estatutário(lei 8.112/90).**

Sem discrepar, continuaram decidindo os Tribunais Regionais Federais

CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO.
TEMPO DE SERVIÇO INSALUBRE PRESTADO SOB VÍNCULO
EMPREGATÍCIO. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO
PREVIDENCIÁRIA AOS CELETISTAS. CONVERSÃO DO
TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES
INSALUBRES. POSSIBILIDADE.

1. Havendo o impetrante, na qualidade de empregado de empresa pública, laborado sob condições insalubres, **tem direito à conversão do tempo de serviço segundo os critérios vigentes à época**, para fins de obtenção da aposentadoria pretendida junto ao serviço público federal.

2. **Irrelevância da inexistência da lei complementar referida no art. 40, parágrafo único da constituição da república, posto referir-se a exigência, tão-somente, ao serviço prestado sob a égide do regime jurídico único**, não se impondo relativamente ao período regido pela consolidação das leis trabalhistas-CLT.

3. (...) (AMS 611 – AL. j. em 12.02.98, rel. Juiz Geraldo Apolinário 3ª Turma., TRF 5ªreg.)_grifei.

Nesse ponto, totalmente desinfluyente o óbice encontrado pela administração, eis que o que carece de regulamentação é o serviço insalubre prestado sob o regime estatutário e **não aquele prestado sob o regime celetista, anteriormente á 11.12.1990, data da edição da Lei 8.112.**

Veja-se que *in casu*, o respectivo adicional de 20% se mulher e 40% se homem incidirá apenas e tão-somente sobre o tempo de serviço público celetista, para o qual receberam o adicional de insalubridade, até o advento da lei 8.112/90.

Não se trata aqui de defender a conversibilidade para períodos posteriores a 11.12.1990, sendo certo que aí sim haveria necessidade da reclamada lei Complementar.

Por tal razão, inaplicável o óbice alegado pela União Federal no que tange a não regulamentação da questão. Repita-se: a questão do tempo de serviço insalubre sob o império da CLT NÃO CARECE DE REGULAMENTAÇÃO e constitui direito inalienável do servidor, por já, de muito, incorporado ao seu patrimônio.

3. DA INJUSTIFICADA RESISTÊNCIA e DIREITO ADQUIRIDO

Entretanto, no momento da contagem do tempo de serviço para fins de aposentadoria, tal direito, que já se havia incorporado ao patrimônio jurídico dos servidores através do ato perfeito e do direito adquirido, tem restado obstado pela **INSTRUÇÃO NORMATIVA-SEAP nº 05 de 28 de abril de 1999**, cujo artigo 4º, veda, *“a partir de 17 de dezembro de 1998, a contagem de qualquer tempo de contribuição fictício para efeito de concessão de aposentadoria”* Vejamos:

Precisamente em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, onde está contemplado na Seção II – Dos Servidores Públicos Civis, o art.39, que restabelece o **REGIME JURÍDICO ÚNICO**.

Em 15 de dezembro de 1998, é publicado no DOU a **Emenda Constitucional nº 20, que assim delimitou e resguardou direitos:**

Art. 1º parág. 10: A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício;

art. 3º parág. 3º: São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos Servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex - combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art.37, XI, da Constituição Federal;

É evidente que a lei não tem o condão de retroagir para prejudicar, cassar, macular, limitar o direito adquirido e ato jurídico perfeito e acabado.

Malgrado possa a administração pública revogar seus atos por motivo de conveniência e oportunidade, bem como anular os atos praticados de forma ilegal ou fraudulenta, esse poder-dever não é ilimitado e deve, a teor do verbete 473 da sumula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, respeitar direitos adquiridos e ressalvar, em todos os casos, apreciação judicial.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento de toda a doutrina do direito brasileiro e dos demais povos civilizados. À propósito é o basilar o ensinamento de CAIO MÁRIO SILVA PEREIRA:

‘Direitos Adquiridos, São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para o exercício, sejam os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A lei nova não pode atingi-los, sem retroatividade’

O direito à contagem multiplicada do tempo de serviço insalubre no regime celetista se aperfeiçoou com a promulgação da lei 8.112/90, não podendo ser obstaculizada, tendo em vista que o servidor se encontra protegido pelo **direito adquirido e ato perfeito**.

Ora, se o direito conversão do tempo de serviço insalubre concretizou-se incorporando-se ao patrimônio jurídico dos impetrantes ANTES de 17 de dezembro de 1998, e antes da edição da Instrução Normativa 05 de 28.04.1998, não se há de falar em vedação à contagem de tempo fictício, eis que tal vedação é projetada e dirigida à situações futuras.

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, citando a lição de Léon de Duguit, afirma que *“São insuscetíveis de serem apanhadas pela lei nova não só as situações subjetivas ou individuais, como outrossim os fatos realizados no passado, regidos pela lei em vigor no momento em que foram produzidos”* (RT 739p.145).

Já REIS FRIEDE assevera que a acepção básica da denominação Direito Adquirido encontra berço na fundamental questão da irretroatividade das leis. E vai além, **caracteriza como adquirido todo direito oriundo de ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, por já se ter definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo**. (Lições Objetivas de Direito Constitucional, 1999, Saraiva).

E, não se pode negar, absoluta razão assiste ao ilustre magistrado federal, porquanto se o direito origina-se de a um ato perfeito, praticado de acordo com normas então vigentes, nova lei não poderá feri-lo; eis que não mais existindo a possibilidade de recurso, tal direito é incontestavelmente adquirido, inmaculável por qualquer outro ato.

Frise-se que aqui tem-se clara a noção de direito adquirido adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, que o fez adotando a **teoria de GABBA**, segundo a qual *“É adquirido todo direito que seja consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo em que esse fato foi realizado, embora a ocasião de o fazer valer não se tenha apresentado antes do surgimento de uma lei nova sobre o mesmo.”* Em nosso ordenamento tal teoria foi “traduzida” na seguinte assertiva: *“(…) ou condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem”*, esta parte final da redação do parágrafo 2º do art. 6º da lei de Introdução ao Código Civil. Veja-se, então que a definição de GABBA foi adotada e reproduzida em sua essência, qual seja a impossibilidade de alteração ou supressão do direito adquirido, ainda que esse o titular

desse direito não se tenha manifestado interesse em garanti-lo, eis que já o possuía independentemente de prévia manifestação de vontade.

4. MOMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO

E, analisando as lições acima, qual seria o prazo para o exercício ou a condição inalterável, senão a aposentadoria? , uma vez que o direito à contagem convertida pelo respectivo multiplicador (1,4 ou 1,2) já se havia adquirido? Apenas dependia o seu exercício da condição, qual seja o requerimento de aposentadoria.

Repise-se o fato de que não se trata de contagem de tempo fictício após 17.12.1998, apenas de requerimento de uso, aplicação, do tempo já contado.

Ademais, nenhuma lei cancelou diretamente o direito do servidor razão pela qual inexistente qualquer motivo para que a autoridade administrativa o faça.

Ao contrário, a intenção visível da Emenda Constitucional nº 20, foi manter os direitos existentes. De fato, tal como alhures gizado, observa-se que a referida Emenda nem mesmo quis retroagir; mesmo porque o legislador, ao reformar a Previdência Social, usou o futuro do presente (A LEI NÃO PODERÁ.....), sinalizando para o **PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS**, mais do que assegurado na CF.

Veja-se a respeito a orientação adotada pelo ilustre Ministro ALDIR PASSARINHO ao proferir seu voto **no RE 105.812-PB, 2ª Turma, unânime, RTJ, 119/1232**: “É que a norma constitucional beneficiou os que até a data **prevista haviam complementado o requisito temporal**. O direito já o possuía ele. Apenas o seu exercício que ficou dependendo de vaga do cargo titular. E é o que, como salienta o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, resulta do § 2º do art. 6º da lei de introdução ao Código Civil(...)”

De outra senda, esse não-exercício do direito não é suficiente, e nem poderia sê-lo, para macular o direito adquirido, relegando-o ao plano da mera expectativa de direito, eis que surge, *in casu*, a figura do DIREITO EXPECTATIVO, expressão muito(bem) utilizada por novos e jovens processualistas para caracterizar o direito adquirido quando este vem aclarar-se posteriormente ao momento da sua aquisição.

Dentre esses jovens e brilhantes estudiosos da matéria destaca-se o eminente Juiz Federal WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA, que assim define a noção “***É o caso de direito adquirido, sujeito apenas, à ocorrência de condição inexorável e insuscetível de alteração, por vontade alheia, no caso o falecimento de sua mãe. É o assim chamado DIREITO EXPECTATIVO, noção diversa de Expectativa de Direito***” (in MS 97.0014975/RJ)”

E nessa seara tem sido farta a doutrina: “A lei nova não pode, portanto, ferir direitos adquiridos. E nota Porchat, com muita adequação, que, no Brasil, desde o Império, não é possível por distorção constitucional, a lei retroativa.” Já para PLANIOL não haveria nenhuma segurança para os cidadãos, se seus direitos pudessem a cada passo,

ser postos em questão ou suprimidos pela vontade do legislador. O interesse geral, não é senão a resultante dos interesses individuais” (RT 739/147).

Ademais, a questão de fundo nesse caso já restou pacificada até mesmo no âmbito administrativo, tendo a Advocacia-Geral da União, através de seu Advogado-Geral, editado a Instrução Normativa nº 1 de 19.07.2004, publicada no DOU em 20.07.2004, vazada nos seguintes termos:

**INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1, DE 19 DE JULHO DE 2004.
DOU de 20 de julho de 2004.**

O ADOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, XIII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o art. 4º da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997,

Resolve editar a presente Instrução Normativa, **de observância obrigatória pelos órgãos da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria do Banco Central do Brasil.**

Art. 1º Não se recorrerá de decisão judicial que reconhecer direito à averbação do tempo de serviço prestado, em condições perigosas ou insalubres, pelo servidor que se encontrava sob a égide do regime celetista quando da implantação do Regime Jurídico Único.

Parágrafo único - Será objeto de desistência o recursos interposto contra decisão de que trata o caput deste artigo.

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

ALVARO AUGUSTO RIBEIRO COSTA

E ainda a consolidada jurisprudência do STF em casos que tais. Confira-se:

NOTICIADO NO INFORMATIVO 351 DO STF

Aposentadoria e Serviço Prestado em Condição Insalubre

A Turma manteve decisão do Min. Maurício Corrêa, relator, que, ao negar seguimento a recurso extraordinário interposto pelo INSS, reconheceu o direito adquirido de servidor público federal converter o tempo de serviço prestado em condições insalubres, em período anterior à instituição do Regime Jurídico Único, para fins de aposentadoria. Considerou-se que, não obstante o advento de um novo regime jurídico (Lei 8.112/90), no qual prevista a edição de lei específica para regulamentar a concessão de aposentadoria para os agentes públicos que exerceram atividades em tais condições, a referida vantagem não poderia ser suprimida,

porquanto incorporada ao patrimônio jurídico do servidor, já que a legislação previdenciária vigente, à época em que realizada a prestação do serviço público, expressamente assegurava-lhe a averbação do tempo de serviço prestado nessas condições. **RE 376948 AgR/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 8.6.2004. (RE-376948)**

Ainda o STF em voto da lavra da Ministra **ELLEN GRACIE**, sedimentou o entendimento em favor do pleito dos impetrantes, no que tange á contagem do tempo insalubre antes da edição da Lei 8.112/90.

Confira-se:

RE 352322 / SC - SANTA CATARINA
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Rel. Acórdão
Julgamento: // Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa

SERVIDOR PÚBLICO. ATIVIDADE INSALUBRE. CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO. MUDANÇA DE REGIME. O direito à contagem especial do tempo de serviço prestado sob condições insalubres pelo servidor público celetista, à época em que a legislação então vigente permitia tal benesse, incorporou-se ao seu patrimônio jurídico. Não obstante, para o período posterior ao advento da Lei 8.112/90, é necessária a regulamentação do art. 40, §4º da Carta Magna. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido em parte e, nesta parte, provido.

RECTES. : ADENIR CORRÊA MACHADO NETO E OUTROS
ADV.DOS: LUÍS FERNANDO SILVA E OUTROS
RECDA: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

5. CONCLUSÃO

Sem dúvida, podemos afirmar, esposando as palavras de Ivo Dantas, que prescrevendo o art. 60, § 4º da Constituição a limitação material ao poder constituído de reforma, o direito adquirido assume um novo contorno, tornando-o imutável. É dizer que incide na hipótese o princípio do **tempus regit actum**.

E disso não pode querer a administração estar à margem, vez que o comando é a ela diretamente dirigido.

MARCELO ÁVILA
A D V O G A D O S

Sob o influxo das decisões colacionadas, e de toda a doutrina exposta, outra não pode ser a conclusão senão pelo direito do servidor a contagem do tempo de serviço prestado sob condições insalubres até 11.12.1990.

Rio de Janeiro, março/2002
Atualizado em Outubro de 2004.